

Revista de Direito

Jurisprudência Temática - O Direito e as Leis de Proteção à Mulher no Brasil

- **Questões Acerca do Direito Imobiliário à Luz do CDC**
- **O Impacto da Lei Anticorrupção na Recuperação Judicial de Empresas**
- **Honorários Advocatícios Sucumbenciais no CPC/2015 e Seus Reflexos nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais**
- **O Dano Moral nas Relações Contratuais – Sob o Enfoque da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**
- **Possibilidade de Ato Infralegal do Executivo Extinguir Penas e Questões Sobre o Poder Regulamentar**
- **Cessão Fiduciária em Garantia de Recebíveis Performados e a Performar**

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

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Nº 108 - 2016
jul./ago./set.

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

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

Diretor-Geral: Mauro Akiersztein Ventura

Departamento de Gestão e Disseminação do Conhecimento - DECCO

Diretor: Marcus Vinicius Domingues Gomes

Divisão de Gestão de Acervos Jurisprudenciais - DIJUR

Diretora: Mônica Tayah Goldemberg

EDITORA ESPAÇO JURÍDICO

ISSN: 1982-663X

Capa e Editoração: Geórgia Kitsos

Índices da Revista de Direito:

www.tjrj.jus.br

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

revistadireito@tjrj.jus.br

34 (815.3)

R 454

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

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

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

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

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.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRESIDENTE

Desembargador LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargadora MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO

1º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora MARIA INÊS DA PENHA GASPAR

2º VICE-PRESIDENTE

Desembargadora NILZA BITAR

3º VICE-PRESIDENTE

Desembargador CELSO FERREIRA FILHO

REVISTA DE DIREITO

DIREÇÃO DA REVISTA

Diretor: Desembargador JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR

Vice-Diretor: Desembargador SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES

EQUIPE TÉCNICA

ANDRÉA DE ASSUMPCÃO RAMOS PEREIRA (Chefe de Serviço)

CLAUDIA SILVEIRA SERRA DE CASTRO GONÇALVES

PATRÍCIA DE OLIVEIRA FREITAS

RUTE TEIXEIRA PINTO

WANDERLEI BARREIRO LEMOS

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. LUIZ ZVEITER
 Des. ANTÔNIO EDUARDO FERREIRA
 DUARTE
 Des^a. NILZA BITAR
 Des^a. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
 Des^a. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE
 FIGUEIREDO
 Des. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE
 CARVALHO
 Des. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO
 Des. MILTON FERNANDES DE SOUZA
 Des. OTÁVIO RODRIGUES
 Des. NILDSO ARAÚJO DA CRUZ
 Des. NAGIB SLAIBI FILHO
 Des. ADRIANO CELSO GUIMARÃES
 Des. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO
 Des. CELSO FERREIRA FILHO
 Des. CARLOS EDUARDO DA ROSA DA
 FONSECA PASSOS
 Des. JOSÉ CARLOS MALDONADO DE
 CARVALHO
 Des^a. HELDA LIMA MEIRELES
 Des. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA
 Des. CAMILO RIBEIRO RULIÈRE
 Des. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO
 TORRES

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE
 CARVALHO
 Des^a. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO
 DE FIGUEIREDO
 Des^a. MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
 Des^a. NILZA BITAR
 Des. CELSO FERREIRA FILHO
 Des^a. SUELY LOPES MAGALHÃES
 Des. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA
 Des. CLÁUDIO LUIS BRAGA DELL'ORTO
 Des^a. LÚCIA HELENA DO PASSO
 Des. MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA
 SILVA FERREIRA

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Des. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO
 Des. ANTÔNIO ILOÍZIO BARROS BASTOS
 Des. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI
 BALDEZ
 Des. MAURO PEREIRA MARTINS
 Des^a. ADRIANA LOPES MOUTINHO

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO E NORMAS

Des. MARCELO LIMA BUHATEM
 Des. JOÃO ZIRALDO MAIA
 Des. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA
 Des. LUCIANO SILVA BARRETO
 Des^a. MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS
 SANTOS

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^a. ELISABETE FILIZZOLA
 ASSUNÇÃO
 Des. JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR
 Des. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS
 Des. ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO
 FREITAS CÂMARA
 Des^a. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES

3ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. HELDA LIMA MEIRELES
 Des. FERNANDO FOCH DE LEMOS
 ARIGONY SILVA

Des. MÁRIO ASSIS GONÇALVES
Des^a. RENATA MACHADO COTTA
Des. PETERSON BARROSO SIMÃO

4ª CÂMARA CÍVEL

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

5ª CÂMARA CÍVEL

Des. MILTON FERNANDES DE SOUZA
Des. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE
FIGUEIRA
Des^a. CRISTINA TEREZA GAULIA
Des. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES
Des^a. CLÁUDIA TELLES DE MENEZES

6ª CÂMARA CÍVEL

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

7ª CÂMARA CÍVEL

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

8ª CÂMARA CÍVEL

Des. ADRIANO CELSO GUIMARÃES

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

9ª CÂMARA CÍVEL

Des. 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
LEMONS
Des^a. PATRÍCIA RIBEIRO SERRA VIEIRA

11ª CÂMARA CÍVEL

Des. CLÁUDIO DE MELLO TAVARES
Des. OTÁVIO RODRIGUES
Des. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS
Des. CESAR FELIPE CURY
Des. LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES

12ª CÂMARA CÍVEL

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

13ª CÂMARA CÍVEL

Des. FERNANDO FERNANDY FERNANDES
Des. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA
FILHO
Des^a. SIRLEY ABREU BIONDI

Des. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO
Des. MAURO PEREIRA MARTINS

14ª CÂMARA CÍVEL

Des. JOSÉ CARLOS PAES
Des. CLÉBER GHELFFENSTEIN
Des. GILBERTO CAMPISTA GUARINO
Des. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO
Des. JUAREZ FERNANDES FOLHES

15ª CÂMARA CÍVEL

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

16ª CÂMARA CÍVEL

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

17ª CÂMARA CÍVEL

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

18ª CÂMARA CÍVEL

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

19ª CÂMARA CÍVEL

Des. FERDINALDO NASCIMENTO
Des. GUARACI DE CAMPOS VIANNA
Des^a. VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO
Des. LÚCIO DURANTE
Des. SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO

20ª CÂMARA CÍVEL

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

21ª CÂMARA CÍVEL

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

22ª CÂMARA CÍVEL

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

23ª CÂMARA CÍVEL

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

24ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. REGINA LÚCIA PASSOS
 Des^a. ANDRÉA FORTUNA TEIXEIRA
 Des. SÉRGIO SEABRA VARELLA
 Des. WILSON DO NASCIMENTO REIS
 Des. LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES FILHO

25ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. LEILA MARIA R. PINTO DE
 CARVALHO E ALBUQUERQUE
 Des. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO
 Des^a. MARIANNA FUX
 Des. LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO
 Des. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA FILHO

26ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA
 Des^a. SANDRA SANTARÉM CARDINALI
 Des^a. NATACHA NASCIMENTO GOMES
 TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA
 Des. ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO
 Des^a. DENISE NICOLL SIMÕES

27ª CÂMARA CÍVEL

Des. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES
 Des. ANTONIO CARLOS DOS SANTOS
 BITENCOURT
 Des^a. TEREZA CRISTINA SOBRAL
 BITTENCOURT SAMPAIO
 Des^a. MARIA LUIZA DE FREITAS
 CARVALHO
 Des^a. 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
 Des^a. MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA
 COSTA
 Des. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE
 FIGUEIRA
 Des^a. TERESA DE ANDRADE CASTRO
 NEVES
 Des. RICARDO COUTO DE CASTRO
 Des^a. MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO
 Des. LUIZ FELIPE MIRANDA DE
 MEDEIROS FRANCISCO
 Des. JOSÉ CARLOS VARANDA DOS SANTOS
 Des. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS
 Des. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI
 Des. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA
 FILHO
 Des. CLEBER GHELFFENSTEIN
 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
 Des^a. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA
 Des. PEDRO FREIRE RAGUENET
 Des. ROGÉRIO OLIVEIRA SOUZA

SEÇÃO CÍVEL DO CONSUMIDOR

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

CÂMARAS CRIMINAIS**1ª CÂMARA CRIMINAL**

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

2ª CÂMARA CRIMINAL

Des. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO
 Des^a. KÁTIA MARIA AMARAL JANGUTTA
 Des. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
 Des^a. ROSA HELENA PENNA MACEDO GUITA
 Des. FLÁVIO MARCELO DE AZEVEDO
 HORTA FERNANDES

3ª CÂMARA CRIMINAL

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

4ª CÂMARA CRIMINAL

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

5ª CÂMARA CRIMINAL

Des. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID
 Des. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI
 BALDEZ
 Des^a. DENISE VACCARI MACHADO PAES

Des. LUCIANO SILVA BARRETO
 Des. MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA
 SILVA FERREIRA

6ª CÂMARA CRIMINAL

Des. NILDSO ARAÚJO DA CRUZ
 Des^a. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO
 Des. PAULO DE TARSO NEVES
 Des. LUIZ NORONHA DANTAS
 Des. FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA

7ª CÂMARA CRIMINAL

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

8ª CÂMARA CRIMINAL

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

SEÇÃO CRIMINAL

RESOLUÇÃO TJ/TP/RJ Nº 01/2015

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

(Composição em 26 de setembro de 2016)

SUMÁRIO

• **DOCTRINA**

Questões Acerca do Direito Imobiliário à Luz do CDC

SÉRGIO SEABRA VARELLA 13

O Impacto da Lei Anticorrupção na Recuperação Judicial de Empresas

LUIZ ROBERTO AYOUB E VANDERSON MAÇULLO BRAGA FILHO 57

Honorários Advocatícios Sucumbenciais no CPC/2015 e Seus Reflexos nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais

ALEXANDRE CHINI E ALEXANDRE FLEXA 70

O Dano Moral nas Relações Contratuais – Sob o Enfoque da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

JOANA CARDIA JARDIM CÔRTEZ, LEONARDO DE CASTRO GOMES, LEDIR DIAS DE ARAÚJO E ADMARA FALANTE SCHNEIDER 78

Possibilidade de Ato Infralegal do Executivo Extinguir Penas e Questões Sobre o Poder Regulamentar

BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA 95

Cessão Fiduciária em Garantia de Recebíveis Performados e a Performar

JORGE LOBO 101

• **JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** 123

• **JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA – O DIREITO E AS LEIS DE PROTEÇÃO À MULHER NO BRASIL** ... 165

• **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL** 231

• **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL** 291

• **ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR ASSUNTO** 347

• **ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR RELATOR** 355

• **ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR ORDEM NUMÉRICA** 359

DOCTRINA

QUESTÕES ACERCA DO DIREITO IMOBILIÁRIO À LUZ DO CDC

SÉRGIO SEABRA VARELLA
Desembargador do TJRJ

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo discorrer acerca de algumas questões que atualmente aparecem com frequência nas ações concernentes aos contratos de promessa de compra e venda de bem imóvel.

Muitos são os conflitos que envolvem as relações entre consumidores e incorporadoras, nos quais, ora estas, ora aqueles, tornam-se inadimplentes, o que tem sido a causa dos litígios que são objetos dos inúmeros processos ajuizados nos Tribunais pátrios.

Neste texto serão apresentadas questões comuns encontradas nos processos que envolvem o Direito Imobiliário e o Direito do Consumidor, sob a ótica jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

A seguir serão abordados os seguintes temas: i) inadimplemento do promitente comprador; ii) inadimplemento do promitente vendedor; iii) cláusula de tolerância; iv) juros compensatórios anteriores à entrega do imóvel; v) juros compensatórios anteriores à entrega do imóvel (juros de pé); vi) comissão de corretagem e taxa SATI; vii) entrega do imóvel pelo promitente vendedor antes do prazo avençado e vencimento antecipado do preço; viii) informação, publicidade, oferta. Efeitos vinculantes; ix) súmulas e enunciados deste Tribunal e súmulas do STJ referentes ao tema em apreço.

2. INADIMPLEMENTO DO PROMITENTE COMPRADOR. 2.1 DENÚNCIA UNILATERAL DO CONTRATO. 2.2 SÚMULA 543 DO STJ. 2.3 PERCENTUAL DE RETENÇÃO PELO PROMITENTE VENDEDOR. 2.4 PERDAS E DANOS DO PROMITENTE VENDEDOR

2.1 – A possibilidade de resolução do contrato - nomenclatura

A rescisão contratual é entendida como a extinção do vínculo contratual por vício anterior à sua formação ou na sua origem, o que leva à declaração de inexistência, nulidade ou anulação do contrato, ao passo que a resolução se dá por acontecimentos posteriores à formação do negócio jurídico.

Acercas do tema, o entendimento contido nas notas 2, 6 e 7 ao art. 472 do Código Civil, por NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE A. NERY, *in Código Civil comentado*, 11ª edição, p. 861 e 862:

Art. 472: 2. “Resilição. Modo de extinção do contrato por simples declaração de uma (resilição unilateral) ou de ambas (resilição bilateral) as partes. É o gênero do qual são espécies o distrato, a denúncia, a revogação e a renúncia. É extinção sem retroatividade das obrigações das partes”.

Art. 472: 6. “Resolução. Meio de extinção do contrato por circunstância superveniente à sua formação. São motivos de resolução do contrato, por exemplo: onerosidade excessiva, inadimplemento absoluto, violação positiva do contrato, mora, morte de uma das partes nos contratos *intuitu personae* etc. Pressupõe a impossibilidade (ou inconveniência) da continuidade ou manutenção do vínculo contratual, haja ou não inadimplemento contratual. Caracteriza-se como meio concedido pela lei aos contratantes, e também a terceiros, de poder extinguir o contrato para obter a reparação dos prejuízos que o outro contratante causou pelo descumprimento do contrato, mesmo que o contrato seja válido, o que se faz por meio de reposição das coisas ao estado anterior à celebração do contrato (MANRESA y NAVARRO. **Coment. CC**, v. VIII, art. 1289, p.662). É retroativa, com a restituição do recebido e pagamento das perdas e danos (CC 475). A resolução não se confunde com a extinção do contrato pela execução, ou seja, pelo cumprimento de todas as suas cláusulas, fim mesmo do contrato”.

Art. 472: 7. “A rescisão tem ‘origem em defeito contemporâneo à formação do contrato’, sendo que a presença do vício torna o ato anulável no sistema do CC (CC 171) e nulo nos sistemas do CDC e dos contratos bancários (CDC 51 IV; LU 11) (ROSADO DE AGUIAR. **Extinção**², p.70), como é o caso, por exemplo, da rescisão do contrato em virtude de vício redibitório ou da necessidade de rescisão por causa do vício do negócio, que o torna anulável, podendo decorrer da rescisão o pagamento de perdas e danos. É causa de desconstituição do negócio jurídico, que lhe retira a eficácia. A rescisão é sempre judicial”.

Ainda sobre o assunto, cumpre destacar que a resolução é uma forma de extinção de contratos do qual a resilição é espécie, sendo que uma se distingue da outra apenas com relação ao momento em que se opera a sua eficácia, visto que a resolução tem efeitos *ex tunc*, enquanto a resilição tem eficácia *ex nunc*.

Apesar da sensível diferença entre os dois institutos mencionados, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não é unânime quanto à nomenclatura a ser utilizada nas hipóteses de extinção da promessa de compra e venda mediante denúncia, por vontade de uma das partes, visto que em seus julgados se pode observar o emprego dos vocábulos resolução e resilição com o mesmo sentido.

Entretanto, da análise da súmula nº 543 do STJ, que versa sobre a restituição de valores pagos nos casos de demandas que versam sobre a extinção da promessa de compra e venda por vontade de uma das partes, observa-se que a referida Corte optou por utilizar o termo “resolução”, vejamos:

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.

Dessa forma, considerando a eficácia vinculante das súmulas do STF e do STJ, consoante disposto no artigo 927, IV, do CPC/2015, revela-se mais adequado o uso da expressão “resolução da promessa de compra e venda”, em respeito à força obrigatória que lhes foi conferida pela lei.

2.2 Possibilidade de denúncia unilateral do contrato por inadimplemento antecipado e confessado pelo promitente comprador

Antes da análise, à luz da jurisprudência, das consequências financeiras geradas pelo inadimplemento, ou desistência, do promitente comprador, ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da possibilidade da denúncia unilateral do contrato por inadimplemento antecipado e confessado do consumidor, ou seja, quando a este for insustentável economicamente o adimplemento contratual. Confira-se abaixo:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUPORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO PARCIAL DO VALORES PAGOS. TAXA DE OCUPAÇÃO DEVIDA POR TODO O PERÍODO DE POSSE SOBRE O IMÓVEL. ENTENDIMENTO ADOTADO PARA EVITAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO COMPRADOR. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O entendimento firmado no âmbito da Segunda Seção é no sentido de ser possível a resolução do compromisso de compra e venda, por parte do promissário comprador, quando se lhe afigurar economicamente insupportável o adimplemento contratual. 2. Ocorrendo a resolução do compromisso por culpa do promissário comprador, este deverá ser ressarcido parcialmente sobre o valor pago. 3. No caso em julgamento, considerando suas peculiaridades, a taxa de ocupação deve incidir desde o início da permanência no imóvel até sua efetiva devolução, tendo em vista a necessidade de não gerar enriquecimento sem causa por parte do promissário comprador. 4. Na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios serão computados a partir do trânsito em julgado da de-

“O Superior Tribunal de Justiça, atualmente, em inúmeros julgados, vem se posicionando no sentido de que ser razoável a retenção, pelo promitente vendedor, de 10% a 25% do total da quantia paga pelo promitente comprador.”

cisão. 5. Recurso especial provido. (REsp nº 1211323/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 01/10/2015, DJE 20/10/2015).

Aliás, note-se que se trata de entendimento antigo do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. ARRAS. DESISTÊNCIA. AÇÃO PRETENDENDO A RESCISÃO E RESTITUIÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. RECONVENÇÃO DA CONSTRUTORA PARA RETENÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR OCUPAÇÃO E ESTRAGOS NO IMÓVEL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DE AMBOS OS FEITOS. RESTITUIÇÃO DE 50% DO SINAL FIXADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SITUAÇÃO PECULIAR DOS AUTOS. RAZOABILIDADE. MATÉRIA DE FATO E INTERPRETAÇÃO DE CONTRATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS Nº 5 E Nº 7-STJ. VERBA HONORÁRIA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA JÁ CONSIDERADA MEDIANTE CONCESSÃO DE PERCENTUAL MENOR. I. A c. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avençadas com a empresa vendedora do imóvel (EResp nº 59.870/SP, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJU de 09/12/2002). II. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua totalidade. III. Situação peculiar, corretamente decidida pelo Tribunal estadual, em que além de não identificada responsabilidade da construtora, o comprador teve a posse precária do imóvel e nele empreendeu reforma parcial, alterando as características originais, a justificar a retenção de metade dos valores pagos a título de ocupação e ressarcimento pelos prejuízos administrativos e físicos causados à ré. IV. Verba honorária estabelecida em percentual menor de condenação que o usualmente fixado pela Câmara Cível, já considerando, segundo o acórdão estadual, a reciprocidade sucumbencial, procedimento que não está a merecer reparo. V. Recursos especiais não conhecidos. (REsp nº 187.963/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, julgado em 19/03/2009, DJe 20/04/2009).

2.3 Súmula nº 543 do Superior Tribunal de Justiça e o percentual lícito e não abusivo de retenção pelo promitente vendedor

Nº. 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”.

Observa-se da leitura do enunciado transcrito, que havendo rompimento do negócio jurídico

por culpa do promitente comprador, situação sob enfoque, caberá a este o recebimento parcial das quantias pagas, sendo abusiva a cláusula contratual que preveja, em caso de desfazimento do negócio pelo promitente comprador, a restituição dos valores de forma parcelada (AgRG no AREsp nº 807880/DF).

Ainda neste tema, vale mencionar que, a despeito do contrato de promessa de compra e venda ser irrevogável e irrevogável, o Código de Defesa do Consumidor, ao proteger a parte vulnerável, com a finalidade de equilibrar a relação contratual entre as partes, admitiu a possibilidade da denúncia unilateral do contrato pelo promitente comprador inadimplente, de forma que, a partir do CDC, tornou-se abusiva a cláusula de perdimento, na qual o promissário comprador perderia todas as importâncias pagas, a título de cláusula penal compensatória.

Ressalte-se que, sob a ótica da súmula nº 543 do STJ, de igual forma é abusiva a cláusula contratual que prevê a restituição parcelada pelo promitente vendedor do preço pago pelo promitente comprador.

Com relação ao percentual do valor a ser devolvido ao promitente comprador, não é viável que este receba todo o valor pago pela unidade imobiliária, pois dessa forma a aquisição do imóvel se torna um investimento sem risco para o consumidor, o que ensejaria enriquecimento sem causa. Portanto, devem ser retidos, pelo promitente vendedor, valores que sejam suficientes para o pagamento das despesas com a administração do negócio e as demais despesas do contrato. Se o promitente comprador já estiver na posse do imóvel, deve ser descontada a taxa de ocupação, o valor correspondente à deterioração do imóvel, etc., de modo que todos estes valores deverão estar abrangidos pelo percentual de retenção que, por sua vez, deve observar o balizamento jurisprudencial.

Dito isto, passa-se à análise do percentual adotado atualmente pela jurisprudência, a título de retenção cabível, a ser feita pelo promitente vendedor, nos casos em que a culpa pelo desfazimento do negócio é do promitente comprador, na forma do disposto na mencionada Súmula nº 543 do STJ.

O Superior Tribunal de Justiça, atualmente, em inúmeros julgados, vem se posicionando no sentido de que ser razoável a retenção, pelo promitente vendedor, de 10% a 25% do total da quantia paga pelo promitente comprador. Observe-se abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA NA ORIGEM. CLÁUSULA INSTITUIDORA DE HIPOTECA DADA PELA CONSTRUTORA. SÚMULA Nº 308 DO STJ. DISTRATO. RETENÇÃO ENTRE 10% E 25% DAS PRESTAÇÕES PAGAS. SÚMULA Nº 83 DO STJ. REQUISITOS. SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. As construtoras não apresentaram argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado para não

conhecer do recurso especial. 2. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel (Súmula nº 308 do STJ). 3. Nas hipóteses de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, esta Corte tem admitido a retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga. Precedentes. 4. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a apreciação dos requisitos para a concessão da tutela antecipada (art. 273 do CPC) enseja o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula nº 7 desta Corte. 5. Inaplicabilidade do NCPC ao caso concreto ante os termos do Enunciado nº 1 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09/03/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp nº 1500990/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 10/05/2016).

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. RETENÇÃO. PERCENTUAL DE 10%. RAZOABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. SÚMULA Nº 83 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga. 2. Em se tratando de resolução pelo comprador de promessa de compra e venda de imóvel em construção, ainda não entregue no momento da formalização do contrato, bem como em se tratando de comprador adimplente ao longo de toda a vigência do contrato, entende-se razoável o percentual de 10% a título de retenção pela construtora dos valores pagos, não se distanciando do admitido por esta Corte Superior. 3. É abusiva a disposição contratual que estabelece, em caso de resolução do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel pelo comprador, a restituição dos valores pagos de forma parcelada. 4. Agravo interno não provido. (AgRg no AREsp 807.880/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em várias oportunidades, também adotou o mesmo percentual de retenção estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça, como se pode verificar da leitura das seguintes ementas:

Apelação. Rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel

em construção por incorporação. Desistência do promitente-comprador por fato próprio, não atribuível ao incorporador. Retenção parcial dos valores pagos. Cláusula penal válida e eficaz. Percentual razoável. 1. A prova dos autos é irrefutável em demonstrar que o consumidor buscou o desfazimento do compromisso não por qualquer mora ou inadimplemento do fornecedor, mas sim por sua admitida incapacidade financeira de arcar com as obrigações assumidas, pedido administrativo esse que foi veiculado ainda antes de atingido o prazo de término da construção, ao qual ainda se deveriam acrescentar os 180 dias previstos em cláusula dilatória cuja validade é admitida pela jurisprudência com foros de unanimidade. 2. Isso não bastasse, a incorporadora comprovou a conclusão das obras antes de exaurido o prazo de tolerância regularmente pactuado, o que esvai a alegação de rescisão do contrato por quebra de confiança decorrente de mora excessiva da construtora. 3. Em todo caso, não é qualquer mora que dá azo ao desfazimento do negócio com devolução integral dos valores pagos e restituição das partes ao *status quo* ante, mas somente o atraso que alcance dimensão tal que configure fato capaz de romper o elo de confiança entre os contraentes, ou que por alguma razão justifique o desinteresse do adquirente no prosseguimento do negócio. A simples mora de extensão comedida, que não chegue a pôr em xeque a confiabilidade na finalização do empreendimento, rende ensejo apenas à suspensão do pagamento das prestações, por força da exceção do contrato não cumprido, e à responsabilização do incorporador pelos danos decorrentes de seu atraso. 4. Na forma do art. 413 do Código Civil, e ainda do art. 6º, V, e do art. 51, IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor, admite-se a redução equitativa da multa estipulada em cláusula penal, quando excessivamente onerosa. Na esteira de vasta jurisprudência do STJ e deste Tribunal mesmo, é razoável, no distrato do contrato de compra e venda imobiliária por fato do comprador, a fixação da retenção no patamar de 10% a 25% das prestações vertidas. As circunstâncias do caso concreto, revelando mínimos custos operacionais para a construtora e ainda a retomada do bem com valor de mercado notoriamente valorizado, justifica-se a fixação do percentual mínimo de 10%. 5. Provimento do recurso em maior parte. (0090774-80.2014.8.19.0002 – APELAÇÃO; MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES - Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 01/06/2016).

PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL. RETENÇÃO DE PARTE DO PREÇO PAGO. Apela a autora da sentença que julgou procedente em parte o pedido para declarar a rescisão do contrato de promessa de compra e venda, bem como para reintegrar a construtora na posse do imóvel objeto do contrato, devendo esta devolver aos consumidores 90% da importância paga, devidamente corrigida. Ao contrário do que entendeu a juíza *a quo*, a retenção de parte dos valores pagos é devida não apenas para ressarcir as despesas de intermediação e outras suportadas pela construtora, mas, também, e em primeiro lugar, a

título de pena compensatória. Ausência de justificativa para supressão da pena compensatória. O e. Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que, nas hipóteses de resolução de contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do comprador, é admitida a retenção, pelo vendedor, entre 10% e 25%, do total da quantia paga. Majoração do percentual de retenção para 20% dos valores pagos. Impossibilidade de transferir aos promissários compradores a obrigação de arcar com o pagamento dos tributos e das contribuições condominiais, porquanto o contrato estabelece que tal transferência estava condicionada à imissão na posse do imóvel, o que jamais ocorreu. A autora sagrou-se vencedora na maior parte dos pedidos, razão pela qual os réus devem arcar com os ônus da sucumbência. Recurso parcialmente provido, nos termos do voto do desembargador relator. (0004953-14.2010.8.19.0208 – APELAÇÃO; RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Décima Quinta Câmara Cível; Data de julgamento: 29/03/2016).

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO ORDINÁRIA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. RESCISÃO PELOS CONSUMIDORES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. DISTRATO. PERDA DAS PRESTAÇÕES PAGAS NO PERCENTUAL DE APROXIMADAMENTE 94%, QUE CONFIGURA ABUSIVA, CAUSANDO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato - art. 472 do Código Civil, sendo passíveis de anulação em virtude de sua abusividade, uma vez que “onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”. No caso de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa dos promitentes compradores, serão restituídos a esses os valores pagos, admitida a retenção pela construtora pelos custos operacionais da contratação. O Superior Tribunal de Justiça admite ao promitente vendedor o direito de reter até 25% (vinte e cinco por cento) da totalidade dos valores adimplidos pelos promitentes compradores. Ré que reteve quantia abusiva, colocando os consumidores em desvantagem exagerada na relação de consumo. Examinando o contexto fático-probatório dos autos e utilizando os parâmetros de restituição que vem sendo estabelecidos pelo STJ e por este Tribunal de Justiça, entendo que afigura razoável e proporcional a retenção de 20% (vinte por cento) sobre a importância efetivamente paga pelos consumidores, valor este que será suficiente para indenizar a construtora pelos prejuízos oriundos da rescisão contratual. Precedentes do STJ e desta Corte. Provimento Parcial dos Recursos. (0012242-24.2012.8.19.0209 – APELAÇÃO; ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT - Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 22/06/2016).

PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - INADIMPLÊNCIA - RESCISÃO CONTRATUAL - ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA QUE DETERMINOU O PERCENTUAL DE RETENÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - VALOR IRRISÓRIO - MAJORAÇÃO DA

VERBA. É abusiva a cláusula do distrato de promessa de compra e venda que estipula a retenção de 30% (trinta por cento) dos valores pagos pelo promitente-comprador, devidos a título de perdas e danos decorrentes de eventual rescisão unilateral. Na esteira da jurisprudência do STJ e deste Tribunal, cabível a retenção pelas despesas com administração suportadas pela promitente vendedora, considerando como razoável o percentual entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelo promitente comprador. No caso em tela, deve ser retido 20% (vinte por cento) dos valores pagos, a título de ressarcimento contratual. Precedentes jurisprudenciais. Inobstante a diminuta complexidade da matéria, os honorários profissionais não podem convergir para valor indigno ou irrisório, a malferir a dignidade solene da função. Majoração que se impõe. Recurso parcialmente provido. (0001465-71.2008.8.19.0030 – APELAÇÃO; EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS - Décima Sétima Câmara Cível. Data do Julgamento: 03/02/2016.

2.4 Perdas e danos do promitente vendedor na hipótese de utilização do imóvel pelo promitente comprador

Outra situação que merece atenção é quando há o desfazimento da relação, por culpa do promitente comprador, e este se imitiu na posse do imóvel. Nessa hipótese, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da possibilidade de, além da retenção de 10% a 25% da quantia efetivamente paga pelo consumidor, ser cabível também a indenização, devida ao promitente vendedor, das perdas e danos decorrentes da utilização do imóvel, tais como taxa de ocupação, taxa de fruição ou alugueres. Confira-se abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C.C. REINTEGRAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO AFASTADA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REEXAME DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DESTA CORTE. MULTA CONTRATUAL. SENTENÇA QUE AFASTOU SUA INCIDÊNCIA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. POSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. RETENÇÃO ENTRE 10% E 25% DOS VALORES JÁ PAGOS ADMITIDA. INDENIZAÇÃO POR USO DO IMÓVEL DEVIDA. PRECEDENTES. FIXAÇÃO A CARGO DO JUÍZO DE ORIGEM EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, OBSERVADOS OS PARÂMETROS INDICADOS. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. PRECEDENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não configura o cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide sem a produção de prova testemunhal quando o Tribunal de origem entender que o feito foi corretamente instruído, declarando a existência de provas suficientes. A reforma do acórdão, neste aspecto, demandaria revolvimento do contexto fático-probatório, vedado pela Súmula nº 7 do STJ. 2. Não possui

interesse de agir quem se insurge contra ponto em que se sai vencedor. 3. Nas hipóteses de resolução de contrato de promessa de compra e venda por inadimplemento do comprador, esta Corte tem admitido a retenção, pelo vendedor, entre 10% e 25%, do total da quantia paga. Precedentes. 4. Havendo uso do imóvel por considerável período e a reintegração nele pelo vendedor, é devida retenção de percentual correspondente a perdas e danos que suportou, a título de alugueis. 5. Respeitados os parâmetros fixados, os valores a que o vendedor poderá reter deverão ser apurados pelo juízo de origem, em sede de liquidação de sentença. 6. Consoante disposto no art. 105 da Carta Magna, o Superior Tribunal de Justiça não é competente para se manifestar sobre suposta violação de dispositivo constitucional, nem sequer a título de prequestionamento. 7. Recurso parcialmente provido. (REsp. nº 1364510/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 01/12/2015, DJe 14/12/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE “RES-CISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE”. INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS EM RAZÃO DA FRUIÇÃO DO IMÓVEL APÓS OCORRIDA A INADIM-PLÊNCIA. CUMULAÇÃO COM A MULTA PREVISTA EM CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. Em se tratando de promessa de compra e venda de imóvel, a jurisprudência desta Corte afasta qualquer ilação no sentido da caracterização de *bis in idem* na hipótese de condenação do promissário comprador ao pagamento cumulativo da cláusula penal compensatória e da indenização por perdas e danos a título de fruição do bem. 2. A cláusula penal, consistente na retenção de percentual sobre o valor das prestações pagas, visa, entre outras coisas, ao ressarcimento do promitente vendedor pela utilização do imóvel durante o período em que o contrato foi cumprido (REsp nº 963.073/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Minis- tra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 22/03/2011, DJe 16/04/2012). Por outro lado, caso o promissário comprador continue na posse do bem após a mora, será devida, ao credor, indenização por perdas e danos, a título de alugueis, o que não se confunde com a pena convencional. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp nº 1179783/ MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 26/04/2016).

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPRO- MISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUPPORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO PARCIAL DO VALORES PAGOS. TAXA DE OCUPAÇÃO DEVIDA POR TODO O PERÍODO DE POSSE SOBRE O IMÓVEL. ENTEN-

DIMENTO ADOTADO PARA EVITAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO COMPRADOR. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O entendimento firmado no âmbito da Segunda Seção é no sentido de ser possível a resolução do compromisso de compra e venda, por parte do promissário comprador, quando se lhe afigurar economicamente insuportável o adimplemento contratual. 2. Ocorrendo a resolução do compromisso por culpa do promissário comprador, este deverá ser ressarcido parcialmente sobre o valor pago. 3. No caso em julgamento, considerando suas peculiaridades, a taxa de ocupação deve incidir desde o início da permanência no imóvel até sua efetiva devolução, tendo em vista a necessidade de não gerar enriquecimento sem causa por parte do promissário comprador. 4. Na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão. 5. Recurso especial provido. (REsp nº 1211323/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 20/10/2015).

O mesmo entendimento é encontrado com frequência na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPRA E VENDA. INADIMPLÊNCIA CONFESSADA DA RÉ. VALORES CORRETAMENTE COBRADOS PELOS VENDEDORES. ANTERIOR AÇÃO AJUIZADA PELA RÉ VISANDO DISCUTIR A DÍVIDA QUE FOI JULGADA IMPROCEDENTE. TRÂNSITO EM JULGADO. PERÍCIA REALIZADA NOS AUTOS QUE NÃO FOI AFASTADA PELA RÉ, CONCLUINDO PELA EXISTÊNCIA DE DÉBITO. RESCISÃO DO CONTRATO QUE SE IMPÕE. POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE PARTE DAS PARCELAS PAGAS CONFORME ORIENTAÇÃO DO EG. STJ. PERCENTUAL DE 20% (VINTE POR CENTO) HAVIDO COMO RAZOÁVEL PELA JURISPRUDÊNCIA DESTE TJERJ. TAXA DE OCUPAÇÃO DEVIDA. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. SENTENÇA QUE SOMENTE MERECE PEQUENO REPARO PARA CONSIGNAR EXPRESSAMENTE A SUSPENSÃO DA COBRANÇA DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS, COM FULCRO NO ARTIGO 12 DA LEI Nº 1.060/50. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557, §1º-A, DO CPC/73. (0003865-52.2006.8.19.0087 – APELAÇÃO; MÔNICA FELDMAN DE MATTOS - Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 25/05/2016).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. RITO ORDINÁRIO. RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLEMENTO DO

PROMITENTE-COMPRA-DOR. Sentença que julgou procedente a pretensão autoral para decretar a rescisão do contrato com eficácia *ex nunc*, e condenar o 1º réu ao pagamento de indenização por perdas e danos de ordem material de valor equivalente às despesas do autor com

taxa de ocupação, cotas condominiais e IPTU, desde a concessão do habite-se até esta data, em montante a ser alvo de liquidação posterior, observado acréscimo de juros de mora e correção monetária desde cada desembolso. No tocante à 2ª ré, julgou extinto o processo sem apreciação de mérito, por ilegitimidade passiva. Em vista da sucumbência como distribuída, condenou o 1º réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, em favor do patrono da parte autora, fixando os honorários no valor equivalente a 15% da condenação. Condenou o autor ao pagamento de honorários ao patrono da 2ª ré, que arbitro em R\$ 1.400,00. Apelos da parte autora e do 1º réu. Ilegitimidade passiva da 2ª ré que se mantém, considerando que a ex-cônjuge do 1º réu não participou do negócio jurídico em questão. Entendimento consolidado do STJ de que “a ausência de outorga uxória não é causa de nulidade do compromisso de compra e venda, tendo em vista sua natureza obrigacional” (AgRg nos EDcl no Ag nº 670.583/PR, Rel. Min. CASTRO FILHO, Terceira Turma, DJ 19/03/2007), sendo certo que, de igual forma, não é imprescindível para a rescisão do negócio jurídico. Descabido pedido do Apelante Autor quanto ao afastamento da sua condenação ao pagamento de verba honorária ao patrono da parte ilegítima, tendo em vista o princípio da causalidade. Autor que deixou de apresentar nos autos prova de que a 2ª Ré não é hipossuficiente, motivo pelo qual não há que se falar em indeferimento da gratuidade de justiça, pleiteada pela 2ª Recorrida, pelo Juízo *ad quem*, cabendo ao Juízo de origem apreciar o requerido, sob pena de supressão de instância, vedado pelo ordenamento jurídico. Incontroversa mora do 1º Réu. Cabível rescisão do contrato. Retorno das partes ao *status quo* ante. Habite-se concedido. Hipótese na qual não foi dada a posse do imóvel ao promitente-comprador em razão da sua inadimplência. Cabível pagamento, pelo promitente-comprador, da taxa de ocupação, despesas condominiais, tributárias e de outros encargos que recaiam sobre a unidade imobiliária. Consumidor que foi responsável pelo rompimento da avença, motivo pelo qual deverá responder pelos danos materiais, também mediante a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas. Observância do posicionamento do STJ quanto à admissão da retenção entre 10% e 25% do total da quantia paga. Razoável percentual de 20%, requerido pelo Autor, que segue o entendimento da Corte Superior, e contra o qual não houve impugnação específica

“O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela possibilidade do reconhecimento da presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao fornecedor comprovar a inocorrência da mora alegada, (...)”

pelo 1º Réu. Inexistente julgamento *extra petita*, considerando a ausência de pedido autoral de devolução do sinal na sua integralidade. RECURSO DO 1º RÉU AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. APELO DA PARTE AUTORA AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA DETERMINAR A RETENÇÃO, PELO PROMITENTE-VENDEDOR, DO PERCENTUAL DE 20% (VINTE POR CENTO) DO VALOR PAGO PELO 1º RÉU, AO QUAL DEVERÁ SER RESTITUÍDO O VALOR EXCEDENTE. (0002574-60.2014.8.19.0079 – APELAÇÃO; FABIO UCHOA PINTO DE MIRANDA MONTENEGRO - Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 06/07/2016).

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. Hipótese de inadimplemento incontroverso em que a prova dos autos indica que a culpa pela rescisão foi exclusivamente da compradora. Como consequências, deve a promitente vendedora ser reintegrada na posse direta antecipadamente. Retenção dos valores pagos que deve ser majorada para 20% na esteira do entendimento da Corte Superior, e taxa de ocupação do imóvel que merece ser reduzida para 1% sobre o valor do bem, devendo ocorrer a compensação de tais valores, mediante liquidação de sentença. Ônus sucumbenciais que devem ser suportados pela Ré, tendo em vista que decaiu em maior parte dos pedidos. Parcial Provimento dos Recursos. (0009536-05.2011.8.19.0209 – APELAÇÃO; LEILA MARIA RODRIGUES PINTO DE CARVALHO E ALBUQUERQUE - Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 18/11/2015).

3. INADIMPLEMENTO DO PROMITENTE VENDEDOR. 3.1 LUCROS CESSANTES. 3.2 DANOS EMERGENTES. 3.3 MULTA MORATÓRIA E SUA CUMULAÇÃO COM OS DEMAIS DANOS MATERIAIS. 3.4 DANOS MORAIS.

O inadimplemento pelo promitente vendedor ocorre, na grande parte das vezes, pelo atraso na entrega da unidade imobiliária adquirida pelo consumidor. Em razão deste atraso, o consumidor ajuíza ação e dentre os pedidos mais comuns estão as indenizações pelos danos materiais e morais, a entrega do imóvel e a aplicação da multa moratória.

A Súmula nº 543 do STJ indica que a restituição do preço pago pelo promitente comprador deve ser imediata e integral, no caso de culpa exclusiva do promitente vendedor, *in verbis*:

Nº. 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”.

A seguir, analisa-se, sob o enfoque jurisprudencial, alguns destes temas, presentes na maioria dos pedidos objetos das mencionadas ações judiciais.

3.1 Lucros cessantes – presunção de prejuízo do promitente comprador

O atraso na entrega do imóvel pelo promitente vendedor/incorporador causa prejuízos ao promitente comprador. Um deles é o dano material, seja na espécie de lucros cessantes ou dano emergente.

Os lucros cessantes guardam relação com o valor correspondente ao aluguel que o promitente comprador deixou de ganhar em razão da não entrega do imóvel no prazo contratualmente previsto.

Não há dúvida de que o consumidor, ao fazer investimento para aquisição de um imóvel, pretendia morar ou locar o bem, sendo esta a conclusão razoável da dinâmica do sistema econômico em que vivemos.

Dessa forma, o comprador, no caso de atraso na entrega do imóvel, o promitente vendedor deverá pagar ao promitente comprador aluguel mensal durante o tempo em que atraso perdurar.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela possibilidade do reconhecimento da presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao fornecedor comprovar a inocorrência da mora alegada, na esteira dos precedentes abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. LUCROS CESSANTES. DISPENSA COMPROVAÇÃO. MATÉRIA PREQUESTIONADA. CULPA. PROMITENTE VENDEDORA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. OMISSÃO INEXISTENTE. 1. A violação do art. 535 do CPC somente se configura quando, na apreciação do recurso, o tribunal de origem insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida e não foi. Não ocorrente no caso. 2. Tendo o tribunal local adotado os fundamentos da sentença, que tratou especificamente dos lucros cessantes, não há falar em ausência de prequestionamento. 3. A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. 4. Acentuado nas instâncias ordinárias que a demora na entrega do imóvel é injustificada, rever tal posicionamento demanda a análise das circunstâncias fáticas dos autos. Incidência da Súmula nº 7/STJ. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 229.165/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 27/10/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INCAPAZ DE ALTERAR O JULGADO. LUCROS CESSANTES. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. PRESUNÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. 1. Esta Corte Superior já firmou entendimento de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes, havendo presunção de prejuízo do promitente-comprador. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag nº 1319473/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 25/06/2013, DJe 02/12/2013).

AGRAVO REGIMENTAL - COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA - LUCROS CESSANTES - PRESUNÇÃO - CABIMENTO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. 1.- A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Precedentes. 2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos. 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp nº 1202506/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012).

3.2 Danos Emergentes - necessidade de comprovação

O dano emergente diz respeito ao valor efetivamente desembolsado pelo promitente comprador para o pagamento do aluguel durante o período da mora do promitente vendedor.

Dessa forma, se o promitente comprador comprovar que durante o período em que perdurou o atraso na entrega do imóvel teve que arcar com o pagamento de aluguel para residir, deverá o promitente vendedor ressarcir as despesas de aluguel, ressaltando-se que estas devem ser comprovadas nos autos.

Nesse sentido são os julgados:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. ATRASO NA ENTREGA. ESCRITURA DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA QUE PREVIU EXPRESSAMENTE A POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO PARA ENTREGA DO IMÓVEL POR, NO MÁXIMO, 180 DIAS. VALIDADE DA CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO. PRECEDENTE DESTA CORTE. MORA DA CONSTRUTORA RÉ QUE SE INICIOU NO PRIMEIRO DIA DE JULHO DE 2010. TERMO FINAL, CONTUDO, QUE NÃO SERÁ A DATA DA CONCESSÃO DO HABITE-SE, MAS SIM A

EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. AUSÊNCIA DE PROVA DA OCORRÊNCIA DE QUAISQUER EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL, PREVISTAS NO § 3º DO ART. 14 DO CDC. DANOS SUPOSTOS PELOS CONSUMIDORES QUE DEVEM SER RESSARCIDOS. PARTE AUTORA QUE PUGNA PELO RECEBIMENTO DE LUCROS CESSANTES E DANOS EMERGENTES, CONSUBSTANCIADOS NO RESSARCIMENTO DOS ALUGUEIS PAGOS NO PERÍODO DO ATRASO NA OBRA. IMPOSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DE AMBAS AS VERBAS EM IGUAL PERÍODO, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE RESIDIR O AUTOR NO BEM E, AO MESMO TEMPO, ALUGÁ-LO A TERCEIROS. RESSARCIMENTO DOS ALUGUEIS, COMPROVADAMENTE PAGOS PELOS CONSUMIDORES NO PERÍODO DA MORA, A SEREM CALCULADOS EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, TUDO ATUALIZADO CONFORME OS CONECTÁRIOS LEGAIS PERTINENTES. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VERBA INDENIZATÓRIA MAJORADA PARA R\$ 24.000,00, SENDO R\$ 12.000,00 PARA CADA UM DOS AUTORES. PRECEDENTES. COMISSÃO DE CORRETAGEM. PAGAMENTO DA CORRETAGEM QUE NÃO RESTOU DESCONTADO DO PREÇO FINAL DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL DE QUE O ÔNUS DO PAGAMENTO PERTENCERIA AOS CONSUMIDORES. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E AO DEVER DE INFORMAÇÃO, CONFIGURANDO FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO (ART. 6º, III DO CDC). DEVOLUÇÃO PELA CONSTRUTORA (PROMITENTE VENDEDORA), NA FORMA SIMPLES, DA COMISSÃO DE CORRETAGEM PAGA PELOS AUTORES QUE SE IMPÕE. PROVIMENTO PARCIAL DE AMBOS OS RECURSOS. (0019160-78.2011.8.19.0209 – APELAÇÃO - SANDRA SANTARÉM CARDINALI - Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor - Data de julgamento: 28/01/2016)

Apelação Cível. Ação de Obrigação de fazer c/c pedido declaratório de anulabilidade, repetição de indébito e antecipação de tutela. Promessa de compra e venda de imóvel. Atraso na entrega da obra. Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido concedendo a antecipação da tutela determinando que a unidade adquirida pelo autor seja entregue no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 300,00, tornando a decisão definitiva; condenando a ré ao pagamento de lucros cessantes a serem apurados em liquidação de sentença no período de março de 2014 até a averbação do “habite-se, devidamente corrigidos e acrescidos de juros legais de 1% ao mês a contar da citação; a restituição de valores de f. 31, devidamente corrigidos e com juros legais de 1% ao mês a contar de cada desembolso; e ao pagamento de indenização por danos morais a cada autor no valor de R\$ 25.000,00. Julgando Improcedentes os demais pedidos. Recurso da ré

requerendo em preliminar a apreciação do agravo retido de f. 174/176; a perda do objeto referente a obrigação de fazer de entrega do imóvel, já que as chaves foram entregues em novembro de 2014; a improcedência dos pedidos e/ou, caso se entenda pela manutenção do dano moral, o que não se espera, seja o mesmo reduzido, além da necessária impossibilidade de cumulação do pagamento de alugueres com lucros cessantes, bem como o termo inicial dos juros de mora sobre o dano emergente deverá ocorrer a partir da citação. Agravo retido que se conhece e se rejeita, o instituto da inversão do ônus da prova não é aplicável automaticamente, incumbindo ao juízo de origem, destinatário primeiro da prova, aferir, no caso concreto, a presença das condições necessárias para a sua incidência. Restou plenamente demonstrada a falha do serviço consubstanciada no atraso injustificado da entrega do imóvel que superou os 180 dias máximos previstos em contrato, já que consta do item “L” do contrato que o prazo estimado da obra seria o último dia do mês de Setembro de 2013, com prazo de tolerância de 180 dias, *index* - 59, f. 60). Assim, à luz do direito consumerista, exsurge o dever de indenizar. Danos morais configurados. Verba indenizatória que se reduz para R\$10.000,00, vez que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerado o tempo de mora. (oito meses). Despesas de alugueres comprovadas de forma suficiente. Juros corretamente fixados, na forma do art. 397 do CC. Os lucros cessantes consistem naquilo que o Autor deixaria de auferir com a locação do imóvel, a partir do ato ilícito e no caso dos autos o Autor alega e comprova o pagamento de aluguel de um imóvel que residia até que a unidade imobiliária adquirida fosse entregue. Portanto, o imóvel objeto do contrato se destinaria à moradia do Autor, que, em decorrência do atraso na entrega do bem, teve que pagar aluguel do imóvel onde estão residindo por mais alguns meses. Dessa forma, uma vez ressarcidos dos valores desembolsados com a locação, não há que se falar em lucros cessantes, pois nada lucrariam com o bem, tendo em vista que este se destinaria à própria moradia, de modo que não haverá possibilidade de locar o imóvel e, ao mesmo tempo, nele residir. Na presente hipótese, reputo que os valores recebidos pelo dispêndio com locação equivalem aos alugueres que o Autor receberia se o imóvel fosse destinado à locação ou moradia sem custeio de pagamento de verba a outrem neste sentido, devendo ser o pedido relativo aos lucros cessantes julgado improcedente. Vedação do *bis in idem*. Rejeito o pedido de perda de objeto quanto a obrigação de fazer consistente na entrega unidade adquirida pelo autor no prazo de 30 dias, vez que não foi juntado o termo de entrega das chaves, conforme mencionado na peça de apelação da ré, desta forma, deverá ser demonstrado que não há obrigação a ser cumprida quando do cumprimento da antecipação de tutela. Recurso a que se conhece e que se dá parcial provimento. (0028035-44.2014.8.19.0205 – APELAÇÃO - NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA - Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor - Data de julgamento: 07/07/2016).

3.3 Aplicação de multa moratória e a possibilidade da sua cumulação com os demais danos materiais

O Superior Tribunal de Justiça, em julgados atuais, tem entendido que nos casos de atraso na entrega do imóvel é possível que o promitente comprador pleiteie a condenação do promitente vendedor ao pagamento de multa contratual (cláusula penal) com qualquer tipo de dano material, vez que a cláusula penal serve para punir o promitente vendedor pelo inadimplemento contratual, todavia não tem como escopo reparar os danos sofridos pelo promitente comprador decorrentes da mora. Observe-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO QUANTO A TRÊS QUESTÕES SUSCITADAS NO AGRAVO REGIMENTAL. CARACTERIZAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO APENAS UMA DELAS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. CUMULAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS. 1. Os embargos de declaração não se prestam ao re julgamento da causa quando o pronunciamento atacado não estiver eivado de algum dos vícios previstos no art. 535 do CPC, erros materiais ou equívocos evidentes. 2. Na hipótese de atraso na entrega do imóvel objeto de contrato de promessa de compra e venda, são cumuláveis a indenização por danos materiais (causados pela mora da promitente vendedora) com a cláusula penal moratória prevista contratualmente. Precedentes. 3. Embargos de declaração acolhidos em parte apenas para integrar ao acórdão recorrido. (EDcl no AgRg no AREsp nº 691.747/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. CASO FORTUITO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. 2. CLÁUSULA PENAL. CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 83/STJ. 3. COMISSÃO DE CORRETAGEM. OMISSÃO NO CONTRATO. MODIFICAÇÃO DAS CONCLUSÕES ALCANÇADAS. SÚMULAS Nº 5 E Nº 7 DO STJ. 4. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A discussão acerca da ocorrência de fortuito externo exige a formação de nova convicção acerca dos fatos da causa, a partir de um revolvimento do material probatório, providência inviável em tema de recurso especial, nos termos do enunciado nº 7/STJ. Precedentes. 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, é possível a cumulação da multa, de caráter moratório, eventualmente estipulada no contrato de promessa de compra e venda, com eventuais lucros cessantes decorrentes das perdas e danos, cuja finalidade é compensatória, o que evidencia a natureza distinta dos institutos. Incidên-

cia da Súmula nº 83/STJ. 3. No tocante à comissão de corretagem, verifica-se que o Tribunal de origem erigiu seu entendimento totalmente calcado nos elementos fático-probatórios dos autos, valendo-se deles para concluir que não consta expressamente do contrato firmado entre as partes que o valor da corretagem seria efetivamente descontado do preço do imóvel, bem assim que não havia no ajuste previsão de que o pagamento das verbas de corretagem seria de responsabilidade da recorrida. Rever estas justificativas exigiria a análise das cláusulas contratuais e a reapreciação do conjunto probatório. Incidência das Súmulas nº 5 e nº 7 desta Casa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp nº 690.181/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 01/09/2015, DJe 16/09/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. MORA. CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA. CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO COM APLICAÇÃO DE MULTA. 1. Nos termos da jurisprudência consolidada neste Sodalício, a inexecução do contrato de compra e venda, consubstanciada na ausência de entrega do imóvel na data acordada, acarreta além da indenização correspondente à cláusula penal moratória, o pagamento de indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o tempo da mora da promitente vendedora. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento com aplicação de multa (AgRg no AREsp nº 525.614/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 25/08/2014).

DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. INADIMPLENTO PARCIAL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. MORA. CLÁUSULA PENAL. PERDAS E DANOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1.- A obrigação de indenizar é corolário natural daquele que pratica ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Se a cláusula penal compensatória funciona como pre-fixação das perdas e danos, o mesmo não ocorre com a cláusula penal moratória, que não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune a mora. 2.- Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere na responsabilidade civil decorrente do retardo no cumprimento da obrigação que já deflui naturalmente do próprio sistema. 3.- O promitente comprador, em caso de atraso na entrega do imóvel adquirido pode pleitear, por isso, além da multa moratória expressamente estabelecida no contrato, também o cumprimento, mesmo que tardio da obrigação e ainda a indenização correspondente aos lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o período da mora da promitente vendedora. 4.- Recurso Especial a que se nega provimento. (REsp nº 135554/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI,

Terceira Turma, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013).

3.4 Os danos morais pelo atraso na entrega do imóvel

Quanto ao dano moral sofrido pelo consumidor, quando ocorre o atraso na entrega da unidade imobiliária, por culpa do promitente vendedor, este deverá ser analisado casuisticamente, conforme se verifica da jurisprudência do STJ, *in verbis*:

RECURSOS ESPECIAIS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA. ENTREGA DA OBRA. ATRASO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROPRIETÁRIO PERMUTANTE. LEGITIMIDADE. CLÁUSULA PENAL. RECIPROCIDADE. LUCROS CESSANTES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. PROVA. ÔNUS. RÉU. EXCESSO DE CHUVAS. ESCASSEZ DE MÃO DE OBRA. CASO FORTUITO. FORÇA MAIOR. NÃO CONFIGURAÇÃO. LUCROS CESSANTES. TERMO FINAL. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANOS MORAIS. 1. Os recursos especiais têm origem em ação de indenização por perdas e danos decorrentes de atraso na conclusão de obra objeto de contrato de compromisso de compra e venda para fins de aquisição de unidades imobiliárias em empreendimento comercial. 2. O proprietário permutante do terreno não responde pelos atos de incorporação quando se limita à mera alienação do terreno para a incorporadora sem participar de nenhum ato tendente à comercialização ou construção do empreendimento. 3. Na espécie, as instâncias de cognição plena, à luz da prova dos autos, e analisando os contratos celebrados entre as partes, concluíram que a alienante permutante do terreno figurou nos contratos de promessa de compra e venda ora na condição de “vendedora” ora na condição de credora hipotecária, transmitindo para o adquirente/consumidor a ideia de solidariedade na efetivação do empreendimento, de forma que não pode ser reconhecida a sua ilegitimidade passiva. 4. A cláusula penal inserta em contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve voltar-se aos contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes. 5. É possível cumular a cláusula penal decorrente da mora com indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel, pois aquela tem natureza moratória, enquanto esta tem natureza compensatória. 6. A alegação de exceção de contrato não cumprido arguida em defesa deve ser comprovada pelo réu, pois é seu o ônus de demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos no artigo 333, inciso II, do CPC/1973. 7. Essa Corte já se pronunciou em inúmeras oportunidades no sentido de que a inversão das conclusões da Corte local para afirmar, por exemplo, que o excesso de chuvas e a escassez de mão de obra configuram fatos extraordinários e imprevisíveis, enquadrando-se como hipóteses de caso fortuito ou força maior, demandaria o reexame

do conjunto fático-probatório dos autos. 8. A conclusão da Corte local para fixar a data da expedição da carta de habite-se como termo final do pagamento dos lucros cessantes resultou da análise das circunstâncias fáticas, bem como da interpretação de cláusulas contratuais. 9. O simples inadimplemento contratual não é capaz, por si só, de gerar dano moral indenizável, devendo haver consequências fáticas que repercutam na esfera de dignidade da vítima, o que não se constatou no caso concreto. 10. Recursos especiais parcialmente conhecidos e não providos. (REsp 1536354/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 07/06/2016, DJe 20/06/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. 1. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA Nº 284/STF. 2. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211/STJ. 3. LUCROS CESSANTES. SÚMULA Nº 83/STJ. 4. DANO MORAL. MODIFICAÇÃO DO VALOR. SÚMULA Nº 7/STJ. 5. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A remissão às razões de outro recurso, no caso os aclaratórios opostos, não constituiu fundamentação suficiente e apta a embasar o especial. Aplicação da Súmula nº 284/STF. 2. Não examinada pela instância ordinária a matéria objeto do especial - apesar de opostos os embargos declaratórios - incide o óbice disposto na Súmula nº 211/STJ. 3. De acordo com a jurisprudência desta Corte, a ausência de entrega do imóvel na data acordada no contrato firmado entre as partes acarreta o pagamento de indenização por lucros cessantes, tendo em vista a impossibilidade de fruição do imóvel durante o tempo da mora. Precedentes. Incidência da Súmula nº 83/STJ. 4. Inviável alterar o valor de indenização decorrente de atraso na entrega de imóvel quando fixado pela instância de origem com base na condição econômica dos litigantes, bem como na intensidade da culpa do réu e suas consequências, concluindo o Tribunal *a quo* que o inadimplemento contratual causou frustração, angústia e sofrimento à parte ante a impossibilidade de ter o imóvel que adquiriu para residir no prazo contratado, pois, notadamente considerando que a quantia arbitrada não é exorbitante, seria necessário o revolvimento do material probatório, o que encontra óbice na Súmula nº 7 do STJ. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp nº 395.105/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 01/06/2015)

A respeito do tema, colaciona-se, ainda, a jurisprudência deste Tribunal:

0032427-70.2013.8.19.0202 - APELAÇÃO
DESª. SÔNIA DE FÁTIMA DIAS - Julgamento: 27/07/2016 - Vigésima
Terceira Câmara Cível Consumidor
ACÓRDÃO. APELAÇÃO CÍVEL. EMPREENHIMENTO IMOBILIÁRIO. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. Sentença de procedência

para determinar o pagamento de multa contratual de 0,5% sobre o valor do imóvel, a contar da data da citação até a data efetiva da entrega das chaves; pagamento de lucros cessantes de 1% sobre o valor do imóvel por mês, incidente entre a data da entrega das chaves e aquela em que o imóvel deveria ser contratualmente entregue; bem como o pagamento de R\$ 20.000,00 a título de indenização por danos morais. Recurso exclusivo da parte ré. Responsabilidade objetiva. Prazo final pactuado, maio de 2013 e entrega efetuada em maio de 2014. Mora caracterizada. Força maior alegada pela ré e não comprovada. Ausência de comprovação de excludente de responsabilidade. Falha na prestação do serviço. Indenização pré-fixada em contrato. Impossibilidade de cumulação com perdas e danos por lucros cessantes. Imóvel adquirido para investimento. Dano moral não configurado. Mero aborrecimento. Aplicação da Súmula nº 75 deste Tribunal. Reforma parcial da sentença para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais e por lucros cessantes. Provimento Parcial do Recurso.

0016903-17.2010.8.19.0209 - APELAÇÃO

DES. ANTÔNIO CARLOS ARRABIDA PAES - Julgamento: 27/07/2016 - Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor

DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO NA ENTREGA POR CULPA DA CONSTRUTORA. RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. APELAÇÃO DE AMBAS AS PARTES IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PRECEDENTE DO TJRJ. REFORMA DA SENTENÇA PARA CONDENAR A RÉ AO PAGAMENTO DE DANOS MATERIAIS, CONSUBSTANCIADO NOS VALORES DOS ALUGUERES EFETIVAMENTE PAGOS PELOS AUTORES, A CONTAR DA DATA EM QUE O IMÓVEL FOI ALUGADO, ATÉ A DATA DO EFETIVO PAGAMENTO DA RESCISÃO CONTRATUAL, COM JUROS LEGAIS DE MORA A CONTAR DA CITAÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA DO DESEMBOLSO OS QUAIS DEVERÃO SER APURADOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DANO MORAL CONFIGURADO *IN RE IPSA*. MANUTENÇÃO DO VALOR FIXADO PELO JUÍZO A QUO NO VALOR DE R\$ 5.000,00 PARA CADA AUTOR. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DOS AUTORES E IMPROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ.

0043041-61.2014.8.19.0021 - APELAÇÃO

DESª. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 27/07/2016 - Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor

ACÓRDÃO. Apelação Cível. Relação de Consumo. Ação Indenizatória. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Unidade de empreendimento residencial. Atraso na entrega. Pretensão indenizatória. Sentença de parcial procedência. Irresignação das partes. Não comprovação de ocor-

rência de caso fortuito ou força maior. Incidência da Teoria do Risco do Empreendimento. Consumidor que não pode assumir o risco do negócio, sendo ônus do prestador de serviços o planejamento do empreendimento imobiliário, já com a incidência de possíveis condições adversas. Alegação de “dificuldade de contratação de mão-de-obra e de aquisição de matéria prima”, que não se enquadra em excludente de responsabilidade. Atraso comprovado, que extrapolou, em muito, o prazo de tolerância de 180 dias. Falha na prestação do serviço caracterizada. Responsabilidade Objetiva, a teor do art. 14 do CDC. Lucros Cessantes. Possibilidade. Presunção relativo ao prejuízo. Configuração dos Danos Morais. Evento que ultrapassou o mero aborrecimento cotidiano, ensejando a frustração das legítimas expectativas dos consumidores. Entendimento jurisprudencial no sentido da ocorrência de lesões de ordem psíquica quando do atraso na entrega de imóvel destinado à moradia. Verba indenizatória que não se amolda aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, além dos parâmetros desta Corte, devendo ser majorada para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada autor. Jurisprudência e Precedentes citados: 0037205-85.2010.8.19.0203 - APELAÇÃO DES^a. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 09/04/2014 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR; AGRAVO REGIMENTAL COMPRA E VENDA. IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA - LUCROS CESSANTES - PRESUNÇÃO - CABIMENTO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO; 0045936-21.2011.8.19.0014. Apelação. DES. WILSON DO NASCIMENTO REIS - Julgamento: 03/12/2015 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR; 0024341-67.2013.8.19.0087 - APELAÇÃO. DES. MURILO KIELING - Julgamento: 11/05/2016 VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. MORA. CLÁUSULA PENAL. SÚMULAS Nº 5 E Nº 7/STJ. ART. 535. AUSÊNCIA DE OMISSÕES. SÚMULA Nº 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO; 0007667-10.2015.8.19.0001 - APELAÇÃO. DES. SÉRGIO SEABRA VARELLA - Julgamento: 13/04/2016 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL. CONSUMIDOR. PROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO E DESPROVIMENTO DO SEGUNDO RECURSO.

0012134-24.2014.8.19.0209 - APELAÇÃO
DES. WERSON RÊGO - Julgamento: 27/07/2016 - Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor
DIREITO DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. ALEGAÇÃO DE ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA POR PERDAS E DANOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELA PARTE RÉ, VISANDO À REFORMA INTEGRAL DA SENTENÇA. 1) A matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário é de ordem

pública e de interesse social. Presentes os elementos da relação jurídica de consumo, a análise das práticas, das cláusulas e condições contratualmente ajustadas entre as partes se subsume ao campo de incidência principiológico-normativo do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo indisponível e imperativa a sua aplicação. 2) Proteção contratual do consumidor - O intérprete e aplicador do Direito do Consumidor tem o dever de zelar pela satisfação das legítimas expectativas dos parceiros contratuais, permitindo ao contrato cumprir a sua função social, eliminando os eventuais excessos decorrentes do abuso da posição de vantagem (*match position*) - praticados pelas incorporadoras. 3) Práticas abusivas - HERMAN BENJAMIN conceitua “práticas abusivas”, em sentido amplo, como sendo aquelas em “desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta, em relação ao consumidor”, definindo-as como “as condições irregulares de negociação nas relações de consumo”, condições essas “que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes”. 4) Cláusula de tolerância (atraso de 180 dias na entrega da unidade imobiliária) - Declaro a validade da cláusula que prevê a tolerância de 180 dias do prazo de entrega do imóvel, em conformidade com o enunciado nº 01, do aviso conjunto nº 16, de 01/10/2015 deste Egrégio Tribunal de Justiça. 5) Responsabilidade civil - O descumprimento da obrigação de entrega da unidade imobiliária no prazo convencionado, vencido o prazo de tolerância, implica na responsabilidade objetiva do incorporador à efetiva reparação dos danos materiais e morais (art. 6º, VI, CDC) ao adquirente. A verba indenizatória correspondente deverá abranger os danos emergentes (perdas materiais efetivas) e os lucros cessantes. Quanto aos lucros cessantes, de acordo com a nova orientação do e. Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, os mesmos são devidos, por haver presunção de prejuízo do promitente-comprador. Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0456973-19.2011.8.19.0001 Compulsando os autos, verifica-se que a entrega do imóvel estava prevista para 31/01/2013. Com a tolerância de 180 dias, a previsão de entrega seria 31/07/2013 (documento de f. 73). Os Autores receberam as chaves do imóvel somente em 13/06/2014 (documento de f. 472). No caso em tela, o dano material refere-se ao ressarcimento pelos aluguéis não auferidos no período de atraso de entrega da obra e os lucros cessantes. 5.1) Danos morais. Cumpre ao Poder Judiciário efetivamente reparar os danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos causados aos consumidores, mas, sobretudo, compete-lhe efetivamente prevenir a ocorrência dos mesmos - conforme dispõe o artigo 6º, VI, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Seguindo-se por esta trilha de raciocínio, especial relevo assume a teoria do desestímulo (adotada majoritariamente pela doutrina e jurisprudência pátrias, inspirada na Escola Francesa), segundo a qual a sanção (*quantum* indenizatório arbitrado pela autoridade judicial) deve fixar uma quantia considerável o suficiente para inibir a reiteração de condutas semelhantes pelo agente. Verba compensatória arbitrada em R\$ 12.000,00

(doze mil reais), adequada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem olvidar a natureza punitivo-pedagógica da condenação. 8) Recurso não provido.

0035526-66.2014.8.19.0023 - APELAÇÃO

DES. ARTHUR NARCISO - Julgamento: 28/07/2016 - Vigésima Sexta Câmara Cível consumidor

APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA (INDEX 000292) QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, PARA: (I) CONFIRMAR OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA QUE DETERMINOU A RETIRADA DO NOME DO AUTOR DOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO; (II) DECLARAR RESCINDIDO O CONTRATO; CONDENAR AS RÉS, SOLIDARIAMENTE, A (III) RESTITUÍREM AO AUTOR O VALOR TOTAL EFETIVAMENTE DESEMBOLSADO A TÍTULO DE PREÇO DO IMÓVEL, MONETARIAMENTE CORRIGIDO DESDE CADA DESEMBOLSO E ACRESCIDO DE JUROS MORATÓRIOS DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS A CONTAR DA CITAÇÃO, TUDO A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA; (IV) AO PAGAMENTO DE R\$ 5.000,00 A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, ACRESCIDO DE CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DA PUBLICAÇÃO DA PRESENTE E DE JUROS MORATÓRIOS DE 1% AO MÊS DESDE A CITAÇÃO; (V) DECLARAR NULAS AS COBRANÇAS REFERENTES ÀS COTAS CONDOMINIAIS, DEVENDO AS RÉS RESSARCIREM O AUTOR DOS VALORES DESEMBOLSADOS A TAL TÍTULO, MONETARIAMENTE CORRIGIDOS DESDE CADA DESEMBOLSO E ACRESCIDOS DE JUROS MORATÓRIOS DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS A CONTAR DA CITAÇÃO, CONFORME APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA; (VI) ANTECIPAR OS EFEITOS DA TUTELA EM RELAÇÃO À RESCISÃO CONTRATUAL, FICANDO A UNIDADE IMOBILIÁRIA LIBERADA PARA A RÉ. RECURSO DAS RÉS A QUE SE NEGA PROVIMENTO E RECURSO DO AUTOR QUE SE DÁ PROVIMENTO, A FIM DE MAJORAR A VERBA COMPENSATÓRIA PARA R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS), DEVENDO INCIDIR JUROS LEGAIS DESDE A CITAÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DA PRESENTE DECISÃO. O Autor e as Réis insurgem-se somente com relação ao pedido de compensação por danos morais. O Demandante requer a majoração dos mesmos, enquanto as Suplicadas entendem não ser cabível no presente caso, pugnano pela improcedência do pedido de compensação extrapatrimonial, ou, subsidiariamente, pela sua redução. Assim, diante do efeito *tantum devolutum quantum appellatum*, a presente decisão resta limitada à apreciação das questões trazidas ao Juízo *ad quem*. Dirimida, então, a questão sobre a existência, ou não, de falha na prestação do serviço, resta analisar o cabimento e a quantificação do valor arbitrado a título de compensação por danos morais. No presente feito, restou comprovado que as partes firmaram

promessa de compra e venda de unidade imobiliária e que houve atraso na entrega das chaves, bem como entraves para que o consumidor pudesse contratar o financiamento do saldo devedor. Sendo assim, o Demandante requereu a rescisão do contrato com a devolução das parcelas pagas de forma integral, haja vista que as Rés deram causa ao desfazimento do negócio. Ademais, restou demonstrado que a averbação do habite-se, necessária para a concessão do financiamento bancário para quitar o saldo devedor, somente foi efetivada em 15/04/2014, portanto, com mais de quatro meses de atraso. Outrossim, comprovou o Autor (*index* 99) que seu nome foi negativado pela terceira Reclamada pelo valor total do imóvel, tendo sido deferida tutela antecipada para retirada de seu nome dos cadastros restritivos de crédito. Vale dizer que as Requeridas, por sua vez, não lograram êxito em comprovar a ocorrência de caso fortuito ou força maior, excludentes de responsabilidade para a demora na entrega das chaves. A Lei nº 8.078/90 adotou a teoria do risco do empreendimento, por meio da qual todo aquele que se propõe a exercer atividade no mercado de consumo tem a obrigação legal de responder pelos vícios e defeitos desses mesmos bens e serviços postos à disposição do Consumidor, sem aferição de culpa. O atraso na entrega da unidade é suficiente para configurar a falha na prestação do serviço por parte das Demandadas. Em relação ao pedido de compensação por danos morais, é certo que a espera na entrega do imóvel, com a consequente rescisão do contrato, causou ao Demandante aflição e angústia, ferindo-se os direitos da personalidade do Consumidor. Na verdade, os danos morais, no caso em exame, são *in re ipsa*, porque inquestionáveis e decorrem do próprio fato. Considerando os fatos acima narrados, conclui-se que deve ser majorado o valor arbitrado a título de compensação por danos morais para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

0005927-12.2014.8.19.0208 - APELAÇÃO

DES^a. TEREZA C. S. BITTENCOURT SAMPAIO - Julgamento: 13/07/2016 - Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. - Autor que alega a ocorrência de prejuízos em razão de atraso na entrega de imóvel por ele adquirido junto à parte ré. - Atraso na conclusão das obras que se mostra injustificável, não tendo havido comprovação de qualquer das excludentes denexo causal, elencadas no § 3º, do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor. - Situação que é capaz de causar angústia ao consumidor, sendo evidente o dano moral alegado na exordial. - Verba compensatória dos danos morais que deve, todavia, ser reduzida para R\$ 10.000,00, estando este valor mais adequado aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. - Honorários advocatícios de sucumbência e despesas judiciais que devem ser rateados entre os litigantes, nos termos do artigo 86, do CPC/15. Conhecimento e Parcial Provimento do Recurso.

4. A CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA

A cláusula de tolerância, geralmente de 180 dias para que o promitente vendedor entregue as chaves do imóvel, é comum nos contratos de promessa de compra e venda e é considerada válida quando expressamente pactuada entre as partes, não se tratando de previsão abusiva ou contrária ao Código de Defesa do Consumidor. Ademais, é importante ter em mente que, usualmente, os contratos dessa natureza envolvem empreendimentos complexos e sujeitos a variações involuntárias, de força maior, podendo levar ao atraso na entrega do imóvel, sendo razoável, também por esse motivo, a legalidade da cláusula de tolerância de 180 dias.

A questão não desafia grande discussão no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja jurisprudência é majoritária no sentido de se reconhecer a validade da cláusula de tolerância, desde que, claro, expressamente prevista no instrumento contratual. De modo a ratificar tal afirmação, observe-se o enunciado nº 01 do Aviso TJ/CEDES nº 16/2015 e, ainda, os julgados que seguem abaixo:

AVISO CONJUNTO TJ/CEDES nº 16/2015. Enunciado nº 01: nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, reputa-se válida a cláusula de tolerância, ou cláusula de prorrogação de 180 dias, desde que pactuada expressamente pelas partes, devendo eventual reparação ser computada ao término do prazo avençado. Justificativa: Não há abuso na cláusula de tolerância para a entrega do imóvel, quando esta estiver expressa no contrato firmado pelas partes, uma vez que, no momento da contratação, esta condição seja de conhecimento dos contratantes, ou seja, dos compradores. A previsão da cláusula de tolerância, expressa no contrato, retira a vulnerabilidade do consumidor, pois este fica ciente de que o prazo de entrega do imóvel comprado poderá sofrer um retardo de até 180 dias. Dessa forma, não se verifica a característica de abusividade na cláusula de tolerância, pois pactuada de acordo com a principiologia do Código de Defesa do Consumidor.

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO A APELAÇÃO CÍVEL PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS DA EXORDIAL. Sentença de procedência parcial. Condenação ao reembolso de despesas com locação de imóvel e ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$10.000,00 em favor do autor. Recurso exclusivo das rés. Decisão monocrática que deu provimento à apelação para julgar improcedentes os pedidos contidos na ação. Agravo interno interposto pelo autor objetivando restabelecimento da sentença. Conforme cláusula contratual, o prazo para entrega inicialmente estipulado para 10/02/2010 é estimativo, a variar de acordo com a data de assinatura do contrato de financiamento. Prazo de tolerância de 180 dias pactuado na mesma cláusula que prevê a possibilidade de variação do prazo de entrega no contrato de financiamento. Inexistência de abusividade. Validade da cláusula. Contrato junto à Caixa Econômica Federal, assinado em

27/12/2010, estipula o prazo de 16 meses para conclusão da obra. Cláusula de tolerância de 180 dias. Prazo final para entrega, outubro de 2012. Imóvel entregue em 25/07/2012. Legalidade das cláusulas contratuais. Expressa e prévia previsão contratual. Ciência do consumidor. Ausência de abusividade. Boa-fé contratual. *Pacta sunt servanda*. Autonomia da vontade das partes. Agravo interno que pretende a manutenção da sentença de primeira instância. Inexistência de qualquer argumento capaz de infirmar a decisão recorrida. Desprovisionamento ao Agravo Interno. (0040907-24.2014.8.19.0001 – APELAÇÃO; SÔNIA DE FÁTIMA DIAS - Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 27/07/2016).

APELAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA DAS CHAVES. AÇÃO INDENIZATÓRIA. Sentença de parcial procedência. Preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela ré que não merece acolhimento. Aplicação da Teoria da Asserção. Atraso injustificado na entrega das chaves, já computado o prazo de tolerância de 180 dias. Inexistência de abusividade ou ilegalidade da referida cláusula. Lucros cessantes que são devidos independentemente da prova do prejuízo. Precedentes. Falha na prestação do serviço evidenciada. Teoria do risco do empreendimento. Fortuito interno. Frustração da legítima expectativa do consumidor. Dano moral configurado. *Quantum* compensatório arbitrado em consonância com os parâmetros adotados por esta Corte. Incidência da súmula 343 deste Tribunal. Recurso conhecido ao qual se nega seguimento, com amparo no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil. (0009529-42.2013.8.19.0209 – APELAÇÃO; WILSON DO NASCIMENTO REIS - Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 12/01/2016).

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. Autor narrou ter sofrido danos materiais e morais em razão de atraso injustificável na entrega de imóvel. Legalidade da cláusula de tolerância de 180 dias. Prova que aponta para atraso de quatro meses e 18 dias na entrega do imóvel, cabendo as Rés a obrigação de indenizar os danos materiais referentes as despesas com alugueis no período. Taxa de instalação prevista contratualmente, cujo pagamento compete ao Demandante. Hipótese que tem o condão de provocar prejuízos, sendo os morais incontroversos, merecendo redução o *quantum debeatur*. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DAS RÉS E DESPROVIMENTO DO AUTORAL. (0388383-53.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO; LEILA MARIA RODRIGUES PINTO DE CARVALHO E ALBUQUERQUE - Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 12/07/2016).

APELAÇÃO CÍVEL. Relação de consumo. promessa de compra e venda de imóvel em construção. atraso na entrega do imóvel. Validade da cláusula

de 180 dias. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva. Risco do empreendimento. Dever de indenizar. Danos materiais consistentes nos gastos da autora com o pagamento de aluguel. Apelo da ré. Cabível a indenização referente à despesa havida com aluguel para a moradia da autora durante o período de atraso, que corresponde ao prazo previsto no contrato, acrescido do prazo de tolerância, até a concessão do Habite-se. O atraso na entrega das chaves a partir da concessão do Habite-se decorreu da mora da autora na integralização do valor acordado, não podendo ser atribuído à ré. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido, nos termos do voto do relator. (0238710-49.2013.8.19.0001 – APELAÇÃO; LUIZ FERNANDO PINTO - Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 02/03/2016).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA PARTE AUTORA. ITEM 15 DO QUADRO RESUMO INFORMANDO QUE A UNIDADE IMOBILIÁRIA SERIA CONCLUÍDA ATÉ O ÚLTIMO DIA DE JUNHO DE 2014, OBSERVADO O DISPOSTO NA CLÁUSULA 18. ESCRITURA DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA QUE PREVIU EXPRESSAMENTE, EM SUA CLÁUSULA 18, A POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO PARA ENTREGA DO IMÓVEL POR, NO MÁXIMO, 180 DIAS. VALIDADE DA CLÁUSULA DE PRORROGAÇÃO. PRECEDENTE DESTA CORTE. MORA DAS RÉS QUE NÃO RESTOU VERIFICADA. AUTORES QUE, EM 10 DE JUNHO DE 2014, INTERPELAM A RÉ REQUERENDO A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DIANTE DO “ATRASO NAS OBRAS”. VERDADEIRA DESISTÊNCIA DA AVENÇA PELOS REQUERENTES. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DE CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE LUCROS CESSANTES PRESUMIDOS E MULTA MORATÓRIA. MANUTENÇÃO DO CAPÍTULO DA SENTENÇA QUE, EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DO STJ, CONSIDEROU A POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO, PELA PARTE RÉ, DE 25% DOS VALORES PAGOS PELOS CONSUMIDORES. TAXA DE CORRETAGEM. RESULTADO ÚTIL QUE NÃO RESTOU ATINGIDO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS PELOS AUTORES QUE SE IMPÕE. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N° 75 DESTA TRIBUNAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA QUE SE RECONHECE. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. (0044035-43.2014.8.19.0004 – APELAÇÃO; SANDRA SANTARÉM CARDINALI - Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 28/01/2016).

Apelação. Compra e venda de fração de terreno e financiamento para construção. Mora de nove meses na entrega do imóvel. Fortuito interno. Validade da cláusula contratual de tolerância. Dano moral. Configuração.

Critérios de arbitramento. Lucros cessantes presumidos. 1. Eventuais reveses nos mercados de insumos e mão de obra, longe de configurar caso fortuito externo ou de força maior, integram o risco inerente à atividade comercial explorada pelo incorporador e construtor e, por isso mesmo, não são fatos suficientes para romper o nexa causal. Ao contrário do alegado pela recorrente, o *boom* imobiliário, do qual

muito lucraram as empresas do ramo, não importou no atraso generalizado de todos os empreendimentos em andamento, o que descaracteriza até mesmo o fortuito interno, o qual, se tivesse ocorrido, atingiria igualmente todas as empresas construtoras na mesma época e lugar. 2. É válida, em contratos de promessa de compra e venda de unidade em incorporação imobiliária, a cláusula contratual de tolerância pela qual se admite uma razoável e costumeira prorrogação do prazo de entrega do bem em até 180 dias corridos, dilação essa admitida, *mutatis mutandis*, pelo próprio § 2º do art. 18 do CDC. Por outro lado, não encerrando qualquer limitação a direito do consumidor, referida cláusula não carece do destaque exigido pelo § 4º do art. 54 da Lei nº 8.078/90, nem tampouco do termo apartado de que trata o § 2º do art. 18 do mesmo Código, o qual versa sobre prazo para reparo de vícios. 3. É abusiva a prática da incorporadora de efetuar a cobrança de cotas de condomínio antes de efetivamente entregues as chaves do imóvel ao adquirente, exceto se comprovado o fato exclusivo do consumidor, tal como a mora na quitação do saldo devedor prova que não se contém nestes autos, mesmo porque o financiamento bancário, nessa modalidade transacional (“Programa Imóvel na Planta”), é obtido ainda durante a fase de construção. 4. O adquirente de imóvel na planta nutre expectativa legítima e de boa-fé em relação ao momento em que poderá desfrutar do bem como residência sua. Superado o prazo assumido pelo construtor, configura-se o dano moral, na medida em que não se trata de um produto qualquer, mas de imóvel que viria a servir de moradia do casal autor. 5. Não se mostra excessiva a verba compensatória arbitrada conjuntamente em R\$ 10.000,00, para compensação do dano extrapatrimonial decorrente do atraso de nove meses após o exaurimento do prazo de tolerância para entrega do imóvel, seja à luz da extensão do dano, seja por força da gravidade da culpa do ofensor, que deixou de agir com a necessária perícia e cuidado na elaboração e execução do projeto do empreendimento, o que importou no pronunciado ultrapassamento da data aprazada. Inteligência do art. 944, *caput* e §

“De acordo com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é cabível a cobrança dos denominados ‘juros de pé’, assim entendidos como os juros de caráter compensatório cobrados pelo promitente vendedor antes da entrega das chaves do imóvel que está em construção, quando há parcelamento do preço.”

único, do Código Civil. 6. Conforme assentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o promitente comprador faz jus à indenização de lucros cessantes pelo período de atraso na entrega do imóvel, pela presunção de prejuízo decorrente da não fruição do bem, dispensada a prova de que o daria em locação. Tão mais justa é a essa solução quando o contrato contém cláusula prevendo indenização pela fruição do imóvel, originalmente concebida apenas contra o adquirente em caso de resolução contratual, a qual se deve aplicar também, por simetria e equidade, contra o fornecedor estipulante que incidir em mora na obrigação de entrega do imóvel. É justo, à luz da comutatividade contratual, que a indenização imposta ao adquirente que indevidamente frui o bem seja igualmente imposta ao incorporar que indevidamente impede o adquirente de fruí-lo no momento esperado. Inteligência dos arts. 4º, incisos I e III, e 51, § 1º, inciso II, ambos do Código de Defesa do Consumidor. 7. Parcial provimento do recurso, apenas para, considerando a licitude da cláusula dilatória do prazo de entrega do imóvel por 180 dias, afastar a condenação de pagamento de indenização de lucros cessantes nesse período. (0008596-93.2014.8.19.0028 – APELAÇÃO; MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES - Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 09/03/2016).

Importante ressaltar que o STJ também admite a validade da cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, desde que pactuada, conforme se verifica do julgado:

CIVIL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. MORA NA ENTREGA DAS CHAVES. CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR. SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE EQUIVALÊNCIA ECONÔMICA DAS OBRIGAÇÕES. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 395, 884 E 944 DO CC/02; 1º DA LEI Nº 4.864/65; E 46 DA LEI Nº 10.931/04.

1. Agravo de instrumento interposto em 01/04/2013. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 12/03/2014.
2. Recurso especial em que se discute a legalidade da decisão judicial que, diante da mora do vendedor na entrega do imóvel ao comprador, suspende a correção do saldo devedor.
3. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação, constituindo fator de reajuste intrínseco às dívidas de valor.
4. Nos termos dos arts. 395 e 944 do CC/02, as indenizações decorrentes de inadimplência contratual devem guardar equivalência econômica com o prejuízo suportado pela outra parte, sob pena de se induzir o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e o enriquecimento sem causa de uma das partes.
5. Hipótese de aquisição de imóvel na planta em que, diante do atraso na entrega das chaves, determinou-se fosse suspensa a correção monetária do saldo devedor. Ausente equivalência econômica entre as duas obrigações/

direitos, o melhor é que se restabeleça a correção do saldo devedor, sem prejuízo da fixação de outras medidas, que tenham equivalência econômica com os danos decorrentes do atraso na entrega das chaves e, por conseguinte, restaurem o equilíbrio contratual comprometido pela inadimplência da vendedora.

6. Considerando, de um lado, que o mutuário não pode ser prejudicado por descumprimento contratual imputável exclusivamente à construtora e, de outro, que a correção monetária visa apenas a recompor o valor da moeda, a solução que melhor reequilibra a relação contratual nos casos em que, ausente má-fé da construtora, há atraso na entrega da obra, é a substituição, como indexador do saldo devedor, do Índice Nacional de Custo de Construção (INCC, que afere os custos dos insumos empregados em construções habitacionais, sendo certo que sua variação em geral supera a variação do custo de vida médio da população) pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA, indexador oficial calculado pelo IBGE e que reflete a variação do custo de vida de famílias com renda mensal entre 01 e 40 salários-mínimos), salvo se o INCC for menor. Essa substituição se dará com o transcurso da data limite estipulada no contrato para a entrega da obra, incluindo-se eventual prazo de tolerância previsto no instrumento.

7. Recurso especial provido. (REsp nº 1454139/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 17/06/2014)

5. JUROS COMPENSATÓRIOS ANTERIORES À ENTREGA DO IMÓVEL (JUROS DE PÉ)

De acordo com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é cabível a cobrança dos denominados “juros de pé”, assim entendidos como os juros de caráter compensatório cobrados pelo promitente vendedor antes da entrega das chaves do imóvel que está em construção, quando há parcelamento do preço. Pontue-se que deve haver expressa previsão contratual para que se reconheça a validade da cobrança.

O tema foi objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça e, as duas turmas que compõem a Segunda Seção do Tribunal, pacificaram o entendimento no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp nº 670.117/PB. Confira-se:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. IMÓVEL EM FASE DE CONSTRUÇÃO. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. LEGALIDADE. 1. Na incorporação imobiliária, o pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção, a rigor, deve ser à vista. Nada obstante, pode o incorporador oferecer prazo ao adquirente para pagamento, mediante parcelamento do preço. Afigura-se, nessa hipótese, legítima a cobrança de juros compensatórios. 2. Por isso, não se considera abusiva cláusula contratual que preveja a cobrança de juros antes da entrega das chaves, que, ademais, confere maior transparência ao contrato e vem ao encontro do

direito à informação do consumidor (art. 6º, III, do CDC), abrindo a possibilidade de correção de eventuais abusos. 3. No caso concreto, a exclusão dos juros compensatórios convencionados entre as partes, correspondentes às parcelas pagas antes da efetiva entrega das chaves, altera o equilíbrio financeiro da operação e a comutatividade da avença. 4. Precedentes: REsp nº 379.941/SP, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, julgado em 03/10/2002, DJ 02/12/2002, p. 306, REsp nº 1.133.023/PE, REsp nº 662.822/DF, REsp nº 1.060.425/PE e REsp nº 738.988/DF, todos relatados pelo Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, REsp nº 681.724/DF, relatado pelo Ministro PAULO FURTADO (Desembargador convocado do TJBA), e REsp nº 1.193.788/SP, relatado pelo Ministro MASSAMI UYEDA. 5. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e reconhecer a legalidade da cláusula do contrato de promessa de compra e venda de imóvel que previu a cobrança de juros compensatórios de 1% (um por cento) a partir da assinatura do contrato. (EResp nº 670.117/PB, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Segunda Seção, julgado em 13/06/2012, DJe 26/11/2012)

Note-se que a orientação firmada no mencionado julgamento é atualmente seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, como se observa abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. COBRANÇA DE JUROS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. CABIMENTO. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. É admitida a cobrança de juros antes da entrega das chaves. Precedentes. 3. É dever do agravante impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão agravada, mormente quanto à aplicação do óbice da Súmula nº 83/STJ, demonstrando que outro é o entendimento jurisprudencial desta Corte, com a indicação de precedentes contemporâneos ou supervenientes aos referidos na decisão agravada, de modo a justificar o cabimento do recurso especial interposto, sob pena de não ser conhecido o agravo. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp nº 1.441.220/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PELA INSTÂNCIA *A QUO*. CARÁTER VINCULANTE. INEXISTÊNCIA. CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. IMÓVEL ADQUIRIDO NA PLANTA. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS, ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. LEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. “Cumpra salientar que o juízo de admissibilidade do recurso especial está sujeito a duplo controle, de maneira que a aferição da regularidade formal do apelo pela instância *a quo* não vincula o Superior Tribunal de Justiça” (EDcl no AgRg no Ag nº 1.339.869/SP, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 10/09/2013, DJe 16/01/2013). 2. A Segunda Seção do STJ pacificou o entendimento de que “não se considera abusiva cláusula contratual que preveja a cobrança de juros antes da entrega das chaves, que, ademais, confere maior transparência ao contrato e vem ao encontro do direito à informação do consumidor (art. 6º, III, do CDC), abrindo a possibilidade de correção de eventuais abusos” (EResp nº 670.117/PB, Relator Ministro SIDNEI BENETI, Relator para o Acórdão Ministro ANTÔNIO CARLOS FERREIRA, Segunda Seção, julgado em 13/06/2012, DJe 26/11/2012). 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp nº 369.649/PE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 14/10/2015).

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. LEGALIDADE. 1. A Segunda Seção, por ocasião do julgamento do REsp nº 670.117/PB, concluiu que “não se considera abusiva cláusula contratual que preveja a cobrança de juros antes da entrega das chaves, que, ademais, confere maior transparência ao contrato e vem ao encontro do direito à informação do consumidor (art. 6º, III, do CDC), abrindo a possibilidade de correção de eventuais abusos” (EResp nº 670.117/PB, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, 2ª Seção, DJe de 26/11/2012). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AgRg no REsp nº 1032613/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 10/08/2015).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já se manifestou:

DECISÃO. AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AÇÃO CONSIGNATÓRIA EM APENSO. CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELO DE AMBAS AS PARTES. POSSIBILIDADE DA COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES, OU SEJA, DURANTE A FASE DE CONSTRUÇÃO. ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 75, DA SÚMULA DESTES TRIBUNAL. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO RÉU E NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO DO AUTOR. (0013379-80.2008.8.19.0209 – APELA-

ÇÃO; ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO - Quinta Câmara Cível; Data de julgamento: 02/07/2015).

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. APELAÇÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS. JUROS COMPENSATÓRIOS. COBRANÇA DURANTE A OBRA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Inobstante a divergência anterior existente sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça atualmente pacificou o entendimento no sentido de que é perfeitamente possível a cobrança de juros compensatórios durante o período de construção de empreendimentos imobiliários. Assim, não pode prosperar a pretensão dos autores de verem declarada a nulidade das cláusulas contratuais que permitam a cobrança destes valores. 2. Ainda que outro fosse o entendimento, assevere-se, por oportuno, a impossibilidade de averiguar a ocorrência dos fatos descritos pela parte autora na inicial, mormente se comparados com a prova pericial acostada aos autos 3. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (0144331-92.2008.8.19.0001 – APELAÇÃO; TEREZA CRISTINA SOBRAL BITTENCOURT SAMPAIO - Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 14/01/2015).

DIREITO DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE AUTÔNOMA. PRETENSÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PERMITE A COBRANÇA DE JUROS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES (“JUROS NO PÉ”), CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS, DECLARANDO A NULIDADE DAS CLÁUSULAS QUE AUTORIZAM ESTIPULAÇÃO DE JUROS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES E QUE ESTABELECE A OPÇÃO PELO JUÍZO ARBITRAL (CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA), DETERMINANDO A DEVOLUÇÃO SIMPLES DOS JUROS COBRADOS ANTES DA EXPEDIÇÃO DO HABITE-SE. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELO RÉU, VISANDO À REFORMA INTEGRAL DO JULGADO. LICITUDE DA COBRANÇA DE JUROS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. PRECEDENTE DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RESOLVENDO EM DEFINITIVO A QUESTÃO JURÍDICA CONTROVERTIDA NESTE RECURSO (Embargos de Divergência no REsp nº 670117/PB, rel. Min. ANTÔNIO CARLOS FERREIRA, Segunda Seção, DJe 26/11/2012). ORIENTAÇÃO DOMINANTE QUE DEVE SER PRESERVIDA, EM NOME DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ESTABILIDADE DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS, RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DESTES RELATOR. SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR IMPRODECENTE A PRETENSÃO AUTURAL, NA FORMA DO ARTIGO 269, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO DO RECURSO. OMISSÃO E OBSCURIDADE.

CONFIGURAÇÃO. LEGALIDADE DE CÁLCULO DOS JUROS DAS PARCELAS DO PREÇO DO IMÓVEL PELO SISTEMA DA TABELA PRICE. INEXISTÊNCIA DE SALDO CREDOR PARA O AUTOR. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. *ERROR IN PROCEDENDO OU ERROR IN JUDICANDO* INEXISTENTES. MAUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO NÃO PROVIDO. (0226773-81.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO; WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO - Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 03/02/2016).

Apelação Cível. Relação de Consumo. Contrato de Incorporação. Cobrança, pela incorporadora, de juros compensatórios antes da entrega das chaves. Prejudicial de prescrição. Inocorrência. Relação de consumo. Prazo aplicável do artigo 27 do CDC que não chegou a escoar. Jurisprudência Consolidada do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em havendo o parcelamento do preço, é legal a inserção no contrato de incorporação de cláusula permitindo a cobrança de juros compensatórios antes da entrega das chaves. Precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Verba honorária sucumbencial que pertence ao advogado e não a parte, não sendo possível a sua imposição em favor de cada um dos litigantes vencedor se todos são representados por um mesmo grupo de advogados que age conjuntamente. Recurso a que se dá parcial provimento apenas para se promover a retificação da verba honorária, mantida a improcedência da pretensão da ora recorrente. (0137061-75.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO; MARCOS ANTONIO RIBEIRO DE MOURA BRITO - VIGÉSIMA Sexta Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 01/10/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. Chamamento da Caixa Econômica Federal que se mostra desnecessário visto não ser credora dos valores impugnados. A cláusula compromissória colocada em contrato de adesão e de forma impositiva é nula. A recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de possibilidade de cobrança de juros durante a construção do imóvel. Reforma da sentença que se impõe. Provimento do Recurso. (0030317-82.2010.8.19.0209 – APELAÇÃO; LEILA MARIA RODRIGUES PINTO DE CARVALHO E ALBUQUERQUE - Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor; Data de julgamento: 15/04/2015).

Direito do consumidor. Compra e venda de imóvel na planta. Comissão de corretagem. Juros compensatórios antes da entrega das chaves. Legalidade. Agravo retido. Arguição de ilegitimidade passiva da primeira ré no que tange ao pleito de devolução dos valores pagos a título de comissão de corretagem. Aplicação da teoria da asserção segundo a qual a legitimidade diz respeito à verificação da pertinência abstrata com o direito material

controvertido e será definida pela descrição dos fatos, tal como consta da inicial. Ademais, ainda que assim não se entendesse, aplicam-se ao caso concreto os artigos 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, do CPC. Não obstante a existência de controvérsias, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da legalidade da cláusula contratual que possibilite, na hipótese de contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, a cobrança de juros compensatórios antes da entrega das chaves, quando há parcelamento do preço. Precedentes STJ e TJERJ. Assim, tendo em vista a legalidade da cobrança efetuada, descabido o pleito de devolução das parcelas pagas com acréscimo de juros compensatórios no decorrer da obra. No que tange ao recurso dos autores requerem, em síntese, condenação das rés ao pagamento da comissão de corretagem. A exegese do artigo 724 do Código Civil determina que a remuneração dos corretores é responsabilidade dos vendedores, se não houver disposição legal em contrário ou acordo diverso entre as partes. Não há nos autos qualquer comprovação de que as partes acordaram que o pagamento da comissão de corretagem seria suportado pelos compradores do imóvel. Destarte, a imposição da responsabilidade pelo pagamento de tal verba aos compradores sem prévia e clara comunicação configura desrespeito ao dever de informação, consagrado no art. 6º, III, do CDC. Manutenção dos ônus sucumbenciais. Primeiro recurso provido e segundo recurso parcialmente provido. (0371706-16.2010.8.19.0001 – APELAÇÃO; MARIO ASSIS GONÇALVES - Terceira Câmara Cível Data de julgamento: 02/06/2015).

Logo, possível a cobrança dos denominados “juros de pé”, aqueles de caráter compensatório, cobrados pelo promitente vendedor antes da entrega das chaves do imóvel que está em construção, quando há parcelamento do preço, desde que haja expressa previsão contratual para a sua cobrança.

6. COMISSÃO DE CORRETAGEM E TAXA SATI

Com relação questão referente à comissão de corretagem e à taxa SATI, necessário se faz aguardar o julgamento do REsp nº 1.551.956/SP, submetido ao rito dos Recursos Repetitivos, cuja decisão proferida na Medida Cautelar nº 25323/SP, determinou a suspensão de todos os processos que versem acerca de:

- (i) prescrição da pretensão de restituição das parcelas pagas a título de comissão de corretagem e de assessoria imobiliária, sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor;
- (ii) validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem e taxa de assessoria técnico-imobiliária (SATI)

Logo, qualquer estipulação referente a estes assuntos deve aguardar o julgamento do Recurso Repetitivo.

A título de informação, colacionam-se a este artigo decisões deste Tribunal e do STJ, anteriores à decisão proferida na Medida Cautelar nº 25323/SP, que determinou a suspensão de todos os processos que tratam sobre comissão de corretagem e taxa SATI, *in verbis*:

“Ademais, as regras de experiência demonstram que o consumidor é prejudicado com essa cláusula potestativa pura.”

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 696.289 - SP (2015/0082835-6) RELATORA : MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI. AGRAVANTE: ALEXANDRE CRISTOVÃO DA SILVA. ADVOGADO: ANDRÉIA LUCIANA TORANZO AGRAVADO: FORTENGE CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA ADVOGADO: MARCOS ROBERTO BUSSAB E OUTRO(S) DECISÃO Trata-se de agravo interposto por ALEXANDRE CRISTÓVÃO DA SILVA contra decisão que não admitiu o recurso especial fundamentado no art. 105, III, alíneas a e c da Constituição Federal, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos termos da seguinte ementa: Ação cominatória c.c. indenização por danos morais e materiais. Compromisso de compra e venda. Atraso na entrega da obra. Impossibilidade de correção do saldo devedor. Culpa da compromitente-vendedora. Sentença parcialmente procedente. Correção que consiste em mera reposição do poder de compra da moeda. Juros incidentes a partir da expedição do Habite-se. Apelo da requerida provido. Validade da cláusula de tolerância de 180 dias. Precedentes. Atraso configurado, mesmo após a prorrogação. Incidência de multa. 1% sobre o valor do contrato. Princípio do equilíbrio contratual. Devida restituição de quantias pagas a título de despesas condominiais e de IPTU anteriores à entrega das chaves. Precedentes. Dano moral e material afastado. Atraso inferior a um mês. Não comprovada a propaganda enganosa. Eventual desvalorização que não permite redução do preço. Devida restituição de comissão de corretagem. Imposição ilegal e abusiva da construtora. Violação ao dever de informação. Devolução de forma simples, não em dobro. Improcedência da cautelar. Mantida a sucumbência recíproca. Apelo do requerente parcialmente provido. (e-STJ, f. 476)... Brasília (DF), 29 de junho de 2015. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI Relatora (Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, 01/07/2015).

0041624-70.2013.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. WERSON RÊGO - Julgamento: 07/07/2015 - Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor

DIREITO DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. ALEGAÇÃO DE ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. PRETENSÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL CUMULADA COM CONDENATÓRIA EM PERDAS E DANOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. RECURSO

INTERPOSTO POR AMBAS AS PARTES. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELOS AUTORES, PUGNANDO PELA REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA, COM A CONDENAÇÃO DAS RÉS AO PAGAMENTO DAS PERDAS E DANOS, BEM COMO À DEVOLUÇÃO DA VERBA DE COMISSÃO DE CORRETAGEM, BEM ASSIM A MAJORAÇÃO DA VERBA COMPENSATÓRIA DOS DANOS MORAIS. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELAS RÉS VISANDO À REFORMA INTEGRAL DA SENTENÇA. 1) Incidência do CDC - A matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário é de ordem pública e de interesse social. Presentes os elementos da relação jurídica de consumo, a análise das práticas, das cláusulas e condições contratualmente ajustadas entre as partes se subsume ao campo de incidência principiológico-normativo do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo indisponível e imperativa a sua aplicação. 2) Proteção contratual do consumidor - O intérprete e aplicador do Direito do Consumidor tem o dever de zelar pela satisfação das legítimas expectativas dos parceiros contratuais, permitindo ao contrato cumprir a sua função social, eliminando os eventuais excessos decorrentes do abuso da posição de vantagem (*match position*) - praticados pelas incorporadoras. 3) Práticas abusivas - HERMAN BENJAMIN conceitua “práticas abusivas”, em sentido amplo, como sendo aquelas em “desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta, em relação ao consumidor”, definindo-as como “as condições irregulares de negociação nas relações de consumo”, condições essas “que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes”. 4) Cláusula de tolerância (atraso de 180 dias na entrega da unidade imobiliária) - Revela-se abusiva, a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para a hipótese de mora ou inadimplemento contratual, ficando isento de tal reprimenda o fornecedor - em situações de análogo descumprimento da avença. Destarte, sem o estabelecimento de contrapartidas ao consumidor, sem a previsão de sanções pecuniárias ao incorporador pelo descumprimento do prazo de entrega da unidade autônoma integrante de incorporação imobiliária, a chamada cláusula de tolerância seria abusiva e, portanto, nula de pleno direito, nos termos do artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. No caso concreto, aceitável a “cláusula de tolerância” quando afastadas a iniquidade e a desvantagem exagerada ao adquirente - como ocorre no caso concreto, conforme previsto na cláusula 19.6.1 . 5) Comissão de corretagem - A transferência do pagamento da comissão de corretagem, devida pela incorporadora, ao adquirente se revela abusiva, no caso concreto, à falta de comprovação dos seguintes pressupostos de validade da estipulação: a) ciência prévia e clareza em tal estipulação (inclusive nas peças de informação ou de publicidade - artigos 6º, III, e 30, CDC); b) liberdade de aceitação da obrigação pelo terceiro, que efetuará o pagamento em nome do vendedor e; c) dedução do valor da comissão de corretagem do preço da unidade imobiliária contratada. Hipótese dos autos que caracteriza cobrança indevida. 6) Responsabilidade civil

- O descumprimento da obrigação de entrega da unidade imobiliária no prazo convencionado, vencido o prazo de tolerância, implicam na responsabilidade objetiva do incorporador à efetiva reparação dos danos materiais e morais (art. 6º, VI, CDC) ao adquirente. 8) Liquidação dos danos - A verba indenizatória correspondente deverá abranger os danos emergentes (perdas materiais efetivas) e os lucros cessantes. Quanto aos lucros cessantes (de natureza patrimonial ou material), devem ser cabalmente comprovados, não se podendo confundir lucro cessante (objetiva e efetivamente apurável) com dano hipotético (não indenizável). 8.1) No caso em tela, diante do descumprimento, a parte ré deve pagar aos autores, as despesas de locação que estão comprovadas nos autos, relativas aos meses de 05/01/2012 até a data do habite-se, 23/05/2013. 8.2) Danos morais - Cumpre ao Poder Judiciário efetivamente reparar os danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos causados aos consumidores, mas, sobretudo, compete-lhe efetivamente prevenir a ocorrência dos mesmos conforme dispõe o artigo 6º, VI, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Seguindo-se por esta trilha de raciocínio, especial relevo assume a teoria do desestímulo (adotada majoritariamente pela doutrina e jurisprudência pátrias, inspirada na Escola Francesa), segundo a qual a sanção (*quantum* indenizatório arbitrado pela autoridade judicial) deve fixar uma quantia considerável o suficiente para inibir a reiteração de condutas semelhantes pelo agente. Verba compensatória (R\$ 17.000,00) adequada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem olvidar a natureza punitivo-pedagógica da condenação. 9 - Recurso dos Autores a que se dá parcial provimento, na forma do artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil. Recurso das Rés a que se nega provimento, na forma do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

0033886-23.2012.8.19.0209 - APELAÇÃO

JDS. DES. MARCOS MOURA BRITO - Julgamento: 16/07/2015 - Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor

APELAÇÕES CÍVEIS. AQUISIÇÃO DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. ATRASO NA ENTREGA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR SUPOSTO CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. RÉS QUE QUERIAM PRODUZIR PROVA PERICIAL PARA DEMONSTRAR EXCESSO DE CHUVAS À ÉPOCA DA CONSTRUÇÃO DO PRÉDIO. PROVA MANIFESTAMENTE INÚTIL. AINDA QUE DEMONSTRADO O EXCESSO DE CHUVAS, ISTO NÃO ROMPERIA O NEXO CAUSAL, POR TRATAR-SE DE FORTUITO INTERNO, INERENTE AO RISCO DO EMPREENDIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 130 DO CPC. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RÉUS QUE SE ASSOCIARAM, COM CONCORRÊNCIA DE ESFORÇOS COMUNS PARA A REALIZAÇÃO DO EMPREENDIMENTO, INTEGRANDO UMA MESMA CADEIA DE FORNECIMENTO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 28, § 3º, DO CDC E

AINDA DOS ARTIGOS 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, 18, 25, § 1º, E 34 DO REFERIDO DIPLOMA LEGISLATIVO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 28, § 2º, DA LEI Nº 8.078/90. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL. FATOS ALEGADOS PELA CONSTRUTORA QUE, NA VERDADE, CONSTITUEM FORTUITO INTERNO. VALIDADE DA CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA DE 180 DIAS. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA MULTA CONTRATUAL COM RESSARCIMENTO POR LUCROS CESSANTES. DANOS MORAIS PRESENTES, FIXADOS COM RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE AOS FATOS DA CAUSA. INTERPRETAÇÃO CORRETA DO ARTIGO 5º, V, DE NOSSA LEI MAIOR. POSSIBILIDADE INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O SALDO DEVEDOR INDEPENDENTEMENTE DO ATRASO, POR SE TRATAR DE MERA ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA. ILEGALIDADE DA COMISSÃO DE CORRETAGEM NO CASO CONCRETO PORQUE NÃO HAVIA PREVISÃO CONTRATUAL EXPLÍCITA E POR TER ACRESCIDO AO PREÇO DE OFERTA DO IMÓVEL. ÔNUS SUCUMBENCIAIS REPARTIDOS NA SENTENÇA. CORREÇÃO. MESMO COM O RESSARCIMENTO DA VERBA RELATIVA À TAXA DE CORRETAGEM, CADA PARTE SE MANTEVE VENCEDORA E VENCIDA EM PROPORÇÕES ASSEMELHADAS. REGRA DO *CAPUT* DO ARTIGO 21 DO CPC. RECURSO DOS RÉUS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR.

7. ENTREGA DO IMÓVEL PELO PROMITENTE VENDEDOR ANTES DO PRAZO AVENÇADO E VENCIMENTO ANTECIPADO DO PREÇO

Não se pode estabelecer como direito do incorporador a antecipação do vencimento das parcelas previstas até a entrega do imóvel, inclusive para financiamento imobiliário, caso seja concluída a obra antes da data de entrega inicialmente prevista.

Trata-se de cláusula puramente potestativa, considerada ilícita, conforme artigo 122 do Código Civil de 2002, sendo inválido o negócio jurídico a que lhe é subordinado, conforme preceitua o artigo 123, inciso II, do mesmo Diploma Legal, *in verbis*:

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

Art. 123. Invalidam os negócios jurídicos que lhes são subordinados:

I - as condições física ou juridicamente impossíveis, quando suspensivas;

II - as condições ilícitas, ou de fazer coisa ilícita;

III - as condições incompreensíveis ou contraditórias.

Ademais, as regras de experiência demonstram que o consumidor é prejudicado com essa cláusula potestativa pura. Por outro lado, os artigos 122 e 123 do Código Civil vedam esse tipo de cláusula, invalidando-a, por força da sua ilicitude.

8. INFORMAÇÃO, PUBLICIDADE E OFERTA. EFEITOS VINCULANTES

Importante mencionar, ainda, neste trabalho, que qualquer informação, publicidade e oferta relacionadas aos imóveis colocados no mercado de venda, não podem violar os artigos 30 e 35 do CDC. Dessa forma, quaisquer papéis, cartas, folhetos, informações, apresentações, publicidades e/ou documentos anteriores e eventualmente emitidos e divulgados têm efeito vinculante, sob pena de afronta aos princípios da transparência, do dever de informar e da boa-fé.

Os artigos 30 e 35 do CDC dispõem, *in verbis*:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Ressalte-se, ainda, que o artigo 4º, inciso III, do CDC, coloca em ênfase a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”, de forma que o contrato entre o incorporador e o consumidor deve observar esse equilíbrio.

9. SÚMULAS E ENUNCIADOS DO TJERJ E SÚMULAS DO STJ ACERCA DO TEMA

9.1 Superior Tribunal de Justiça

Nº. 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”.

Nº. 308

“A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

9.2 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Enunciado nº 01, Aviso TJ/CEDES 16/2015

“Nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, reputa-se válida a cláusula de tolerância, ou cláusula de prorrogação de 180 dias, desde que pactuada expressamente pelas partes, devendo eventual reparação ser computada ao término do prazo avençado”.

Enunciado nº 02, Aviso TJ/CEDES 16/2015

“As chamadas “taxa por serviços de assessoria técnico imobiliária (SATI)” e “taxa de decoração” das áreas comuns em incorporações imobiliárias, ainda quando previstas expressamente nos contratos de compra e venda de unidade autônoma em incorporação imobiliária, são de responsabilidade do incorporador, vedadas as suas transferências ao adquirente”.

Nº. 336

“As taxas de deslocamento ou interveniência sobre o repasse do financiamento são de responsabilidade do incorporador e construtor, vedada a sua transferência ao adquirente, mesmo que prevista contratualmente.”

Referência: Processo Administrativo nº. 0053831 70.2014.8.19.0000 Julgamento em 04/05/2015 - Relator: Desembargador JESSÉ TORRES. Votação unânime.

Nº. 335

“Revela-se abusiva a prática de se estipular penalidade exclusivamente ao consumidor, para as hipóteses de mora ou de inadimplemento contratual, sem igual imposição ao fornecedor em situações de análogo descumprimento da avença.”

Referência: Processo Administrativo nº. 0053831 70.2014.8.19.0000 Julgamento em 04/05/2015 - Relator: Desembargador JESSÉ TORRES. Votação por maioria.

Nº. 333

“Nas demandas em que se discute atraso na entrega das chaves, não configura “*bis in idem*” a condenação de multa contratual cumulada com indenização por danos morais, verbas de origem e natureza jurídicas distintas.”

Referência: Processo Administrativo nº. 005383170.2014.8.19.0000 Julgamento em

04/05/2015 - Relator: Desembargador JESSÉ TORRES. Votação unânime.

Nº. 98

“Na ação de rescisão de negócio jurídico, por culpa do vendedor, cumulada com restituição de parcelas pagas, descabe o abatimento de valores referentes à taxa de administração do empreendimento frustrado, mesmo que destinadas ao pagamento de comissões, intermediações e outras despesas de comercialização, devendo a devolução efetivada ao comprador ser plena, de modo a assegurar-lhe o exato recebimento de tudo o que despendeu”.

Referência: Jurisprudência Predominante nº. 2005.146.00003. Julgamento em 24/10/2005. Relator: Desembargador ÁLVARO MAYRINK DA COSTA. Votação unânime. Registro de Acórdão em 13/12/2005.

10. CONCLUSÃO

Este artigo aborda muitos dos temas que têm sido frequentes nos processos judiciais referentes à compra e venda de unidades imobiliárias, pactuadas entre incorporadoras, construtoras e os consumidores.

Verifica-se que os precedentes trazidos neste artigo, tanto os do STJ, quanto os deste Tribunal, são claros e coerentes, não deixando espaço para quaisquer dúvidas acerca dos temas tratados, refletindo a estabilidade das decisões emanadas dos Tribunais mencionados, bem como a segurança jurídica que envolve o assunto.

Em razão disto, vale mencionar que qualquer contrariedade à jurisprudência apresentada neste artigo, em especial, a do Superior Tribunal de Justiça, envolvendo o Direito Imobiliário e o Direito do Consumidor, contribui para o aumento da judicialização das questões relativas ao mercado imobiliário, majorando o número já tormentoso de processos judiciais.

Portanto, espera-se que o presente artigo tenha contribuído para o esclarecimento do tema aqui tratado, bem como para a continuidade do acertado direcionamento que as questões referentes à compra e venda de imóveis têm recebido na jurisprudência majoritária deste Tribunal e do STJ.

O IMPACTO DA LEI ANTICORRUPÇÃO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

LUIZ ROBERTO AYOUB

Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau na 26ª Câmara Cível do TJRJ.
Professor Supervisor do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV-Direito Rio.
Mestre em Direito Processual Civil

VANDERSON MAÇULLO BRAGA FILHO

Advogado. Bacharel em Direito pela FGV-Direito Rio

A Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, em vigor desde 29 de janeiro de 2014, surge com o objetivo de suprir uma lacuna existente no sistema jurídico brasileiro no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos.

Referida lei ganhou projeção em meio às recentes investigações da Lava Jato, operação anticorrupção conduzida pela Procuradoria da República no Paraná e pela Polícia Federal, e muda o cenário das punições para as empresas envolvidas com as mencionadas atividades transgressivas. Por certo, o Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940) e a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993) já discorrem sobre práticas ilícitas contra a Administração Pública há décadas, porém somente pessoas físicas podiam ser punidas por esses crimes. Com a nova legislação, as empresas estarão aptas a serem responsabilizadas, no âmbito administrativo e civil, mesmo se não houver envoltura por parte dos seus sócios e/ou administradores.¹

Se, por um lado, a Lei Anticorrupção prestigia a opção político-legislativa de atribuir responsabilidade às pessoas jurídicas pelos atos ilícitos cometidos, preenchendo o vazio até então existente no sistema jurídico brasileiro, sob outro ângulo amarga objeção. A pessoa jurídica enquadrada nas penalidades da citada lei, por limitação natural, não age em consciência própria e, portanto, depende de ato culposo ou doloso de um agente físico.

Mencionado argumento está apoiado na premissa de que não se pode admitir que qualquer pessoa – inclusive jurídica – responda por uma infração sem que ao menos lhe tenha dado causa de forma dolosa ou culposa, sendo imprescindível, para isso, que se demonstre a sua responsabilidade subjetiva, sem a qual não é legítima a imposição de pena.

¹ É o que dispõe o §1º do art. 3º da Lei Anticorrupção: “Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*”.

Assim, as empresas poderão ser penalizadas de maneira desvinculada da responsabilidade de seus sócios e/ou administradores. Poder-se-ia, nesse sentido, ter sido encampada uma predileção político-legislativa de se continuar punindo tão somente as pessoas físicas que praticaram o ilícito e não a pessoa jurídica – ficção legal que desempenha relevante papel socioeconômico como fonte produtora de bens e serviços, geradora de empregos e pagadora de tributos –, aspirando não sobrecarregar as finanças da empresa que nada fez.

De acordo com o art. 6º, inciso I, da Lei Anticorrupção, na esfera administrativa, as multas aplicadas às empresas condenadas variarão no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos. Não poderá a penalidade, todavia, ser inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. Caso não seja viável utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), conforme versa o parágrafo 4º do supradito dispositivo.

Já o art. 19, inciso I, por sua vez, dispõe a responsabilização judicial, atribuindo ao ente público lesado pelo ato violador (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) e ao Ministério Público, a legitimidade para propor demanda com vistas, dentre outras medidas, ao perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração.

Dessa forma, a seara administrativa é capaz de impor a multa sancionadora, ao passo que a judicial tem força para tomar de volta a vantagem ou o proveito indevido percebido.

A nova legislação prevê ainda um pacto que permite amenizar os corretivos para as empresas que colaborarem com as investigações – os acordos de leniência. Além do reconhecimento da prática do ato ilícito e da delação no processo, as empresas devem reparar integralmente o dano causado aos cofres públicos (parágrafo 3º do art. 16 da lei), contando com o incentivo da redução em até 2/3 (dois terços) do valor da multa administrativa aplicável. Os efeitos do acordo de leniência poderão ser estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o compromisso em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas (parágrafo 5º).

O art. 4º, no que lhe concerne, com o intuito de preservar que reorganizações societárias fossem desenhadas de modo a elidir com a responsabilidade daquela empresa específica sentenciada, instituiu que subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

Sublinhe-se que o parágrafo 1º do art. 4º revela que, nas situações únicas de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora deve ficar restrita à obrigação de pagamento

“O Estado é participante e influente, talvez mais atuante do que nunca na configuração do capitalismo brasileiro, podendo ser visto até mesmo como o mais destacado financiador da atividade econômica.”

de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido. Para a circunstância de alteração contratual e cisão, no entanto, deve a sucessora pagar por toda a dívida da sucedida, derivada da Lei Anticorrupção.

Veja-se a redação do reportado dispositivo da Lei Anticorrupção:

Art. 4º. Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

O cenário, contudo, se mostra desassossegador, quando pesquisa da consultoria KPMG com oitenta companhias brasileiras de grande porte mostra que 80% dessas não conhecem bem a nova lei. Esse percentual foi verificado em levantamento efetuado durante a 40ª mesa de debates do ACI (*Audit Committee Institute*), iniciativa independente promovida pela KPMG para discutir temas relacionados à governança corporativa, riscos, *compliance*, entre outros assuntos.²

Frise-se, por oportuno, que não se trata somente das finanças das empresas que restarão combalidas com as multas administrativas vultuosas e a determinação judicial de restituição das vantagens indevidamente obtidas. Deve ser levado em consideração, de igual modo, o potencial efeito negativo da condenação – ou mesmo da mera divulgação pela imprensa de que determinada empresa está sendo investigada – no valor das ações das companhias negociadas nas principais bolsas de valores mundiais, da reputação, da imagem, da perda de vantagem competitiva das empresas implicadas e o possível rebaixamento da nota de crédito pelas agências de avaliação de risco. Se não for firmado acordo de leniência e decorrer condenação administrativa e/ou judicial, há, além do mais, a possibilidade de se seguir a declaração de inidoneidade da companhia para impedi-la de participar em licitações e/ou contratar com a Administração Pública.

Sucedese uma peculiaridade relativa à economia nacional a justificar a preocupação com o tema. A figura do Estado como indutor de políticas econômicas, no chamado “capitalismo de Estado”, combina as forças do Estado com as forças do capitalismo, ajudando a explicar resultados de políticas públicas envolvendo atores empresariais do país.

O Estado é participante e influente, talvez mais atuante do que nunca na configuração do capitalismo brasileiro, podendo ser visto até mesmo como o mais destacado financiador da atividade econômica. Os empréstimos e financiamentos concedidos pelas agências e bancos de fomento, como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), e a atuação dos

2 Disponível em <https://www.kpmg.com/BR/PT/Estudos_Analises/artigosepublicacoes/Documents/Advisory/pesquisa-compliance-no-brasil.pdf> Acesso em: 24 jul. de 2016.

fundos de pensão dos servidores das empresas estatais demonstram a existência de um Estado protagonista, que conforma e conduz o mercado.

Há grande espaço, do mesmo modo, para as empresas contratarem com a Administração Pública de um país de extensão territorial continental, desde a construção de grandes obras públicas até o fornecimento de insumos para a prestação de serviço público, como material escolar e fármacos. A própria reforma do Estado, com a redução do tamanho do setor público, trouxe consigo as privatizações e as concessões e a resultante criação das agências reguladoras, tornando frequente a comunicação e a proximidade das esferas pública e privada.

Esse complexo emaranhado de relações entre as forças do Estado com as forças do capitalismo propiciam um contato intenso e repetido, contudo também semeador de um terreno fértil para que se possa praticar atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos, incidindo a Lei Anticorrupção – um bebê de quase três anos e, repise-se, com conteúdo desconhecido por 80% das grandes companhias nacionais – como medida de repressão e correção às empresas privadas.

Por conseguinte, uma empresa anunciada pelos meios de difusão da informação por relações controvertidas com o Estado, sendo (i) meramente investigada, tendo (ii) assinado acordo de leniência ou (iii) já condenada administrativa e/ou judicialmente, se encontra passível de sofrer significativo abalo e danos financeiros em suas atividades.

Aqui o caminho pode ser de “fora” para “dentro” ou, ao reverso, de “dentro” para “fora”. No primeiro caso, tem-se uma empresa que, por efeito de escândalos de práticas ilícitas contra a Administração Pública, sofre sucessivos prejuízos relativos às suas finanças e postula recuperação judicial. O segundo se configura quando, já no curso do processo de recuperação judicial originado por fundamentos diversos, se descobre algum ato de antijuridicidade contra determinado ente público.

A recuperação judicial, na outra ponta, tem por objetivo, nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/2005, marco legal que a disciplina, tornar viável a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. É, portanto, a ferramenta jurídica para solucionar a crise empresarial, reorganizando a sociedade e permitindo a equalização do passivo e que não se paralise o funcionamento e as operações, dando-lhe nova chance de êxito.

Ocorre que se apresenta extremamente árdua a recuperação de uma situação de crise financeira sem a possibilidade de contar com novos recursos. Nesse momento de dificuldade, a empresa necessita de capital para dar andamento a suas atividades normais ou mesmo para que possa se reinventar rumo à superação da crise. Ciente dessa necessidade, a Lei nº 11.101/2005 prevê algumas alternativas, como o benefício concedido ao credor que continua apostando na empresa insolvente e que fornece bens, serviços ou mesmo recursos durante o processo de recuperação judicial (os créditos extraconcursais do art. 67) e o extenso rol exemplificativo de meios de recuperação, com vistas a permitir todas as formas que se mostrem viáveis à continuidade das atividades empresariais (art. 50).

Dentre os procedimentos listados no art. 50 da Lei nº 11.101/2005 têm-se, como mais conhecidos: a) a cisão,³ incorporação,⁴ fusão⁵ da sociedade empresária (inciso II); b) a constituição de subsidiária integral⁶ (inciso II); c) a alteração do controle societário (inciso III); d) a substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos (inciso IV); e) o trespasse do estabelecimento (inciso VII); f) a dação em pagamento de bens (inciso IX); g) a constituição de sociedade de credores (inciso X) ou de propósito específico, para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor (inciso XVI); e h) a venda parcial dos bens (inciso XI).

A controvérsia, identificada de forma precursora pelo eminente professor CÁSSIO CAVALLI, em simpósio na Associação Comercial do Rio de Janeiro, reside em identificar quais dos mecanismos reparatórios de uma empresa em processo de recuperação judicial (art. 50), que já foi ou deve ser condenada por ato ilícito contra a Administração Pública, podem causar a aludida transmissão de responsabilidade do art. 4º da Lei Anticorrupção, com a obrigação do pagamento da multa administrativa e/ou da restituição das vantagens indevidamente obtidas.

O mais forte argumento, favorável à transmissão, está no limite específico ao plano de recuperação judicial encontrado no *caput* do art. 50 da Lei nº 11.101/2005, que, ao arrolar exemplificativamente os meios de recuperação judicial, ordena obedecer a “legislação pertinente a cada caso”.

Assim, na hipótese do plano prever a cisão, incorporação ou transformação da sociedade, ou transformações de quotas ou ações (inciso II do art. 50); bem como a alteração do controle societário (inciso III do art. 50) e a substituição dos administradores da empresa devedora (inciso IV do art. 50), que são espécies de mecanismos reparatórios por reorganização societária, deverá ser observada a legislação societária aplicável (como a Lei nº 6.404/1976) a cada caso. Se o plano, de outra parte, resultar em ato de concentração que deverá ser analisado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), empenha-se a legislação concorrencial. Se, de outro ponto de vista, o plano envolver reorganização societária de empresa enredada com ato ilícito contra a Administração Pública, emprega-se a legislação anticorrupção e, conseqüentemente, seu art. 4º, subsistindo a responsabilidade ao produto resultante.

Especialmente no que toca à alienação de ativos (inciso VII do art. 50), inovou a Lei nº

3 Nos termos do art. 229 da Lei nº 6.404/1976, que trata das sociedades por ações, “cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão”.

4 Nos termos do art. 227 da Lei nº 6.404/1976: “incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”.

5 Nos termos do art. 228 da Lei nº 6.404/1976: “fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”.

6 De acordo com o art. 251 da Lei nº 6.404/1976, “a companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira”. Há ainda, conforme o art. 252 da mesma lei, a possibilidade de estabelecer uma subsidiária integral com “a incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira”.

11.101/2005, bem como o parágrafo 1º do art. 133 do Código Tributário Nacional, com as alterações da Lei Complementar nº 118/2005, ao tratarem das chamadas “unidades produtivas isoladas”, popularizadas sob a sigla UPI, dando tratamento ao tema da sucessão de dívidas, excluindo a sucessão de qualquer natureza, incluindo a referente a débitos tributários, quando da alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada em processo de recuperação judicial.

O propósito do legislador foi claro: viabilizar e, sobretudo, incentivar o ingresso de recursos na empresa com dificuldade financeira por meio da venda de parte de seus estabelecimentos e/ou bens, agregando o benefício da ausência de sucessão e, com isso, potencialmente aumentando o número de compradores interessados e melhorando o preço desses ativos.

Assim, conforme a dicção do art. 1.142 do Código Civil, a fábrica, a usina, o estaleiro, a refinaria, a destilaria, a transportadora, o estabelecimento industrial ou comercial, com todos os seus bens, imóveis, instalações, equipamentos, maquinário, elementos materiais e imateriais, ou porventura um conjunto separado dessas unidades produtivas, ou ainda bens incorpóreos como o direito à titularidade de *slots e holtrans* em aeroportos, vendidos judicialmente, passam a pertencer a outra empresa, sob novo controle e administração.

Confira-se, a propósito, a redação do parágrafo único do art. 60:

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 1º do art. 141 desta Lei.

E do parágrafo 1º do art. 133 do Código Tributário Nacional:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

(...)

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

(...)

II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação

judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

“Há grande espaço (...) para as empresas contratarem com a Administração Pública de um país de extensão territorial continental, desde a construção de grandes obras públicas até o fornecimento de insumos para a prestação de serviço público (...).”

Dessa forma, no tocante ao trespasse de estabelecimento, o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 11.101/2005, expressa uma cláusula absoluta que estabelece que a alienação judicial pura, simples e única de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor (inciso VII do art. 50) as deixam inteiramente livres e desembaraçadas de quaisquer ônus. Uma sanção administrativa e/ou judicial, assim, seja por ausência de previsão na Lei Anticorrupção, seja pelo disposto no parágrafo único do art. 60, não poderá alcançar o estabelecimento alienado.

Repare-se que o *caput* do art. 60 faz referência à “alienação judicial” e a parte final do dispositivo pormenoriza o dever do juiz, na hipótese, de ordenar a sua realização, observando o disposto no art. 142 da lei.

O art. 142, visando assegurar a impessoalidade e o princípio da igualdade ao longo do processo, retrata:

Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades:

I – leilão, por lances orais;

II – propostas fechadas;

III – pregão.

§ 1º A realização da alienação em quaisquer das modalidades de que trata este artigo será antecedida por publicação de anúncio em jornal de ampla circulação, com 15 (quinze) dias de antecedência, em se tratando de bens móveis, e com 30 (trinta) dias na alienação da empresa ou de bens imóveis, facultada a divulgação por outros meios que contribuam para o amplo conhecimento da venda.

§ 2º A alienação dar-se-á pelo maior valor oferecido, ainda que seja inferior ao valor de avaliação.

(...)

O art. 144 ainda no mesmo capítulo, por seu turno, consagra verdadeira cláusula geral que permite ao juiz, diante da porosidade da cláusula – textura aberta – possibilitar o manejo da regra

geral do art. 142, ajustando o direito à realidade e dimensão do caso concreto.

“Art. 144. Havendo motivos justificados, o juiz poderá autorizar, mediante requerimento fundamentado do administrador judicial ou do Comitê, modalidades de alienação judicial diversas das previstas no art. 142 desta Lei”.

O conjunto de problemas surge quando a alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial, vem acompanhada de reorganização societária.

No ponto, convém relembrar que a Lei Anticorrupção, em seu art. 4º, consagra a vontade do legislador de limitar a transferência da responsabilidade por sucessão a determinados cenários taxativos e expressos, notadamente às hipóteses de reorganização societária, dentre as quais se inclui a cisão, a incorporação, a fusão e a alteração contratual. Essas opções, lembre-se, são consideradas como meios de recuperação judicial nos incisos II e III do art. 50 da Lei nº 11.101/2005.

Como exemplo bem-sucedido de recuperação judicial por intermédio de um mecanismo de reorganização societária inculca também com alienação judicial de unidades produtivas isoladas, tem-se o precedente da “Casa & Vídeo”, rede que comercializa de eletrodomésticos a ferramentas, em fase final de tramitação na 5ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e conduzido pela eminente juíza MARIA DA PENHA VICTORINO.

O estopim da crise da varejista foi a Operação “Negócios da China”, em atuação conjunta da Polícia Federal, Receita Federal e Ministério Público Federal, em novembro de 2008, que investigava crimes de sonegação fiscal, contrabando e lavagem de dinheiro por parte dos gestores da companhia e chegou a prender treze membros da administração do conglomerado.⁷

Três sociedades do grupo postularam recuperação: “Mobilítá Comércio, Indústria e Representações LTDA.” e “Lar e Lazer Comércio e Representações LTDA.”, que eram as empresas operacionais, e “Paraibuna Participações LTDA.”, detentora original de direitos contratuais de uso, gozo e fruição da maioria dos pontos comerciais de “Mobilítá” e de “Lar e Lazer”.

A continuidade da realização da atividade econômica ocorreu através da segregação das atividades das empresas em recuperação em três unidades produtivas isoladas: a “Casa e Vídeo Licenciamentos” (sociedade cuja atividade exclusiva é o licenciamento de marcas “Casa & Vídeo” e outras para exploração econômica nos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e demais Estados da Federação); a “Casa e Vídeo Rio de Janeiro” (sociedade cuja atividade é a operação de atividade de varejo no Estado do Rio de Janeiro, admitindo expansão, vendas *web* e vendas *televidas*); e a “Casa e Vídeo Espírito Santo” (sociedade cuja atividade é a operação de varejo no Estado do Espírito Santo, admitindo expansão, possuindo uma loja em Juiz de Fora e excluindo as vendas *web* e vendas *televidas*).

7 “Polícia Federal e Receita fazem operação em grande rede varejista”. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/economia/policia-federal-receita-fazem-operacao-em-grande-rede-varejista-3815152>>. Acesso em: 25 jul. de 2016.

O plano de recuperação, homologado em outubro de 2009, previu também a alienação judicial de cada uma das unidades produtivas com a aquisição do controle acionário pela sociedade anônima “Casa e Vídeo Holding S.A.”, controlada por um fundo de investimentos denominado “FIP Controle”, constituído por credores optantes que converteram os seus créditos em quotas do referido fundo com deságio de 50% (cinquenta por cento) e por investidores financeiros.

Se, à época dos fatos, existisse e vigorasse a Lei Anticorrupção, poderia o Grupo “Casa & Vídeo” ter sido, dada a natureza das práticas lesivas à Administração Pública pelo qual foi investigado, condenado nas sanções administrativas e cíveis da normativa de referência. Caso isto acontecesse, além de grave dificultador à recuperação judicial, haveria uma sensível antinomia jurídica entre o art. 4º da Lei Anticorrupção e o art. 60, parágrafo único da Lei Recuperacional e de especial afeição à “Casa e Vídeo Holding S.A.”.

De um lado, a regra em que subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de cisão societária e de alteração contratual quando praticado ato ilícito em face da Administração Pública (art. 4º). De outro, a norma que dispõe livre de qualquer ônus a alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor no processo de recuperação judicial (art. 60, parágrafo único).

Já que, no distante, escapou-se de materializar o referido paradoxo, o porvir prenuncia ser assertivo.

A inclusão da OAS, uma das maiores construtoras do Brasil, na investigação da Operação Lava Jato, restringiu a oferta de crédito à empresa e trouxe dúvida quanto à sua capacidade de conseguir novos contratos com o governo. Nesse contexto, a nota de crédito da empreiteira foi rebaixada pela agência de rating Standard & Poors, em janeiro de 2015, o que resultou no vencimento antecipado de suas dívidas.⁸

Foi nesse cenário que, de forma abrupta, a situação de caixa de curto prazo das empresas do conglomerado sofreu deterioração, circunstância que provocou um inevitável calote em credores nacionais e estrangeiros. Para evitar a falência, dez sociedades do Grupo OAS, sediadas no Brasil e no exterior, apresentaram, em março de 2015,⁹ requerimento único de recuperação judicial, ora em tramitação na 1ª Vara Especializada de Falência e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo. O plano de recuperação da OAS foi homologado pelo juízo em 27 de janeiro de 2016, sendo, concomitantemente, concedida a recuperação judicial.

No referido plano recuperacional, consta na página 15, nos itens 3.1.1 e 3.1.4, como meios de recuperação, precisamente a alienação de bens do ativo permanente em conjunto com a reorganização societária:

8 “OAS deixa de fazer pagamento e tem rating rebaixado pela S&P”. Disponível em <<http://www.valor.com.br/empresas/3844994/oas-deixa-de-fazer-pagamento-e-tem-rating-rebaixado-pela-sp>> Acesso em: 25 jul. de 2016.

9 “Empresas da OAS pedem Recuperação Judicial”. Disponível em <<http://www.oas.com/oas-com/noticias/empresas-da-oas-pedem-recuperacao-judicial.htm>>. Acesso em: 25 jul. de 2016.

3. Meios de Recuperação

3.1. Visão Geral dos Meios de Recuperação. Para que as Sociedades Integrantes do Grupo OAS possam recompor o capital de giro necessário para continuidade de suas atividades e preservação de seus ativos, bem como para o desenvolvimento de seu plano de negócios de forma redimensionada, sem prejuízo do Financiamento DIP, é indispensável que as Sociedades Integrantes do Grupo OAS possam, no âmbito da Recuperação Judicial e dentro dos limites estabelecidos pela Lei de Falências e por este Plano, adotar os seguintes meios de recuperação:

(...)

3.1.1. Alienação de Bens do Ativo Permanente. As Sociedades Integrantes do Grupo OAS, quando cabíveis, pretendem promover a alienação e/ou oneração de bens que integram seu ativo permanente, com exceção daqueles que integram o novo plano de negócios das Sociedades Integrantes do Grupo OAS, nos termos do quanto disposto na Cláusula 5ª. Assim, serão alienadas algumas das participações societárias detidas pela OAS.

(...)

3.1.4. Reorganização Societária. As Sociedades Integrantes do Grupo OAS poderão submeter-se a procedimentos para reorganização societária, de forma a obter a estrutura societária mais adequada para o desenvolvimento de suas atividades tal como redimensionadas no contexto da Recuperação Judicial e do plano de negócios decorrente da implementação deste Plano, sempre no melhor interesse das Sociedades Integrantes do Grupo OAS, dos seus Credores e visando ao sucesso da Recuperação Judicial.¹⁰

Somando a estipulação do meio de reorganização societária no plano de recuperação da OAS com o fato de a companhia não ter logrado êxito – pelo menos ainda – em celebrar o acordo de leniência com as autoridades competentes (ou, ainda que o tivesse firmado, posto que desinfluyente para o resultado), tem-se o cenário de eminência do conflito normativo.

De qualquer forma, a OAS já está com a recuperação judicial concedida e pode ser surpreendida a todo instante com um processo administrativo e/ou judicial de responsabilização e, mais à frente, com possível condenação. Esse quadro de hesitação, especialmente quanto à sucessão, inquieta e afugenta investidores em potencial da alienação de estabelecimentos e/ou de bens e da reorganização societária, prejudicando o próprio sucesso da recuperação judicial do grupo.

¹⁰ Disponível em <<http://www.oas.com/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81A3934D2F94C8014E3FE249C81C4B>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

E, afinal, verifica-se a transferência da responsabilidade por sucessão quando há uma recuperação judicial com reorganização da sociedade cumulada com a venda judicial de ativos?

Argumenta-se, do lado simpatizante, de início, pela necessidade de se garantir e reafirmar a ordem jurídica. Assim, não se pode abrir uma exceção para deixar de punir uma empresa pecuniariamente porque está em situação de crise.

Sabe-se que a corrupção é um dos grandes males que afetam a sociedade. São notórios os custos políticos, sociais e econômicos que acarreta. Compromete-se a legitimidade política, enfraquece-se as instituições democráticas e os valores morais da sociedade, além de também produzir um ambiente de insegurança no mercado econômico, comprometendo o crescimento econômico e afugentando novos investimentos. O controle da corrupção assume, portanto, papel fundamental no fortalecimento das instituições democráticas e na viabilização do crescimento econômico do país, sendo que as punições com base na Lei Anticorrupção agem como fator dissuasivo e inibidor de novas práticas pelo corpo social.

Além disso, por uma razão jurídica, a Lei Anticorrupção, de 2014, é cronologicamente mais nova que a Lei Recuperacional de 2005, devendo prevalecer a norma posterior. Designa-se a este princípio o termo em latim *lex posterior derogat legi priori*, ou seja, lei posterior derroga leis anteriores.

E, pelo critério específico, entende-se a supremacia da norma mais específica ao caso em questão. Dessa forma, no caso da existência de duas normas incoerentes uma com a outra, observa-se ao dispor sobre o objeto conflituoso, que uma delas possui caráter mais específico, em oposição a uma compleição mais genérica. Na conflagração de dispositivos analisada, a norma geral versa sobre a transmissão da responsabilidade por sucessão na hipótese de alienação judicial de unidades produtivas isoladas de empresas com reorganização societária (Lei Recuperacional). Já a norma específica reza sobre a idêntica situação, adicionando a peculiaridade de se tratar de empresas envolvidas com atos ilícitos contra a Administração Pública (Lei Anticorrupção).

De mais a mais, repisa-se, o *caput* do art. 50 da Lei nº 11.101/2005, que, ao arrolar exemplificativamente os meios de recuperação judicial, impõe o dever de se observar a “legislação pertinente a cada caso”, devendo, por isso, ser empenhada a transmissão da responsabilidade assentada na Lei Anticorrupção.

Além de tudo, para se livrar dos efeitos das condenações com base na Lei Anticorrupção, as recuperandas terão o incentivo de introduzir no plano e, posteriormente, operar uma alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada, por mais mínima e desnecessária que seja à superação da crise, mas com o escopo de tão somente escapar do art. 4º da referida lei, tornando-o letra morta e desatendendo sua função originária.

No sentido contrário, apresenta-se a primordialidade de se preservar a empresa (art. 47 da

“E, afinal, verifica-se a transferência da responsabilidade por sucessão quando há uma recuperação judicial com reorganização da sociedade cumulada com a venda judicial de ativos?”

Lei nº 11.101/2005). Deve-se, pois, privilegiar a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Eventual decisão em contrário, para mais, poderia maltratar o princípio da proporcionalidade. Vale lembrar que o artigo 8º do novo Código de Processo Civil determina que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”, além de observar “a proporcionalidade”. Uma medida tomada com o fim de ratificar o combate à corrupção gera, como efeito colateral, restrições à coletividade de credores, aos trabalhadores da companhia, à própria Administração Pública como destinatária dos tributos e aos próprios consumidores (se a recuperanda for concessionária de serviços públicos), sendo necessária a meticulosa ponderação entre dano e benefícios para que se avalie a validade da medida.

O critério específico, por seu turno, pode servir também para o outro lado. Por se estar no bojo de um processo de recuperação judicial, pode-se entender a Lei nº 11.101/2005 como a mais específica ao problema concreto, sendo a Lei Anticorrupção mais genérica, e aplicável às hipóteses não reguladas por legislação especial (como a recuperacional).

E, completando este último argumento, pode-se sustentar que o único meio de recuperação judicial arrolado no art. 50 da Lei nº 11.105/2005, ao qual não se aplica a legislação extraconcursal, consiste na alienação de unidade produtiva isolada (inc. VII do art. 50 da LRF), devido à matéria ser expressamente disciplinada pela Lei nº 11.101/2005.¹¹

Seja qual for a alternativa a ser adotada, por certo, tanto a Lei nº 11.101/2005 como a Lei nº 12.846/2013 trazem enormes desafios a que o tempo e os tribunais superiores serão os responsáveis por darem a solução correta, mormente tratando-se de uma legislação pintada com tintas jurídicas e econômicas que têm reflexos imediatos e importantes na economia do país.

Enquanto não há resposta certa para o deslinde da questão, com efeito, a indefinição sobre a possibilidade de sucessão de dívidas causa instabilidade e inconsistência aos investidores e potenciais interessados na aquisição dos bens da empresa em recuperação e/ou na reorganização societária desta. Estes deixarão, afinal, de aportar recursos, diante do magnânimo risco de se ver o produto sucessor da reorganização societária ser alcançado pelas iras da legislação anticorrupção.

Se o legislador não se preocupou em minimizar esse cenário de incerteza, é dever dos operadores do direito implicados (o juízo recuperacional, o Ministério Público e as autoridades administrativas responsáveis) estabelecerem recíproca cooperação jurídica interna, como sugere o art. 67 e seguintes do novo CPC.

No tocante, é preciosa a lição do eminente Ministro MARCO AURÉLIO MELLO, ao dizer, em palestra na Universidade de Coimbra em julho de 2015, que:

¹¹ AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 231.

(...)

O Direito, ao fazer prevalecer a segurança jurídica, pode minimizar os riscos modernos das incertezas. Se a Era das Incertezas é um fato, o Direito deve, em proveito dos cidadãos, atuar contra suas consequências indesejadas. Ante tal quadro, eis a pergunta que embasa esta breve exposição: O Direito ainda nos oferece segurança?¹²

Se a ausência de resposta definitiva à questão exposta não proporciona segurança aos investidores, de modo que estes necessitam dela e de previsibilidade para conduzir, planificar e conformar seus investimentos financeiros em empresas em recuperação judicial; devem os atores supraditos exercer um papel mais proativo e de cooperação jurídica interna, como sugere o CPC-2015, tencionando o afastamento das incertezas jurídicas para se preservar a empresa.

Pode-se, assim, em caráter antecedente e sem qualquer precipitação de julgamento, estimar a precificação do valor da multa administrativa e da restituição da vantagem ou do proveito indevidamente percebido, bem como avaliar-se a possibilidade da recuperanda preencher ou não os requisitos do acordo de leniência e também orçar suas potenciais deduções. Dessa maneira, aquele que deseja colocar dinheiro na empresa, terá antevisão da possível dívida total da companhia (incluindo as penas milionárias que podem advir da Lei Anticorrupção), estando mais apto a decidir se vale a pena realizar o investimento e para calcular com mais agudez a taxa de retorno.

Tal mecanismo visa também resguardar os acionistas da recuperanda, minimizando especulações no mercado em torno do valor das ações e, de igual forma, objetiva restringir a volatilidade financeira da empresa, isto é, delimitar a variável que mostra a intensidade e a frequência das oscilações nas cotações dos seus mais diversos ativos.

Em arremate, com esta exposição, a pretensão é a de provocar uma reflexão sobre a antinomia jurídica oriunda de duas importantes legislações – o art. 60, parágrafo único, da lei recuperacional e o art. 4º da lei anticorrupção –, que transportam reflexos na economia do país.

Por isso, é de vital importância a participação do juízo recuperacional, do Ministério Público e das autoridades administrativas responsáveis para, em um ambiente de cooperação jurídica interna, como instiga o art. 67 e seguintes do Código de Processo Civil recém-editado, trazer luzes para o investidor interessado em aportar recursos na recuperanda, enquanto não é definida pela jurisprudência dos tribunais superiores, se transmissível a responsabilidade à sucessora na hipótese do plano de recuperação prever alienação de ativos comungada à reorganização societária. Equaliza-se, desse modo, a necessidade de estimativa e previsibilidade do aportador de riquezas com a avidez da empresa por ter quem a capitalize, enquanto o Direito não oferece a segurança inapelável e terminante sobre ao tema.

12 “O Direito em tempos de incertezas”, por MARCO AURÉLIO MELLO. Disponível em < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI223331,41046-O+Direito+em+tempos+de+incertezas+por+Marco+Aurelio+Mello>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS NO CPC/2015 E SEUS REFLEXOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS

ALEXANDRE CHINI¹
ALEXANDRE FLEXA²

1. Considerações iniciais

O CPC/2015, no capítulo que trata das despesas processuais, honorários de advogados – públicos e privados – e das multas por ilícitos processuais, inova ao dispor minuciosamente sobre os honorários sucumbenciais impostos por decisão judicial. Não é à toa que o art. 85, a respeito do tema, é o maior artigo de todo o novo código, com *caput* e dezenove parágrafos, abordando honorários tendo por base de cálculo o proveito econômico obtido pelo vencedor; determinação de honorários nas causas em que a Fazenda Pública for parte e majoração de honorários na fase recursal, por exemplo. Esse capítulo também proporciona alterações em temas tratados na legislação anterior, como ocorreu com o percentual de honorários nas ações indenizatórias por ato ilícito contra pessoa.

O tema é tão bem definido na novel legislação que irradia seus efeitos até para os processos regidos por legislação extravagante. Ao final do texto, abordaremos os impactos do CPC/2015 no art. 55, da Lei nº 9.099/95.

2 – Honorários advocatícios sucumbenciais

Os honorários advocatícios sucumbenciais mantiveram, na nova legislação, sua natureza de condenação pecuniária imposta à parte que deu causa indevida ao ajuizamento da ação. Assim, vê-se claramente que o CPC/2015 positivou a tese da causalidade, adotada pela doutrina e jurisprudência predominantes na codificação anterior, disposta no art. 85, §10, segundo o qual “Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo”. Dessa forma, quando a parte for vencida, esta pagará honorários advocatícios à parte contrária (art. 85, *caput*) porque a decisão final reconheceu que o vencedor só foi parte da demanda por culpa da parte contrária. Propomos dois exemplos: (1) o autor ajuíza a ação em face do réu e a sentença julga o pedido autoral procedente. O réu, vencido, paga honorários ao advogado porque deu causa à

1 Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro, pós-graduado em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF (1993), titular do I Juizado Especial Cível da Comarca de Niterói, integrante da 4ª Turma Recursal Cível, foi membro da Comissão de Apoio à Qualidade dos Serviços Judiciais – COMAQ e da Comissão Judiciária de Articulação dos Juizados Especiais – COJES, tendo exercido a Coordenação das Turmas Recursais Cíveis, Criminais e Fazendárias (2013).

2 Advogado, pós-graduado em Direito pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Professor dos cursos de pós-graduação em Direito Processual Civil da Fundação Getúlio Vargas - FGV, Ibmecc, PUC-Rio e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

existência da ação, pois se tivesse cumprido a obrigação que tinha para com o autor, a ação jamais teria sido proposta. (2) o autor ajuíza a ação em face do réu e a sentença julga o pedido do demandante improcedente. Nesse caso o autor paga honorários ao réu porque este (como reconhecido na sentença) não era devedor do autor, razão pela qual fora o próprio autor que deu causa à existência da ação.

“(...) a expressão ‘honorários advocatícios sucumbenciais’ é inadequada, pois eles não decorrem da sucumbência, mas sim da causalidade.”

Existem, no entanto, hipóteses em que a parte obtém decisão desfavorável e, ainda assim, não lhe são impostos honorários sucumbenciais por não ter dado causa a existência da ação. Pensemos, como exemplo, na ação proposta por Paulo em face de um provedor de internet pedindo que o réu apresente as informações referentes a alguns *e-mails* recebidos anonimamente pelo autor, contendo ameaças de morte. O provedor-réu contesta alegando que está proibido de fornecer tais dados, mas que os apresenta de bom grado, se for proferida decisão judicial nesse sentido. O juiz julga procedente o pedido determinando que o réu informe o remetente daqueles *e-mails*. Nesse caso, o réu sucumbiu, mas não será condenado ao pagamento de honorários, eis que não deu causa a existência da ação. Portanto, reiteramos o que sempre defendemos alhures: a expressão “honorários advocatícios sucumbenciais” é inadequada, pois eles não decorrem da sucumbência, mas sim da causalidade.

O novo código positiva uma forma ampla de imposição de honorários, como se vê no art. 85, § 1º, que os prevê não³ só no processo de conhecimento principal, mas também nos incidentes, como a reconvenção, fase de cumprimento de sentença, provisória e definitiva, na execução autônoma, resistida ou não e nos recursos. A inovação fica por conta da execução dos honorários fixados nos embargos do executado, que, na forma do art. 85, §13, ocorrerá nos autos do processo principal.

Outro ineditismo está previsto no art. 85, §2º, ao determinar que a base de cálculo dos honorários sucumbenciais será o valor da condenação ou do proveito econômico, resguardando claramente a remuneração do advogado conforme as vantagens auferidas pela parte que representa. Se a parte sucumbir em parte mínima do pedido, não haverá imposição de honorários a esta (art. 86, parágrafo único). Nesse sentido, está abolida a prática de imposição de verba honorária exclusivamente tendo como base de cálculo o valor da causa. Tal entendimento já era visto na jurisprudência predominante na vigência do CPC/1973.

Mais uma inovação encontra-se nas ações de indenização por danos contra a pessoa, quando decorrentes de ato ilícito. Nesse caso, o percentual de honorários será fixado sobre a soma das prestações vencidas e de doze prestações vincendas, cujo objetivo é dar mais fidelidade à verba remuneratória do advogado.

3 A jurisprudência dominante assim já se manifestava na vigência do CPC/1973, como se vê, por exemplo, no enunciado nº 345, do STJ: “São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas”.

Os honorários de advogado têm natureza alimentar, como dispõe o art. 85, §14. Trata-se de entendimento já esposado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento de recurso repetitivo⁴ e agora positivado no novo código. Assim, os honorários gozam de todas as prerrogativas inerentes aos créditos trabalhistas, tais como preferência para receber em caso concurso de credores. Portanto, a natureza alimentícia dos honorários não permite, em execução, o requerimento de prisão civil do devedor desses honorários, eis que gozam de privilégios de natureza trabalhista, mesmo tendo natureza de alimentos.

“Uma grande inovação trazida pelo CPC/2015 é a possibilidade de majoração da verba honorária na fase recursal.”

Ainda no parágrafo 14, louvável a vedação à compensação de honorários em caso de sucumbência recíproca. Desta forma, se ambas as partes sucumbirem em parte do pedido, todos os advogados receberão proporcionalmente remuneração. Admitir a compensação em casos de sucumbência recíproca significaria que os advogados nada receberiam por sua atuação no processo. Superado, portanto, o entendimento do enunciado nº 306 da jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, que permitia a compensação de honorários em caso de sucumbência recíproca.⁵

Tema que desperta discussão na doutrina versa sobre a natureza dos honorários advocatícios sucumbenciais impostos em favor de sociedade de advogados. Prevê o art. 85, §15, que “o advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se à hipótese o disposto no §14”. A parte final do dispositivo deixa muito claro que a previsão do parágrafo anterior (natureza alimentar dos honorários) é aplicada aos honorários fixados em favor de sociedade de advogados. Há uma razão para esse entendimento legal. As sociedades de advogados têm natureza simples, atraindo a pessoalidade e afastando a atividade empresarial. Assim, a pessoa jurídica estaria apenas recebendo os honorários destinados à manutenção dos seus sócios, o que faz com que os valores ali recebidos tenham a mesma natureza de quando recebidos pelas pessoas físicas dos sócios.

Por fim, aplaudimos a opção do legislador em permitir imposição de honorários em favor de sociedade de advogados, livrando os advogados de enfrentar eventuais problemas na seara tributária. Na legislação anterior, a remuneração sucumbencial somente era imposta em favor dos advogados, que recebiam os valores em seu nome para, após, depositá-los em favor da sociedade que integravam gerando, em tese, tributação na pessoa física e na pessoa jurídica. Na vigência do código de 2015, a sociedade poderá receber diretamente, se assim desejar, iluminando eventuais pontos obscuros ao auferir renda.

4 STJ, Corte Especial, recurso repetitivo (tema 637), REsp nº 1.152.218/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 07/05/2014: “Direito Processual Civil e Empresarial. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-c do CPC. Honorários advocatícios. Falência. Habilitação. Crédito de natureza alimentar. Art. 24 da Lei nº 8.906/1994.”

5 Nesse sentido, enunciado 244 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alii* em “Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil”, artigo por artigo, ed. **Revista dos Tribunais**, 1ª edição, 2015, p. 169.

3. Honorários sucumbenciais na fase recursal

Uma grande inovação trazida pelo CPC/2015 é a possibilidade de majoração da verba honorária na fase recursal. Trata-se, claramente, de mecanismo com dupla função: (1) desestimular a interposição de recursos meramente protelatórios, desprovidos de fundamentos ou temerários; e (2) conceder aos advogados a possibilidade remuneração sucumbencial proporcional ao serviço prestado.

Dispõe o art. 85, §11, que “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.” O código perdeu excelente oportunidade de deixar o instituto mais efetivo, pois limita a majoração dos honorários na fase recursal ao percentual máximo permitido (20%). Assim, se na fase de conhecimento o juiz condenar a parte perdedora ao pagamento de honorários de 20% sobre o valor da condenação, não haverá imposição sucumbencial na fase recursal. Nesse caso, não haverá qualquer meio desestimulador a evitar recursos desarrazoados. Melhor seria ter mantido a redação original do anteprojeto do CPC, que previa o limite de 25% de honorários na fase recursal. Nesse caso, não haverá qualquer meio desestimulador a evitar recursos desarrazoados. Melhor seria ter mantido a redação original do anteprojeto do CPC, que previa o limite de 25% de honorários na fase recursal.

Não haverá, contudo, imposição de verba honorária em qualquer hipótese. Ao contrário, é preciso que haja fixação de honorários sucumbenciais na decisão recorrida para que o recurso possa majorá-los, eis que o art. 85, §11, deve ser combinado com a regra contida no art. 85, *caput*. Nesse sentido, como em regra apenas sentenças e acórdãos impõem honorários, supõe-se que apenas apelações, recursos especiais, recursos ordinários, recursos extraordinários e embargos de divergência poderiam conter a majoração aqui estudada.

Contudo, como muito bem salienta o professor LUIZ HENRIQUE VOLPE CAMARGO,⁶ é possível que decisão interlocutória fixe honorários sendo, portanto, possível, ocorrer a majoração em agravo de instrumento, como na decisão interlocutória que: (1) versa sobre o mérito da causa (art. 1.015, II); (2) exclui litisconsorte (art. 1.015, VII); e (3) julga a fase de liquidação de sentença (art. 1.015, parágrafo único).

Nos embargos de declaração, em regra não haverá majoração honorária, pois não se está atacando a decisão, mas apenas buscando um esclarecimento ou integração da decisão judicial⁷. Entendemos, no entanto, que quando os embargos de declaração modificarem a decisão embargada, houve verdadeira função recursal, podendo haver aumento do percentual de honorários de advogado.

6 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, em “Os Honorários Advocatícios pela Sucumbência Recursal no CPC/2015”, artigo publicado na obra coletiva **Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada**, volume 1, Parte Geral, ed. JusPodivm, 1ª edição, p. 749.

7 Nesse sentido, Camargo, *op. cit.*, p. 749.

Por se tratar de instituto aplicável aos recursos, não haverá majoração de verba honorária no reexame necessário (art. 496, CPC/2015).

4 – Honorários na Lei nº 9.099/95

Em sede de juizados especiais cíveis estaduais, a Lei nº 9.099/95 prevê em seu art. 55: “A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa”.

Interpretando literalmente o disposto na parte final do art. 55, a conclusão seria que apenas ao recorrente vencido seria imposto o pagamento de custas e honorários advocatícios. De fato, como defendemos acima, a regra da causalidade impõe, àquele que recorreu e restou vencido, o pagamento de custas ao erário e honorários ao advogado da parte contrária. É um raciocínio lógico: a parte recorreu indevidamente, tanto que vencida, tendo dado causa ao prolongamento do processo na instância recursal, sendo justa a condenação acessória. Contudo, quando o resultado é inverso, vencido o recorrido, este deu causa não à fase recursal, mas a todo o processo desde a primeira instância, devendo ser condenado ao ressarcimento de custas recursais à parte vencedora, bem como ao pagamento de honorários ao advogado desta.

Desta forma, o art. 55, *in fine*, deve ser lido da seguinte maneira: em segundo grau, a parte vencida, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

Nesse sentido, ensina ALEXANDRE FREITAS CÂMARA: “Sintetizando, pois, tendo havido interposição de recurso, a parte que sair vencida em segundo grau de jurisdição será condenada a pagar as despesas que a outra parte eventualmente tenha adiantado, e os honorários de seu advogado, na forma do disposto no art. 55 da Lei nº 9.099/95, o qual deve ser interpretado – como acaba de ser demonstrado – extensivamente.”⁸

8 CÂMARA, Alexandre Freitas, em **Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública – Uma abordagem crítica**. Ed. Lumen Juris, 6ª edição, 2010, p. 200/201. Antecedente a citação: “Interposto o recurso, pois, haverá – ressalvados os casos de gratuidade de justiça – preparo. Consequência disso é que terá de haver a imposição a alguma das partes da obrigação de arcar com o custo do processo (já que interposto o recurso, terá havido custo econômico do processo). Por essa razão, estabelece o art. 55 da Lei nº 9.099/95, em sua parte final, que “em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) do valor da condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa. Pelo texto da lei se verifica que a condenação ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios incidirá sobre o recorrente vencido. Não se pode, porém, interpretar literalmente o dispositivo, sob pena de não se estabelecer corretamente o alcance dessa norma. Condenar apenas o recorrente vencido implica estabelecer tratamento desigual, violando-se o princípio da isonomia e, por conseguinte, o do devido processo legal. A parte vencida em seu primeiro grau que venha a recorrer e saia vencedora, sendo seu recurso provido, teve de efetuar o preparo e, por isso, não há qualquer razão para que se lhe imponha o custo econômico do processo se logrou êxito. Parece-me, pois, que também o recorrido vencido será condenado, em segundo grau de jurisdição, a arcar com o custo econômico do processo, pagando ao recorrente as despesas que adiantou e os honorários de seu advogado, na forma

O festejado professor FELIPPE BORRING ROCHA, em sua obra que é referência sobre juizados especiais, vai além e sustenta que, mesmo em caso de provimento parcial do pedido recursal, haveria imposição de ônus decorrentes da sucumbência, na hipótese do art. 55 da Lei nº 9.099/95: “Diferentemente do que ocorria sob a vigência do CPC/73, também haveria a condenação na hipótese de ser o recurso provido, porque o Novo CPC estabeleceu como paradigma a condenação recursal (art. 85, § 1º). Da mesma forma no caso de provimento parcial do recurso, subiste razão para a condenação da parte nos ônus sucumbenciais, nos termos do art. 85, § 14, do CPC/15”.⁹

JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR¹⁰ assim dispõe:

Ao Colégio Recursal caberá a fixação da verba honorária que será arcada pela parte sucumbente, atendendo aos parâmetros estabelecidos no art. 20 do CPC. Pouco importa se o sucumbente, em segundo grau de jurisdição, é o recorrente ou o recorrido. Na segunda parte do *caput* do art. 55 da Lei nº 9.099/95, disse menos o legislador do que desejava, tendo em vista que, não raramente, ambas as partes recorrem da sentença de primeiro grau, mantendo-se ou modificando-se (total ou parcialmente) a decisão impugnada.

Assim, para fins de incidência cabal do princípio da sucumbência em segundo grau, o que deve nortear o julgador é a identificação do sujeito perdedor da causa, independentemente de se tratar de recorrente ou recorrido. Em outras palavras, o ‘recorrido vencido’, por óbvio, deve também ser condenado ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios. Se assim não for, se aplicada isoladamente a regra do art. 55, *caput*, segunda parte, da Lei nº 9.099/1995, chega-se à absurda conclusão de que, se vencedor o recorrente, o recorrido perdedor não arcará com sucumbência alguma.

De uma forma ou de outra:¹¹

O Código de Processo Civil é regra geral, com os trâmites processuais regulados de maneira uniforme, seja qual for o objeto da ação. Mas para certas finalidades o legislador aprimorou e especificou certos procedimentos, com vista a satisfazer ou corresponder mais adequadamente ao objeto litigioso (v.g., juizados especiais). Observe-se a relatividade da qualificação de uma situação como especial, isto é, há possibilidade de

prevista nesse art. 55 da Lei nº 9.099/95.”

⁹ ROCHA, Felipe Boring, em **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais**, ed. Atlas, 8ª edição, 2016, p. 151.

¹⁰ **Manual dos Juizados Especiais Estaduais e Federais**. Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 320.

¹¹ “O advento do novo CPC, em vigência a partir de 16/03/2016, em nada muda nesse aspecto de aplicação subsidiária em relação às Leis nº 10.259 e nº 9.099, porque aquele traz no seu bojo expressamente que: ‘Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código (§ 2º do art. 1.046)’. (BOCHENEK, Antônio César; e NASCIMENTO, Márcio Augusto. **Juizados especiais federais cíveis & Casos Práticos**, 3ª edição, Curitiba, Juruá, 2015, p. 26).

termos uma norma especial em relação a uma norma que já é especial, como no caso dos Juizados: as disposições da Lei 9.099/1995 são especiais em relação às disposições do Código de Processo Civil, mas são gerais em relação às normas da Lei nº 10.259/2001, que por sua vez são especiais em relação às normas da Lei nº 9.099/1995.¹²

Segundo o Ministro LUIZ FUX a expressão “recorrente vencido”, utilizada no art. 55 da lei dos juizados, deve ser interpretada da seguinte forma:

A segunda polêmica diz respeito à hermenêutica da expressão “recorrente vencido”, utilizada no art. 55 da lei dos Juizados para imputar custas e honorários à parte desfavorecida pela decisão das Turmas Recursais.

Em princípio, não há menor dúvida de que a lei impõe a sucumbência ao vencido na sentença e que, não obstante exonerado, recorre e torna a sucumbir na instância recursal. Trata-se de modalidade “mitigada” de “sucumbência recursal”, já que a sucumbência recursal *tout court* importaria dupla imposição; isto é: em primeiro e segundo grau de jurisdição.

Considerando que *a ratio* do dispositivo é desestimular o vencido a recorrer, parece que seu destinatário é apenas ele, o recorrente.

Entretanto, o parágrafo único do art. 54 da Lei nº 9.099/95 determina que o recorrente deposite as despesas exoneradas em primeiro grau como requisito de admissibilidade do recurso. Ora, se ele for vencedor, quem deverá reembolsá-lo? Evidentemente que o recorrido.

Portanto, recorrente vencido é a parte que, no recurso, restou vencida, e que tanto pode ser o recorrente mesmo – e aí nenhuma dificuldade se apresenta – ou o recorrido vencido, uma vez que nada pagou para atuar no primeiro grau onde obteve uma vitória em primeiro estágio de aferição do direito em litígio.

O FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais não trata do tema. É certo que seus enunciados existentes sobre honorários abordam apenas as hipóteses em que o recorrente é vencido.¹³ Assim, não há entendimento do Fórum esposado em sentido contrário à tese aqui defendida.

12 BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. **Juizados especiais federais cíveis & Casos Práticos**, 3ª edição. Curitiba, Juruá, 2015, p. 26.

13 Enunciado 96: A condenação do recorrente vencido, em honorários advocatícios, independe da apresentação de contrarrazões. Enunciado 122: É cabível condenação em custas e honorários advocatícios na hipótese de não conhecimento do recurso inominado.

Por fim, destacamos o seguinte julgado, na linha dos precedentes,¹⁴ da 4ª Turma Recursal do Estado do Rio de Janeiro, *verbis*:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESPESAS PROCESSUAIS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 55 DA LEI Nº 9.099/95. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA REGRA GERAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (arts. 85, § 1º, e 1.046, § 2º, do CPC c/c arts. 6º. e 55 da Lei nº 9.099/95). PRECEDENTES. As despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, referidas no art. 1º do Provimento nº 80/2011 da Corregedoria Geral da Justiça, devem ser adiantadas pela Recorrente, que, na hipótese de provimento total de seu recurso, devem ser ressarcidas pela Recorrida vencida. Correta interpretação do art. 55, *caput*, segunda parte, da Lei nº 9.099/95. Aplicação do Novo CPC, que estabeleceu como paradigma a sucumbência recursal (art. 85, § 1º). A necessidade de servir-se do processo para reconhecimento de um direito não deve reverter em dano a quem tem razão. (Embargos de Declaração no Recurso Inominado nº 0034173-75.2015.8.19.0210, julgado em 23/08/2016)

5 - Conclusão

Por todo o exposto, sustentamos que deve ser dada interpretação teleológica ao art. 55, da Lei nº 9.099/95, alcançando resultado extensivo, com vistas a assegurar tratamento constitucional isonômico às partes, para que paguem custas e honorários advocatícios em sede de recurso inominado, a parte vencida, e não apenas o recorrente vencido.¹⁵

14 Precedentes: Recurso Inominado nº 0300583-79.2016.8.19.0001, 4º. Turma Recursal, Relator: Juiz ALEXANDRE CHINI; Recurso Inominado nº 0000762-52.2016.8.19.0001, 4ª. Turma Recursal, Relatora: Juíza NATASCHA MACULAN ADUM DAZZI e; Recurso Inominado nº 0060236-512016.8.19.0001, 4ª. Turma Recursal, Relator: Juiz LUIZ ALFREDO DE CARVALHO JUNIOR.

15 Em sentido contrário: Enunciado 12.4 da CEJCA (PROVIMENTO DO RECURSO): “Provido o recurso da parte vencida, o recorrido não responde pelos ônus sucumbenciais”.

O DANO MORAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS SOB O ENFOQUE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

JOANA CARDIA JARDIM CÔRTEZ

LEONARDO DE CASTRO GOMES

LEDIR DIAS DE ARAÚJO

ADMARA FALANTE SCHNEIDER

Juízes de Direito e integrantes do CEDES –

Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar como a jurisprudência atual vem considerando a possibilidade de reconhecimento da ocorrência de dano moral – com o consequente dever de indenizar e fixação de *quantum debeat* – nas relações contratuais, tanto as firmadas na esfera consumerista, quanto aquelas pautadas no Código Civil.

Para tanto, far-se-á um estudo acerca do conceito de dano moral, cuja reparação é hoje direito garantido constitucionalmente, a teor do que dispõe o artigo 5º, incisos V e X, da Constituição da República de 1988, acompanhando sua evolução doutrinária e considerando suas peculiaridades, a fim de que se consolide um entendimento sobre o alcance do instituto, suas formas de configuração e limitações.

A partir da definição doutrinária, o texto avançará para o levantamento de como ocorre a aplicação, pelo Poder Judiciário, do referido instituto, levando em conta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo no que se refere à legislação federal, e a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, buscando compreender qual a dimensão que o dano moral realmente alcança nas relações jurídicas contratuais no contexto contemporâneo.

2. CONCEITO E EVOLUÇÃO

O dano moral surge na doutrina jurídica como aquele que se diferencia dos danos patrimoniais, no sentido de que não se configura como uma lesão essencialmente de cunho econômico. Era, em verdade, um conceito por exclusão.

Com a consagração do direito à reparação pela sua ocorrência na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, dentre os direitos e garantias fundamentais, e o número cada vez maior de demandas pleiteando tal reparação, a imprecisão do conceito acabou por dificultar a aplicação do direito. Assim, doutrina e jurisprudência passaram a discutir mais amplamente o significado do dano moral, sua abrangência, bem como sua materialização no mundo dos fatos em concorrência

com os danos patrimoniais.

MARIA HELENA DINIZ pontua a insuficiência desse conceito ao apontar como o dano moral e o dano patrimonial estão entrelaçados:

Deveras, o caráter patrimonial ou moral do dano não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos efeitos da lesão jurídica, pois do prejuízo causado a um bem jurídico econômico pode resultar perda de ordem moral, e da ofensa a um bem jurídico extrapatrimonial pode originar dano material. Realmente, poderá até mesmo suceder que, da violação de determinado direito, resultem ao mesmo tempo lesões de natureza moral e patrimonial. Eis por que o dano moral suscita o problema de sua identificação, uma vez que, em regra, se entrelaça a um prejuízo material, decorrente do mesmo evento lesivo.¹

A partir dessa imprecisão, vários conceitos de dano moral foram sendo construídos na doutrina, em busca de uma definição mais precisa do tema. Por exemplo, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA associava a ideia do dano moral ao sofrimento humano não decorrente de uma perda pecuniária, mas a aspectos subjetivos e pessoais. Por sua vez, CARLOS ROBERTO GONÇALVES, assim como ORLANDO GOMES, entendeu dano moral como aquele do qual se originam efeitos extrapatrimoniais, sendo a eventual indenização apenas de cunho compensatório, nunca reparatório. Para SÍLVIO VENOSA, o dano moral “é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”.² No entanto, também o associa diretamente aos direitos da personalidade, exemplificativamente expostos nos artigos 11 a 21 do Código Civil, de 2002.

Esses conceitos apresentados vão ao encontro da identificação feita entre o dano moral e o estado interior (psicológico, anímico, etc.) do indivíduo, conectando-o à ideia de dor, sofrimento, angústia e humilhação, e configurando o que se entende por corrente subjetiva do dano moral.

Há, no entanto, uma corrente objetiva, que surgiu em oposição à primeira,³ compreendendo o sofrimento como consequência do dano – podendo, inclusive, se originar de um dano patrimonial – e classificando o dano moral como lesão a direitos da personalidade. Assim, a ofensa à imagem,

1 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 7, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 89-90.

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 41.

3 Sobre essa primeira teoria, ANDERSON SCHREIBER afirma: “O mesmo não acontece no dano moral, em que a lesão a um interesse tutelado (por exemplo, a saúde, a privacidade) repercute de forma inteiramente diferenciada sobre cada pessoa, não havendo um critério objetivo que permita sua precisa aferição. Por esta razão, fazer depender a configuração do dano moral de um momento consequencial (dor, sofrimento etc.) equivale a lançá-lo em um limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais”. In: SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 109.

“Assim, doutrina e jurisprudência passaram a discutir mais amplamente o significado do dano moral, sua abrangência, bem como sua materialização no mundo dos fatos em concorrência com os danos patrimoniais.”

à honra, ao nome, entre outros direitos inerentes à dignidade humana, configurariam dano moral, independentemente da ocorrência ou não de dor, aflição, humilhação, ou sentimentos negativos em geral. Esse é o posicionamento de SERGIO CAVALIERI FILHO, por exemplo.

Ambos os conceitos são utilizados frequentemente na aplicação da lei pelos tribunais em todo o país, sendo certo que, na grande parte das situações cotidianas, há uma concorrência entre eles – as lesões a direitos da personalidade costumeiramente geram sofrimentos, angústia e humilhação às suas vítimas, fomentando a confusão na conceituação.

O conceito formulado pela corrente objetiva, no entanto, se mostra mais adequado, pois a alteração no estado anímico, a dor, a angústia, são efeitos do dano e não o dano em si mesmo.

Além disso, tal teoria resolve um problema criado pela corrente subjetiva, qual seja, a configuração do dano moral em relação às vítimas que não têm plena consciência desse dano e, por essa razão, não sofrem dor ou sofrimento com a violação de um direito personalíssimo. Nas palavras de MILENA DONATO OLIVA:

Embora não raras vezes o dano moral venha acompanhado de indignação, dor, revolta, angústia, fato é que esses sentimentos não podem ser reputados inerentes à ideia de dano moral. Caso contrário, chegar-se-á à conclusão de que pessoas incapazes de compreender não são suscetíveis de sofrer certos danos morais, como a violação à sua honra e imagem, por exemplo. E isso seria o mesmo que não assegurar proteção a tais direitos, uma vez que sua violação restaria irressarcida.⁴

Outra problemática acerca do dano moral consistiu em sua valoração e quantificação para fins de exercício do direito à reparação civil. No início, a jurisprudência não foi capaz de quantificá-lo, justamente por entender sua essência como completamente dissociada de caráter patrimonial. Dessa forma, embora se reconhecesse a ocorrência da lesão – seja pelo viés objetivo, seja pelo subjetivo –, não se entendia cabível a indenização de cunho econômico, uma vez que tal medida não repararia a ofensa efetivada.

Conforme se conseguiu separar o dano dos seus efeitos, passou-se a admitir sua indenização por meio de valor em dinheiro a ser fixado na sentença e/ou acórdão, entendendo-se que a medida, de fato, não tinha cunho reparatório, mas compensatório, com o objetivo de reparar os efeitos concretos do dano e não a lesão em si. Nesse sentido:

(...) chegando-se no segundo plano de investigação sucessiva, quando da quantificação, o objeto da indenização não está na lesão em si, mas no dano (= efeito) que ela produziu. O que se repara é o efeito no ofendido: as perdas e danos (aspecto material); e o sofrimento, a dor sentida (aspecto

4 OLIVA, Milena Donato. “Dano Moral e Inadimplemento Contratual nas Relações de Consumo”. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 93, p.13, maio de 2014.

moral), e não a lesão abstratamente considerada.⁵

Superada a celeuma acerca da possibilidade de quantificação, levantaram-se questionamentos sobre como isso deveria ser realizado, de que forma seria possível arbitrar um valor para o dano moral que fosse condizente com a lesão sofrida, sem que representasse enriquecimento sem causa. Os princípios constitucionais e a ideia de razoabilidade se consubstanciaram (e ainda o fazem) nos principais fundamentos orientadores, cabendo, por óbvio, ao juiz, diante do caso concreto, fazer as considerações acerca do valor adequado, de forma equitativa e razoável.⁶

Havia, ainda, outra questão a ser discutida: a possível cumulação entre danos morais e danos materiais. A jurisprudência inicial sobre o tema, mesmo que a doutrina divergisse, não entendia ser possível cumular, em uma mesma ação, ambos os pedidos, compreendendo que apenas uma reparação era suficiente para o caso concreto. Assim, uma vez que a vítima fosse indenizada pelos danos morais, não poderia pleitear reparação patrimonial, e vice-versa, fazendo, portanto, o jurisdicionado jus a somente um deles.

Posteriormente, quando foi realizada uma melhor separação doutrinária sobre os referidos danos – compreendendo as lesões e seus reflexos patrimoniais, como acima já exposto –, começou a se aceitar a cumulatividade entre o dano moral e o patrimonial, o que resta pacífico atualmente.

Uma outra discussão acerca do tema envolveu a pessoa jurídica e sua aptidão para sofrer dano moral. Houve, de início, grande resistência a essa ideia junto aos operadores do direito. Em primeiro lugar, porque o conceito subjetivo de dano moral retromencionado não se adequava à pessoa jurídica, visto que consistia em ficção jurídica incapaz de sentir sofrimento ou qualquer espécie de abalo psicológico. Em segundo lugar, porque mesmo a ocorrência de lesão a direito da personalidade de uma pessoa jurídica – aqueles, é claro, compatíveis a sua natureza, na forma do artigo 52 do Código Civil – significa, em grande parte, direta ou indiretamente, uma lesão de cunho patrimonial (uma lesão ao nome de uma pessoa jurídica, por exemplo, pode significar perda de clientela e de oportunidades de negócios jurídicos, o que, em última análise, repercute nos lucros da empresa, portanto, patrimônio).

A simples ideia objetiva acerca do dano moral, porém, infirma a primeira razão para sua desconsideração no que se refere à pessoa jurídica. Como titular de direitos da personalidade, pode a pessoa jurídica sofrer dano moral. Além disso, a distinção feita entre honra objetiva e honra

5 MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. “Da inexecução das Obrigações e suas consequências”. *apud*. CIANI, Mirna. **O valor da reparação moral**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

6 Sobre o arbitramento dos danos morais, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR discorre: “Da mesma maneira, não se pode arbitrar a indenização, sem um juízo ético de valoração da gravidade do dano, a ser feito dentro do quadro circunstancial do fato e, principalmente, das condições da vítima. O valor da reparação terá de ser ‘equilibrado’, por meio da prudência do juiz. Não se deve arbitrar uma indenização pífia nem exorbitante, diante da expressão ética do interesse em jogo, nem tampouco se pode ignorar a situação econômico social de quem vai receber a reparação, pois jamais se deverá transformar a sanção civil em fonte pura e simples de enriquecimento sem causa”. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**, 7ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 56.

subjetiva na doutrina e na jurisprudência representou uma confirmação desse raciocínio.⁷

Outrossim, ainda que reflexos patrimoniais advenham do dano moral, é possível dissociar a lesão moral da lesão especificamente patrimonial, razão pela qual, independentemente dos efeitos da lesão, o dano moral à pessoa jurídica pode ser configurado. Foi, inclusive, o que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu no Enunciado 227 de sua Súmula: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

A questão dos reflexos patrimoniais permanece, porém, não como essência do dano moral da pessoa jurídica, mas como característica qualificadora do mesmo, sendo certo que estes não estão presentes em todas as situações, pois, caso contrário, pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa não seriam aptas a sofrer tal tipo de lesão. Assim,

(...) a imagem da pessoa jurídica de direito público, tal qual, de resto, a das pessoas filantrópicas (*rectius*: que não exerçam atividade lucrativa), não será, por sua natureza, atingida pelo desprezo do consumidor da marca, que retratará *in concreto* a realidade da ofensa moral, mas sim pela violação de princípios básicos que tornem insustentável sua imagem perante a população, aqui entendida como aquela ocasionada por ato de terceiro, capaz de gerar esse descrédito.⁸

Hoje em dia, o debate acerca do dano moral suplantou as divergências relacionadas ao seu conceito, atingindo também seu alcance. Discute-se a existência de dano moral coletivo – consistente em lesão a valores compartilhados pelas pessoas em sociedade e não individualmente consideradas⁹ – e, o foco do presente trabalho, a configuração do dano moral nas relações contratuais; além, é claro, das constantes e sempre presentes discussões acerca da valoração dos danos morais em determinados casos concretos, e da aplicação do instituto de dano moral de cunho punitivo oriundo do direito norte-americano, bem como outros pontos polêmicos envolvendo o tema, que, porém, não fazem parte do escopo do presente estudo.

Passa-se, portanto, à análise da aplicação prática do conceito e alcance do dano moral nas relações contratuais pelos tribunais pátrios.

7 Nesse sentido: “Não há mesmo como divorciar a realidade material do aspecto ideal, quando se restringe o tema à honra objetiva. Se a pessoa jurídica tem sua imagem afetada, significa que o público daquela marca passará a enxergá-la com sérias restrições, o que automaticamente será revertido em desfavor do consumo e, a toda evidência, reside unicamente nesse aspecto a consequência direta do dano experimentado. STRENGER considera que a pessoa jurídica pode gozar de outros bens não patrimoniais, como, por exemplo, uma campanha difamatória, uma violação de segredo comercial, uma medida injusta que afete sua reputação, vislumbrando a possibilidade de dano moral diferente da tor”. *In*: CIANI, Mirna. **O valor da reparação moral**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23.

8 CIANI, Mirna. *Op. cit.*, pp. 26-27.

9 Sobre o tema, confira a obra: ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. “Responsabilidade contratual: inaplicabilidade do efeito pedagógico punitivo do dano moral”. **Soluções Práticas – Arruda Alvim**, v. 2, ago. 2011, p. 1037.

3. ANÁLISE DA APLICAÇÃO PRÁTICA DO ALCANCE DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS POR PARTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

“Conforme se conseguiu separar o dano dos seus efeitos, passou-se a admitir sua indenização por meio de valor em dinheiro a ser fixado na sentença e/ou acórdão (...).”

As relações contratuais, hodiernamente, são complexas, interconectadas e dotadas de diversas características que os legisladores não puderam antever, tanto no que se refere às relações estritamente civis, como aquelas enquadradas no Código de Defesa do Consumidor (a teor das definições estabelecidas nos artigos 2º e 3º do referido diploma), mas algo essencial não foi alterado: o risco. Em que pese os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da proteção ao consumidor na qualidade de hipossuficiente existirem para garantir o melhor resultado nessas interações, as relações contratuais trazem consigo um risco inerente a qualquer negócio jurídico.

Afinal, uma obrigação firmada com outra pessoa sujeita o indivíduo a uma série de novos fatos e, a partir disso, alguns percalços, aborrecimentos e contratemplos surgem. Nem todos esses problemas podem ser tidos como inesperados, absurdos ou mesmo injustos; alguns deles são simplesmente parte da transação, parcela integrante e inevitável da vida em sociedade. É papel do operador do direito – mais precisamente, dos magistrados em geral – compreender quando efetivamente um dano foi configurado e, assim, atestar que se faz necessária a indenização. Nesse sentido, expõe HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

A vida em sociedade obriga o indivíduo a inevitáveis aborrecimentos e contratemplos, como ônus ou consequências naturais da própria convivência e do modo de vida estabelecido pela comunidade. O dano moral indenizável, por isso mesmo, não pode derivar do simples sentimento individual de insatisfação ou indisposição diante de pequenas decepções e frustrações do cotidiano social.¹⁰

Para se desincumbir dessa função, os intérpretes do Direito precisam aplicar ao caso concreto o conceito de dano moral e é nesse momento que as diferenças entre os conceitos acima explicitados se revelam, gerando, muitas vezes, entendimentos divergentes entre diferentes Juízos, Câmaras dos Tribunais Estaduais e Turmas dos Tribunais Superiores.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o simples descumprimento contratual, por si só, não é capaz de gerar dano moral. Por vezes, sustenta que é necessária a existência de uma consequência fática capaz de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade, associando-o à alteração anímica do indivíduo e aproximando-se do conceito subjetivo de dano moral. Em outras oportunidades, porém, exige lesão a direito da personalidade, como, por exemplo, à integridade psíquica, afinando-se com o conceito objetivo do dano moral.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, *Op. cit.*, p. 134.

Entende, ainda, que “a rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva – violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual – confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais”. (REsp nº 1.255.315/SP, Relª. Minª. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 27/09/11). Nesse ponto, leva em conta o comportamento do contratante inadimplente que age de forma censurável e maliciosa na configuração do dano moral.

Confira-se:

CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. ABORRECIMENTO E DISSABOR. EXAME DAS PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA. 1. O simples descumprimento contratual, por si, não é capaz de gerar danos morais, sendo necessária a existência de uma consequência fática capaz de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade. 2. A Corte local, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, concluiu que o atraso na entrega do imóvel, de aproximadamente 9 (nove) meses, por si, frustrou a expectativa do casal de ter um lar, causando, conseqüentemente, transtornos por não ter domicílio próprio. Com efeito, o Tribunal de origem apenas superestimou o desconforto, o aborrecimento e a frustração da autora, sem apontar, concretamente, situação excepcional específica, desvinculada dos normais aborrecimentos do contratante que não recebe o imóvel no prazo contratual. 3. A orientação adotada na decisão agravada não esbarra no óbice contido no enunciado nº 7 da Súmula do STJ, tendo em vista que foram consideradas, apenas, as premissas fáticas descritas no acórdão recorrido. 4. Agravo regimental desprovido”. (AgRg no REsp nº 1408540 / MA; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0329836-0; Relator(a) Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA; QUARTA TURMA; DJe 19/02/2015)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCREDECIMENTO DE CLÍNICA MÉDICA. COMUNICAÇÃO PRÉVIA AO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA. VIOLAÇÃO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. PREJUÍZO AO USUÁRIO. SUSPENSÃO REPENTINA DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. SITUAÇÃO TRAUMÁTICA E AFLITIVA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 1. Ação ordinária que busca a condenação da operadora de plano de saúde por danos morais, visto que deixou de comunicar previamente à consumidora acerca do descredenciamento da clínica médica de oncologia onde recebia tratamento, o que ocasionou a suspensão repentina da quimioterapia. 2. Apesar de os planos e seguros privados de assistência à saúde serem regidos pela Lei nº 9.656/1998, as operadoras da área que prestam serviços remunerados à população enquadram-se no conceito de fornece-

dor, existindo, pois, relação de consumo, devendo ser aplicadas também, nesses tipos contratuais, as regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ambos instrumentos normativos incidem conjuntamente, sobretudo porque esses contratos, de longa duração, lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida. São essenciais, portanto, tanto na formação quanto na execução da avença, a boa-fé entre as partes e o cumprimento dos deveres de informação, de cooperação e de lealdade (arts. 6º, III, e 46 do CDC). 3. O legislador, atento às inter-relações que existem entre as fontes do direito, incluiu, dentre os dispositivos da Lei de Planos de Saúde, norma específica sobre o dever da operadora de informar ao consumidor quanto ao descredenciamento de entidades hospitalares (art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/1998). 4. É facultada à operadora de plano de saúde substituir qualquer entidade hospitalar cujos serviços e produtos foram contratados, referenciados ou credenciados, desde que o faça por outro equivalente e comunique, com trinta dias de antecedência, aos consumidores e à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). 5. O termo “entidade hospitalar” inscrito no art. 17, § 1º, da Lei nº 9.656/1998, à luz dos princípios consumeristas, deve ser entendido como gênero, a englobar também clínicas médicas, laboratórios, médicos e demais serviços conveniados. De fato, o usuário de plano de saúde tem o direito de ser informado acerca da modificação da rede conveniada (rol de credenciados), pois somente com a transparência poderá buscar o atendimento e o tratamento que melhor lhe satisfaz, segundo as possibilidades oferecidas. 6. O descumprimento do dever de informação (descredenciamento da clínica médica de oncologia sem prévia comunicação) somado à situação traumática e aflitiva suportada pelo consumidor (interrupção repentina do tratamento quimioterápico com reflexos no estado de saúde), capaz de comprometer a sua integridade psíquica, ultrapassa o mero dissabor, sendo evidente o dano moral, que deverá ser compensado pela operadora de plano de saúde. 7. Recurso especial não provido”. (REsp nº 1349385 / PR; RECURSO ESPECIAL 2012/0216926-0; Relator(a) Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; TERCEIRA TURMA; DJe 02/02/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO RENOVADO ININTERRUPTAMENTE POR VÁRIOS ANOS. RESCISÃO UNILATERAL. DESCABIMENTO. RESSALVA DA POSSIBILIDADE DE SUA MODIFICAÇÃO PELA SEGURADORA, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE EXTENSO CRONOGRAMA, NO QUAL OS AUMENTOS SEJAM APRESENTADOS DE MANEIRA SUAVE E ESCALONADA. DANOS MORAIS. CABIMENTO. 1. Consoante a jurisprudência da Segunda Seção, em contratos de seguro de vida, cujo vínculo vem se renovando ao longo de anos, não pode a seguradora modificar subitamente as condições da avença nem deixar de renová-la em razão do fator de idade, sem ofender os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que

devem orientar a interpretação dos contratos que regulam as relações de consumo. 2. Admitem-se aumentos suaves e graduais necessários para reequilíbrio da carteira, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. (REsp nº 1.073.595/MG, Rel^a. Min^a. NANCY ANDRIGHI, DJe 29/04/11). 3. No caso, em que a relação contratual foi mantida por mais de 30 anos, a não renovação do contrato de seguro de vida enseja reparação a título de danos morais, tendo em vista o entendimento desta Corte de que “a rescisão imotivada do contrato, em especial quando efetivada por meio de conduta desleal e abusiva – violadora dos princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da responsabilidade pós-contratual – confere à parte prejudicada o direito à indenização por danos materiais e morais”. (REsp 1.255.315/SP, Rel^a. Min^a. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 27/09/11). 4. Agravo Regimental improvido. (AgRg nº REsp nº 1444292 / SP; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2014/0065786-0; Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI; TERCEIRA TURMA; DJe 04/09/2014)

Em outros casos, quando se trata de interrupção indevida de serviço essencial, o Superior Tribunal de Justiça entende cabível a indenização por dano moral, sustentando que nessa hipótese o dano é *in re ipsa*, ou seja, deriva do próprio fato ofensivo.¹¹ Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ANÁLISE DE RESOLUÇÃO. REGRAMENTO QUE NÃO SE SUBSUME AO CONCEITO DE LEI FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA

11 Sobre o dano moral *in re ipsa*: “Em razão da natureza imaterial do dano moral e da sua constante associação ao sofrimento da vítima, o recurso ao expediente *in re ipsa* tem parecido necessário em numerosas situações. Colhe-se dos aludidos precedentes que, diante de certos acontecimentos, não seria razoável exigir a prova do dano moral, vez que dos fatos seria inequívoco o dissabor experimentado pela vítima. Como se percebe, o mecanismo *in re ipsa* tem por escopo facilitar a reparação por danos morais, pois objetiva afastar discussões que, na prática, poderiam deixar a vítima sem ressarcimento. Com efeito, não é desprezível o peso ainda atribuído pelos tribunais aos sentimentos do ofendido para a caracterização do dano moral, de maneira que, sem o recurso ao *in re ipsa*, dificilmente seria possível a reparação em determinadas hipóteses, como no caso do direito de imagem de pessoas famosas, especialmente quando em algum momento já se expuseram voluntariamente”. In: OLIVA, Milena Donato. “Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo”. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 93, mai. 2014, p. 13.

E, ainda: “Essa ideia, de que o dano moral em geral não depende de comprovação, decorre a nosso ver do recorrente erro de perspectiva de identificar o dano moral com aquelas reações de dor, constrangimento, tristeza, vergonha. Partindo de tal premissa, a solução encontrada não poderia ser outra que não a da inexigibilidade da prova do dano, porque totalmente subjetivo, existente no íntimo do indivíduo e, conseqüentemente, não perceptível pelos sentidos. O dano, assim considerado, teria de ser presumido a partir de algum fato objetivo. Por esse prisma, em verdade, com base em uma presunção (absoluta, no comum dos casos), acaba-se por indenizar alguém por um dano moral (identificado sempre com ‘dor’) que poderia nem mesmo existir.

Todavia, substituída a proposição inicial, para considerar o dano moral não como alguma daquelas reações íntimas do ser humano, mas como a lesão a um direito personalíssimo, desnecessário é o recurso a presunções acerca da existência do dano: uma vez violado direito da personalidade, caracterizado estará o dano moral, independentemente de qualquer reação interna ou psicológica do titular do direito”. ANDRADE, André Gustavo C. de. “A evolução do conceito de dano moral”. *Revista da EMERJ*, v. 6, nº 24, 2003.

DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. COBRANÇA INDEVIDA. DANO MORAL *IN RE IPSA*. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. 1. Não é possível, em recurso especial, a análise de resolução de agência reguladora, visto que o referido ato normativo não se enquadra no conceito de “tratado ou lei federal” de que cuida o art. 105, III, “a”, da CF. 2. Não se vislumbra a alegada violação ao disposto no art. 535 do CPC, porquanto o Tribunal de origem dirimiu, de forma clara e fundamentada, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia. 3. O Tribunal *a quo*, amparado no acervo fático-probatório dos autos, asseverou que a interrupção no fornecimento de energia elétrica se deu por culpa da concessionária, o que não pode ser revisado na estreita via do recurso especial, em observância à Súmula nº 7/STJ. 4. No tocante à comprovação dos danos, a jurisprudência desta Corte tem asseverado que o dano moral decorrente de falha na prestação de serviço público essencial prescinde de prova, configurando-se *in re ipsa*, visto que é presumido e decorre da própria ilicitude do fato. 5. Conforme a jurisprudência do STJ, o termo inicial da fluência dos juros de mora, em casos de responsabilidade contratual, é a data da citação. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 518470 / RS; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0118322-0; Relator(a) Ministro SÉRGIO KUKINA; PRIMEIRA TURMA; DJe 20/08/2014)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRREGULARIDADE NO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E EM SUA COBRANÇA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA. ALEGADA OFENSA AO ART. 333, I, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO, DE REEXAME DE PROVAS, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA Nº 7/STJ. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Não há omissão no acórdão recorrido, quando o Tribunal de origem pronuncia-se, de forma clara e precisa, sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Precedentes do STJ. II. A verificação quanto à adequada comprovação do fato constitutivo do direito da parte autora (art. 333, I, do CPC) demanda a incursão no conteúdo fático-probatório dos autos, o que implica reexame de provas, inviável, em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula nº 7/STJ. III. Segundo consignado no acórdão recorrido, à luz das provas dos autos, a agravante não logrou êxito em comprovar a regularidade na prestação do serviço na residência da parte agravada e na sua cobrança, e que os danos morais restaram devidamente caracterizados, porquanto “a

interrupção dos serviços de fornecimento de água, diga-se, serviço essencial, se deu de forma indevida, motivo pelo qual configurado está o dano moral”. Assim, para infirmar as conclusões do julgado e afastar a responsabilidade da concessionária, seria necessário, inequivocamente, incursão na seara

fático-probatória, inviável, na via eleita, a teor do enunciado sumular 7/STJ. Precedentes do STJ. IV. No que se refere ao valor da indenização, fixada a título de danos morais, o Tribunal *a quo*, em face das peculiaridades fáticas do caso, arbitrou o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), para cada autor, *quantum* que merece ser mantido, por consentâneo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ante o quadro fático delineado no acórdão de 2º Grau. Conclusão em contrário também encontra óbice na Súmula nº 7/STJ. Precedentes do STJ. V. Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 288072 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0018571-0; Relator(a) Ministra ASSU-SETE MAGALHÃES; SEGUNDA TURMA; DJe 28/11/2014)

“O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entretanto, diante da qualidade precária da prestação de serviços em nosso país e das diversas demandas que lhe são trazidas envolvendo esse tema, [...] vem ampliando esse conceito.”

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também possui jurisprudência sedimentada no sentido de que o mero descumprimento contratual não dá ensejo à indenização por dano moral, salvo se restar configurada, no caso concreto, situação que repercute na esfera da dignidade do demandante. Nesse sentido é o Enunciado nº 75 de sua Súmula: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.

O Enunciado da Súmula aproxima-se do conceito objetivo de dano moral, exigindo lesão a direito da personalidade. Ocorre que, por se tratar de conceito indeterminado, a hipótese excepcional prevista no enunciado, ensejadora da indenização por dano moral, admite interpretações ampliadas e muitas vezes divergentes, acerca do que configura ou não lesão à dignidade a justificar o cabimento da referida indenização.

A Corte Estadual já havia sumulado algumas hipóteses de incidência de dano moral em razão de descumprimento do contrato, como, por exemplo, quando há interrupção indevida de serviço essencial, na esteira do entendimento acima citado do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 192: “A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral”.

Do mesmo modo, é entendimento pacificado que a recusa indevida por parte do plano de saúde à cobertura de procedimento médico prescrito ao paciente configura dano moral, o que é ilustrado

no enunciado n.º 209: “Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive *home care*, por parte do seguro saúde somente obtidos mediante decisão judicial”.

Em tais situações graves, nas quais, sem dúvida, há violação a direitos da personalidade do consumidor, se justifica a indenização por dano moral, amoldando-se tais hipóteses à exceção prevista no enunciado n.º 75, diante de circunstância fática que atinge a dignidade da pessoa humana.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entretanto, diante da qualidade precária da prestação de serviços em nosso país e das diversas demandas que lhe são trazidas envolvendo esse tema, nas quais fica evidenciada a desídia dos prestadores/fornecedores de serviço, vem ampliando esse conceito.

Com efeito, a Corte Estadual, por meio de suas Câmaras Especializadas em Direito do Consumidor, vem reconhecendo o cabimento da indenização por dano moral em situações de descumprimento contratual, por entender que a prestação precária do serviço consome grande parte do tempo útil do consumidor na resolução de problema criado pelo prestador do serviço, que, apesar de provocado administrativamente, se mantém inerte e desidioso. Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COBRANÇAS INDEVIDAS E EM DUPLICIDADE POR SERVIÇO DE PROVEDOR DE INTERNET, ATRAVÉS DE DÉBITO EM CONTA E DE CARTÃO DE CRÉDITO. PERDA DE TEMPO ÚTIL DA CONSUMIDORA QUE NÃO LOGROU RESOLVER O PROBLEMA ADMINISTRATIVAMENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE DAS COBRANÇAS. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES AUTORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. APLICAÇÃO DO ART. 14 DO CDC. RISCO DO EMPREENDIMENTO. RÉ QUE NÃO FOI CAPAZ DE REPELIR A PRETENSÃO AUTORAL, NA FORMA DO ART. 333, II, DO CPC. REPETIÇÃO DO INDÉBITO QUE SE IMPÕE, EM DOBRO, NA FORMA DO ART. 42, § ÚNICO, DO CPC. DANO MORAL CONFIGURADO E ADEQUADAMENTE FIXADO. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, *CAPUT* DO CPC. (0054176-43.2013.8.19.0203- APELAÇÃO - 1ª Ementa - DES. SANDRA CARDINALI - Julgamento: 05/03/2015 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR)

Apelação Cível. Relação de Consumo. Ação de Repetição de Indébito c/c Indenizatória. Concessionária de serviço público. Fornecimento de água. Cobrança realizada de forma equivocada, considerando-se duas unidades, quando, na verdade, só havia uma. Laudo pericial conclusivo. Parte ré que não se desincumbiu de seu ônus probatório. Conduta abusiva. Falha na prestação do serviço. Consumidor que, por diversas vezes, tentou solução na via administrativa. Revisão do débito impugnado que se impõe, com base no valor real do consumo. Devolução na forma dobrada, ante a au-

sência de engano justificável, nos termos do parágrafo único do art. 42 do CDC. Dano moral configurado. Perda de tempo útil para tentar, em vão, resolução do problema. Consumidor que se viu obrigado a pagar valores indevidos sob pena de ser privado de serviço essencial. Redução do *quantum* que se impõe, eis que não chegou a haver interrupção do serviço. Valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) que melhor se ajusta aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Retificação do termo *a quo* dos juros de mora e da correção monetária sobre a verba que se faz de ofício. Precedentes citados: 0010372-93.2006.8.19.0001 APELAÇÃO - DES. PETERSON BARROSO SIMÃO Julgamento: 19/03/2014 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR; 0387265-76.2011.8.19.0001 APELAÇÃO DES. FLAVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO”. (0173309-31.2012.8.19.0004- APELAÇÃO - 1ª Ementa - DES. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 28/01/2015 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR)

APELAÇÃO. CONSUMIDOR. CARTÃO DE CRÉDITO. PAGAMENTO REALIZADO E NÃO COMPUTADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. COBRANÇA INDEVIDA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. OCORRÊNCIA. Sentença de improcedência. Prova constante dos autos que permite concluir pela realização do pagamento da fatura em questão através do serviço de atendimento pessoal bancário, o qual não fora, entretanto, computado. Ré que não se desincumbiu de seu ônus, a teor do artigo 333, inciso II, do CPC. Eventual erro junto ao sistema do agente receptor do pagamento, que não tem o condão de afastar o dever de indenizar. Súmula nº 479 do STJ e nº 94 do TJRJ. Devolução em dobro da quantia desembolsada pela autora. Artigo 42, parágrafo único, do CDC. Danos morais pela desídia da ré e pela perda do tempo útil da autora na tentativa de solução administrativa, além de ter de desembolsar valores a fim de evitar a negativação de seu nome. Artigo 557, §1º-A, do CPC. PROVIMENTO DO RECURSO DO AUTOR. (0312019-06.2013.8.19.0001- APELAÇÃO - 1ª Ementa - DES. MARIA LUIZA CARVALHO - Julgamento: 20/01/2015 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR)

APELAÇÃO CÍVEL. Direito do Consumidor. Ação de Responsabilidade Civil. Ausência de Entrega de Mercadoria. Sentença de Procedência Parcial para condenar a ré a pagar a quantia de R\$ 225,00 (duzentos e vinte e cinco reais) corrigidos a partir da data do envio do cartucho extraviado. Recurso do Autor quanto ao dano moral. Demora e entrega de produto errado, que não é razoável. Verifica-se a ocorrência de Dano Moral, uma vez que extrapola o mero descumprimento contratual. Falsa expectativa criada no consumidor e sua família, atingindo a própria dignidade do Autor. É importante frisar que a Responsabilidade Civil também é dotada de vertente Pedagógica, exigindo-se que os fornecedores adotem cautelas necessárias

no cumprimento de suas Obrigações. *In Casu*. Montante Fixado em R\$ 2.000,00 em consonância com os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Provimento Parcial do Recurso Para Condenar a ré no pagamento de Indenização por Danos Morais no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com juros a contar da citação e Correção Monetária a contar da publicação do Julgado e nas custas Processuais e Honorários Advocatícios Fixados em 10% Sobre o valor da condenação, Mantendo-se Sentença em seus demais termos. (0072334-15.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO - DES. ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR)

Os casos são os mais variados e, considerando o rumo da atual jurisprudência, qualquer descumprimento contratual pode dar ensejo à indenização por dano moral, a depender da suscetibilidade da vítima.

Na tentativa de se estabelecer um critério que auxilie o intérprete na verificação da ocorrência do dano moral em hipóteses tais, o ilustre Desembargador ANDRÉ GUSTAVO CORREA DE ANDRADE defende que

É indubitoso que o sistema afetivo do homem, porque componente de sua personalidade, é merecedor de proteção jurídica. As lesões injustas aos sentimentos de outrem são por si só indenizáveis, independentemente de qualquer outra repercussão que o ato lesivo possa ter provocado, seja na esfera pessoal, seja na esfera patrimonial da vítima.

Como distinguir, no entanto, nessas situações de perturbação do espírito, o dano moral do “mero” aborrecimento que todo descumprimento de obrigação contratual potencialmente pode causar? A resposta a uma tal indagação encontra-se não na reação da vítima – afinal, essa pode ser mais ou menos sensível à violação de um direito, como observado por Antunes Varela –, mas no comportamento do contratante inadimplente, que, muitas vezes, age de forma particularmente censurável e ultrajante, demonstrando verdadeiro descaso para com o direito alheio. Com efeito, o aborrecimento, a contrariedade e outros sentimentos negativos ordinariamente gerados pelo descumprimento de uma obrigação pactuada são, em muitos casos, agravados pela conduta maliciosa ou desdenhosa do contratante.¹²

Ocorre que esse pensamento, se aplicado de forma pura e simples, privilegia, na verdade, a corrente subjetiva, ao deslocar o subjetivismo da pessoa da suposta vítima para o fornecedor, reconhecendo o dano moral de acordo com as peculiaridades do comportamento deste último. Ao assim proceder, reforça a zona cinzenta da qual se aproveita o demandismo, defendendo que o comportamento do fornecedor contrário às regras protetivas, por ser reprovável, justifica uma

12 ANDRADE, André Gustavo C. de. “Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual”. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 53, p. 54, 2005.

compensação extrapatrimonial.

Além disso, a fundamentação do pensamento do ilustre desembargador se baseia na premissa de que o sistema afetivo do homem, porque componente de sua personalidade, é merecedor de proteção jurídica.

É da natureza do sistema afetivo do homem, porém, sua instabilidade, e é inadmissível que a função jurisdicional se substitua a práticas terapêuticas como remédio para o bem-estar emocional de cada cidadão. Ademais, como bem ressalta o defensor da referida tese, cada pessoa reage de forma mais ou menos sensível às intempéries enfrentadas na vida em sociedade, inclusive no que concerne ao descumprimento contratual, o que mais uma vez reforça que a caracterização do dano moral deve estar irremediavelmente ligada à lesão de um direito personalíssimo, o que somente pode ocorrer, em tais hipóteses, quando os bens ou produtos envolvidos no conflito guardem estreita relação com a dignidade da pessoa.

Exemplifica-se: se o consumidor adquire uma panela ou uma estante para sua casa e o fornecedor não realiza a entrega do produto no prazo acordado ou o produto apresenta defeito logo após a aquisição, não há como se reconhecer dano moral, ainda que o comportamento do fornecedor seja reprovável na solução do problema, pois não há como se sustentar que houve violação a direito da personalidade.

Se, por outro lado, o consumidor adquire uma geladeira, fogão (bens necessários à moradia e sobrevivência dignas) ou o único aparelho de televisão da residência (objeto necessário ao lazer mínimo da família), que não é entregue em prazo razoável ou apresenta defeito logo após, ou contrata serviços relacionados a direito fundamental (como saúde, lazer básico e trabalho, por exemplo) que se apresentam defeituosos estará configurado o dano moral, pois se trata de produtos e serviços qualificados, porquanto relacionados à dignidade da pessoa.

Isso é o que sustenta o Enunciado nº 75 da Súmula deste Egrégio Tribunal: somente há dano moral quando do descumprimento contratual advém circunstância que atente contra a dignidade da parte. Nesse sentido, quando houver pedido de indenização por dano moral devem os julgadores proceder a uma análise criteriosa de cada caso concreto para verificar se houve efetiva lesão a direito personalíssimo, podendo, é claro, considerar o comportamento particularmente censurável do fornecedor na valoração do dano, quando for reconhecida a ocorrência deste.

Não deve o julgador, dessa forma, se afastar do Enunciado da Súmula objeto do presente estudo e reconhecer a ocorrência de dano moral quando não puder identificar o direito personalíssimo violado, sob pena de, por um lado, tratar situações iguais de forma desigual, ao talante do julgador, gerando violação ao princípio da isonomia, insegurança jurídica e desprestígio ao Poder Judiciário, e, por outro lado, banalizar o instituto e incentivar o demandismo e práticas oportunistas.

Afinal, o contratante não pode preferir a indenização por dano moral ao cumprimento da obrigação principal, como, infelizmente, muitas vezes ocorre.

4. CONCLUSÃO

De um lado, é cediço que a qualidade da prestação do serviço deixa muito a desejar, causando transtornos e aborrecimentos aos consumidores. De outra parte, porém, deve-se fazer uma reflexão acerca do cabimento da indenização por dano moral em casos tais, levando-se em conta seu conceito e função; considerando o papel das agências reguladoras na fiscalização da qualidade desses serviços, papel esse que vem sendo transferido ao Poder Judiciário; e também considerando o viés do demandismo, na medida em que entendimentos amplos e desvinculados da lesão ao direito da personalidade podem incentivar o exercício abusivo de demandas e a busca pelo Poder Judiciário como forma primeira de resolução de conflitos, sem que sequer seja tentada a solução administrativa.

Por outro lado, deve se ter em mente que, para que seja aplicado o viés pedagógico punitivo do instituto, primeiro é preciso que se identifique a ocorrência do dano. Somente depois a reprovabilidade da conduta é considerada em sua valoração. Contrariando tais premissas, no entanto, a jurisprudência do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro vem se afastando das fontes que inspiraram o Enunciado n. 75 da Súmula de seu Egrégio Tribunal de Justiça, algumas vezes afirmando que o dano está configurado mesmo quando não há lesão a direito personalíssimo, com o propósito de punir a conduta desidiosa de um prestador de serviço. Ao fazê-lo, porém, acaba por inverter a relação causa e efeito.

Para tentar equalizar a questão da forma mais pragmática possível, sem olvidar da aplicação da solução justa a cada situação prática, deve-se retornar à diretriz do referido Enunciado, que segue a jurisprudência pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça e privilegia o conceito objetivo de dano moral, com a análise de cada caso concreto de forma mais criteriosa pelo julgador de primeira e segunda instância, de forma a garantir a proteção jurídica necessária à indenização do dano moral, mediante fundamentadas exceções à premissa do enunciado em questão, diante da situação fática delineada nos autos, somente quando houver efetiva lesão a direito personalíssimo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo C. de. “A evolução do conceito de dano moral”. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003.

ANDRADE, André Gustavo C. de. “Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual”. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 53, p. 54, 2005.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. “Responsabilidade contratual: inaplicabilidade do efeito pedagógico punitivo do dano moral”. **Soluções Práticas – Arruda Alvim**, v. 2, ago. 2011, p. 1037.

BOLSON, Simone Hegele. “O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor”. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 46, abr. 2003, p. 265.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. “O conceito de dano no direito brasileiro e comparado”. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 2, jan./mar./2015, pp. 333-348.

CIANI, Mirna. **O valor da reparação moral**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 7, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONTES, João Roberto Egydio Piza. “Dano moral”. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 2, jul. 1998, p. 18.

OLIVA, Milena Donato. “Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo”. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 93, mai. 2014, p. 13.

SALOMÃO, Luís Felipe. “Alguns aspectos da reparação do dano moral no direito brasileiro”. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 1, out./dez./2014, pp. 135-149.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**, 7ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

POSSIBILIDADE DE ATO INFRALEGAL DO EXECUTIVO EXTINGUIR PENAS CRIMINAIS E QUESTÕES SOBRE O PODER REGULAMENTAR

BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA¹

Resumo: O presente artigo aborda a competência regulamentar do Poder Executivo, sobretudo quando o ato infralegal regula direta e frontalmente a Constituição Federal e outras peculiaridades referentes à matéria.

Palavras chaves: Indulto. Crises Legalidade. Ato Infralegal. Competência Regulamentar.

Abstract

This article focuses on the regulation of the regulatory power of the Executive, particularly when the infra lawful act regulates directly and head-on the Federal Constitution and other peculiarities, related to the matter.

Key words: Pardon. Legality Crisis. Infra legal Act. Regulatory Competence.

Sumário: 1 Introdução. 2. Competência para fiscalizar ato infralegal do Executivo regulador frontal do Texto Constitucional. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução

No enquadramento constitucional vigente, cabe ao Legislativo, por excelência, inovar na esfera jurídica, por lei em sentido estrito e, ao Legislativo Federal cabe legislar privativamente sobre direito penal, ressalvada excepcional hipótese, relativa aos Indultos Natalinos, cuja competência é do Executivo, mediante Decreto, por expressa dicção constitucional.

De fato, o legislador Constituinte permitiu ao Poder Executivo, sem interveniência prévia, ou *a posteriori*, de outros Poderes, perdoar as “dívidas” de outrem, desde que preencham alguns requisitos, por se tratar de uma competência política humanitária do seu Chefe. Aliás, na verdade, uma das poucas franquias do Texto Supremo para que o Chefe do Poder Executivo inove na ordem jurídica, sem ingerência do Poder Legislativo, sem prejuízo da competência fiscalizadora deste, caso o ato infralegal exorbite a competência constitucional outorgada, bem como do STF, em sede controle concentrado.

O exercício desta competência fiscalizadora pelo Congresso Nacional, tendo por parâmetro lei *stricto sensu* e ato infralegal do Poder Executivo, não permite o conhecimento da controvérsia, em sede de controle concentrado, pelo STF, pois a violação não fere diretamente preceito constitucional inviolável, portanto, de sindicância.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal solidificou-se no sentido de que crises de

¹ BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA. Defensor Público no Maranhão. Ex-advogado da Petrobrás. Ex-analista judiciário do TJDF. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp.

legalidade, consistentes na inobservância, por parte da autoridade pública, do seu dever jurídico de subordinação normativa à lei, são insuscetíveis de controle jurisdicional concentrado, uma vez que o objetivo do processo de fiscalização normativa abstrata vincula-se, apenas, à aferição de situações configuradoras de inconstitucionalidade direta, imediata e frontal à Constituição Federal. Veja-mos, julgado da Suprema Corte:²

“Competiria (...) ao STF acudir o próprio Poder Executivo, caso houvesse abuso da competência fiscalizadora do Poder Legislativo Federal, sendo o Judiciário o revisor universal de atos de quaisquer Poderes, inclusive, os seus próprios.”

Todavia, a competência jurisdicional do STF sobre esta matéria não é totalmente esvaziada, pois este pode se manifestar, em sede de controle difuso, para analisar aspectos formais do procedimento, ou eventual erro grotesco de enquadramento jurídico, quando da apreciação da exorbitância do Poder Regulamentar do Executivo pelo Congresso Nacional. Nesses casos, o provimento seria tão somente para expurgar o vício do procedimento, determinando a repetição do ato podendo, inclusive, ser determinada a apreciação do ato pelo Congresso, com observância de determinado preceito normativo, com liberdade, quanto ao mérito, sem prejuízo de nova análise da legalidade da decisão proferida pelo Poder Legislativo.

Se o Congresso Nacional se negasse a proceder novo julgamento, ou a anular o ato dito viciado, caberia ao STF, então, officiar novamente às Casas Legislativas, para que procedessem ao julgamento, em prazo razoável, sem imposição de quaisquer sanções pela inação, por se tratar de prerrogativa, a qual poderia ser exercida como bem entender o Congresso, óbvio, desde que pautada nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e legalidade. Nesse caso, não se poderia concluir que o ato infralegal analisado estaria inegavelmente contaminado com a nulidade decorrente de eventual aceite ou rejeição pelo Poder Legislativo, pois se a decisão do Congresso não se revestir de legalidade, por violar normas procedimentais, ou apresentar grave erro de enquadramento jurídico, por óbvio, não teria aptidão para produzir o fim a que se destina, qual seja, analisar a exorbitância do poder regulamentar do Executivo, pois seria como um ato inválido.

Portanto, o ato infralegal prevaleceria indene, em obséquio aos princípios da presunção de legalidade e constitucionalidade dos atos do Poder Público, sem prejuízo dos prejudicados buscarem os seus direitos em demandas individuais, perante o juiz de piso, observadas as regras legais de competência, podendo admitir-se que possam ser alçados ao STF, por via difusa, mediante o aviamento de recursos.

Todavia, se a decisão do Congresso Nacional é inválida, por violação do rito procedimental e por ferir frontalmente o princípio do devido processo legal, e se revestir de abstração e generalidade, é admissível o conhecimento pelo Poder Judiciário para afastá-la do mundo jurídico, impedindo que produza seus efeitos. Nesse caso, a decisão não atingira o ato analisado pelo Congresso Nacional. Apenas, afastaria a decisão deste que o invalidou, ou o legitimou. Teria a fina-

2 Brasil. ADI 1366 AgR / PR. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 12/09/1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28crise+de+legalidade%29&agina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n497ldt>. Acesso em: 2 junho de 2015.

lidade de tirar do mundo jurídico a decisão nula e inconstitucional e evitar que produza ou continue produzindo efeitos podendo, inclusive, regular os atos praticados, em sede da decisão das Casas Legislativas, bem como modular os efeitos.

Quanto à legitimidade para arguir os vícios do procedimento e eventual erro teratológico de direito, nos casos de crises de legalidade, é dos parlamentares do Congresso Nacional, ainda que individualmente considerados, valendo, aqui, a jurisprudência tranquila da Corte, aplicada ao rito legislativo. Poder-se-ia cogitar a possibilidade dos

legitimados para propositura da ADIN, desde que o ato a ser proferido pelo Congresso Nacional se revista dos requisitos necessários para ensejar o seu conhecimento, em sede de controle concentrado pelo STF. Nessa situação, os legitimados atuariam, em sede de controle difuso, em defesa da regularidade procedimental, isto é, da higidez procedimental, em obséquio aos princípios da legalidade e devido processo legal.

Competiria, de igual modo, ao STF acudir o próprio Poder Executivo, caso houvesse abuso da competência fiscalizadora do Poder Legislativo Federal, sendo o Judiciário o revisor universal de atos de quaisquer Poderes, inclusive, os seus próprios.

A própria CF/88 instituiu a jurisdição universal não estando o STF dependente de qualquer outro Poder para exercer a sua jurisdição, tampouco vinculado. Nada está excluído, *a priori*, da competência apreciativa do Poder Judiciário, princípio da inafastabilidade de jurisdição, que é, portanto, universal.

Todavia, essa intervenção não pode impedir novo Poder Constituinte, que seria todo poderoso, em que pese o princípio da vedação ao retrocesso, norma impeditiva de retroação de direitos, ou melhor, de involução normativa. Essa tem sido a grande discussão sobre o drama de onipotência do Poder Constituinte, que não é mais tão ilimitado, incondicionado e livre, quanto se pensava.

2. Competência para fiscalizar ato infralegal do Executivo regulador frontal do Texto Constitucional

Eis que introduzo nova questão. Se o parâmetro normativo direto e frontal for a Constituição Federal, não mais, uma lei, teria o Supremo competência para apreciar a exorbitância de ato infralegal do Poder Executivo, em sede de controle abstrato, juntamente com o Congresso Nacional. Haveria prevalência de competências?

Colaciono o art. 48, inciso V, da CF/88: “(...) V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; (...)”.

É possível, de logo, afastar a presente celeuma fazendo uma interpretação literal do Texto Normativo Maior, pela qual somente em situações em que a norma parâmetro seja a lei é que ca-

“Especificidade é que o STF se transmutaria em instância recursal, admitindo-se que esse recurso tenha livre fundamentação e a mesma finalidade que se buscaria com a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, no controle abstrato.”

beria a atuação do Congresso Nacional. Em se tratando de a norma parâmetro ser a Constituição, a atuação do Congresso Nacional estaria excluída, pois não se trata de delegação legislativa, mas da própria Constituição.

Todavia, a situação não é tão simples assim, pois delegação legislativa não pode ser entendida como simplesmente aquela decorrente da lei, ato inferior à Constituição. A interpretação literal cede à sistemática e teleológica, pelas quais é inviável a compreensão da terminologia delegação legislativa, com sendo, apenas, decorrente de lei subalterna à CF/88. Caso adote-se interpretação mais livre e desapagada da literalidade do texto, tratar-se-ia, de hipótese de aparente embate constitucional de Poderes, no exercício do *check and balances* do Poder Executivo. Nesta senda, prossigo.

O STF e Congresso Nacional são órgãos de cúpula, em suas respectivas áreas, na estrutura federativa, não havendo superposição ou critério de prevalência, *a priori*. Nesse caso, deve-se fazer uma interpretação conciliadora, tendo em vista o encaminhamento constitucional vigente, como forma de assegurar a sistemática jurídica prevista pela CF/88, mesmo em se tratando de competências concorrentes e idênticas, ao menos, *a priori*.

Nesse toar, é de se admitir a competência soberana da Corte Suprema de Justiça, por ser a guardiã do Texto Magno, tendo o monopólio da jurisdição constitucional.

O Congresso Nacional, a teor da atual conformidade normativa vigente, não detém esse monopólio. Isso não importa dizer que não pode exercer juízo de constitucionalidade, pois o faz, por meio de suas comissões legislativas, mas estes juízos são *a priori*, salvo hipóteses de medidas provisórias e leis delegadas.³ Passo, agora, à questão procedimental. Sendo o Poder Legislativo Federal o primeiro a conhecer da matéria, havendo posterior provocação no STF, caberá àquele extinguir o feito, por ser o STF aquele a que compete dizer a última palavra sobre a constitucionalidade.

No entanto, inexistindo provocação judicial, o julgamento do ato seguirá perante as Casas legislativas. Após o julgamento realizado perante o Congresso Nacional, caberia recurso ao STF. Digo recurso, sem prazo para interposição, pois eventual inconstitucionalidade nunca se sanaria, em que pese o princípio da segurança jurídica. O que atrairia a aplicação analógica do previsto, em relação à medida provisória, no caso de sua rejeição, isto é, a aprovação de resolução para reger os atos praticados, durante a produção de efeitos, no caso do controle da competência, entre a decisão do Poder Legislativo e a decisão do STF, que reformou o pronunciamento legislativo, sem prejuízo dos prejudicados buscarem eventuais direitos individuais. Sempre observando a diretriz estabelecida pela decisão vinculante e *erga omnes* do STF, que analisou a regularidade do poder regulamentar do Executivo, mediante recurso constitucional, por mim, assim chamado.

3 Peculiaridade interessante em relação às leis delegadas é que o juízo pode ser prévio, desde que previsto no ato possibilidade de análise pelo Congresso Nacional, ou *a posteriori*, nesse último caso, pode o Poder Legislativo elaborar lei revogando a lei delegada.

Especificidade é que o STF se transmudaria em instância recursal, admitindo-se que esse recurso tenha livre fundamentação e a mesma finalidade que se buscaria com a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, no controle abstrato.

Esse pensamento é arrojado, mas decorre de interpretação sistemática, com o fito de efetivar a competência de ambos os Poderes, que não pode ser esvaziada, como mandamento do livre exercício harmônico destes. Nesse caso, superlativar a competência do STF, em detrimento da competência normativa e fiscalizatória do Congresso Nacional consistiria em admitir que haveria superposição de Poderes, mesmo quando a Constituição conferiu-lhes harmonia.

Por fim, sendo o ato infralegal regulamentador de Tratado Internacional de direitos Humanos, equiparado à emenda constitucional, por força do procedimento legislativo de sua incorporação, o raciocínio acima exposto se aplica. Nesse caso, é um bloco de constitucionalidade fora do Texto Magno, com natureza jurídica equiparada às Emendas Constitucionais. Todavia, se se tratar de tratados de direito humano, que não tenham sido incorporados, segundo o rito dificultoso de aprovação de Emendas Constitucionais, passariam a ter natureza jurídica de ato supralegal, sendo típico caso de crises de legalidade.

Gize-se que o Poder Legiferante Federal poderá elaborar lei, no mesmo sentido do indulto guerreado perante o STF, uma vez que a decisão judicial não pode impedir o exercício das funções do Poder Legiferante. Nesse caso, o STF poderia, caso julgue inconstitucional o indulto, por arastamento, declarar, também, a inconstitucionalidade da lei, após o devido aditamento da petição inicial, ou, do recurso. No entanto, caso o Congresso crie uma lei que vise regulamentar a expedição de indultos, isto é, estabelecer os parâmetros deste. Nessa hipótese, o Poder Executivo poderia contestar essa lei, por violar a competência regulamentar que foi conferida pela CF/88. Caso esta lei seja julgada constitucional, então mudar-se-ia todo o panorama, pois seria situação de crises de legalidade, pois o parâmetro seria não mais a Constituição Federal, mas a “Lei dos Indultos”.

3. Conclusão

Inexistem superpoderes, ou seja, a nenhum Poder é dado o exercício de faculdades e poderes absolutos, os quais devem ser exercidos no quadrante constitucional e infraconstitucional, sob pena de se caracterizar abuso de poder, ou seu exercício arbitrário, sujeitos a serem revistos judicialmente. Agora, é de se indagar, a quem caberia o controle da atuação normativa do STF, dita exorbitante ou abusiva. De logo, afasto o CNJ, o qual não detém competência jurisdicional, insuscetível de atuação sobre a Corte Maior, ainda que seja na esfera administrativa. Todavia, essa temática é bastante palpitante e demandaria um artigo, ou quiçá, um livro específico, o que farei oportunamente. Mas, desde já, deixo indagação nas mentes de Vossas Excelências.

4. Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

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

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

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

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**, 7ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

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

_____. “O Sistema Constitucional Brasileiro e as recentes Inovações no Controle de Constitucionalidade”, *in*: **Revista de Direito Administrativo**. Nº 220. Rio de Janeiro: Renovar.

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

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

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

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

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

CESSÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE RECEBÍVEIS PERFORMADOS E A PERFORMAR

JORGE LOBO¹

- I -

Contrato de cessão fiduciária em garantia

- A -

Condições contratuais básicas

O contrato de cessão fiduciária em garantia de títulos de crédito e dos direitos creditórios deles decorrentes, denominados, no mercado de capitais, “recebíveis”, e, para os fins dos arts. 82 e 83 do Código Civil e 49, § 3º, da Lei nº 11.101, de 2005 (LRFE), “bens móveis”, assinado, por livre e espontânea vontade e mútuo consenso, pelo credor-fiduciário e o devedor-fiduciante, possui, invariavelmente, “cláusulas padrão”, que têm por escopo fixar as “condições básicas do negócio”,² através das quais acordam, em caráter irrevogável e irretroatável, por si e seus sucessores, que:

(a) em garantia do bom, fiel e cabal cumprimento de todas as obrigações assumidas no contrato, o devedor-fiduciante cede, fiduciariamente, ao credor-fiduciário, a propriedade e a posse direta e indireta dos recebíveis discriminados em documento anexo, os quais, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou gravames de qualquer natureza ou espécie, são entregues ao credor-fiduciário;

(b) o credor-fiduciário poderá, quando e se necessário, exercer, na qualidade de legítimo proprietário fiduciário dos recebíveis, os direitos especificados na Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, com as alterações da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, no Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, e na Lei nº 9.514, de 20 novembro de 1997;

(c) ao credor-fiduciário será lícito conservar e recuperar, por meios judiciais e extrajudiciais, a posse direta dos recebíveis contra qualquer detentor, inclusive o próprio devedor-fiduciante; promover a interpelação dos devedores para que não paguem, ao devedor-fiduciante, enquanto durar a cessão fiduciária, o valor dos recebíveis; propor ações e execuções judiciais e medidas extrajudiciais para assegurar o pagamento dos recebíveis; se qualquer deles não for pago, levá-los a protesto e promover a cobrança judicial contra o devedor-fiduciante e quaisquer coobrigados pelo pagamento; transigir e dispor, pelo preço que entender, dos recebíveis e de quaisquer direitos deles decorrentes, transferindo-os por endosso, cessão ou como lhe convenha através do uso de mandado com poderes especiais e irrevogáveis para assinar os documentos necessários à efetivação da

¹ Mestre em Direito da Empresa pela UFRJ e Doutor e Livre-docente em Direito Comercial pela UERJ.

² Usualmente designado “operação garantida”.

transferência; receber e dar quitação etc.

Em diversas outras cláusulas, as partes dispõem sobre:

(a) a vinculação dos recebíveis à conta do devedor-fiduciante;

(b) a responsabilidade do devedor-fiduciante pela existência e legitimidade dos direitos creditórios;

(c) a obrigação do devedor-fiduciante de entregar novas duplicatas e/ou direitos creditórios e/ou cheques e/ou notas promissórias no valor necessário para manter a garantia boa, firme e válida, sempre que tenham sido os recebíveis já entregues declarados de valor insuficiente para quitar total ou parcialmente a dívida garantida;

(d) a autorização, dada pelo devedor-fiduciante ao credor-fiduciário, para que utilize quaisquer importâncias que venha a ter em seu poder na amortização e/ou liquidação do saldo devedor da “operação garantida”, caso ocorra o inadimplemento de qualquer de suas cláusulas ou condições;

(e) o vencimento antecipado da “operação garantida” e imediata execução da garantia em caso de descumprimento de obrigação de dar, fazer ou não fazer e/ou pagar, no todo ou em parte, a dívida garantida, ou se tiver título apontado ou protestado, ou vier a ser citado para responder a ação ou execução de título judicial ou extrajudicial, ou se requerer recuperação judicial, ou se tiver declarada a sua autofalência ou for pedida a sua quebra etc.

- B -

Características e finalidades do contrato de cessão fiduciária em garantia

Da leitura, ainda que perfunctória, do instrumento público ou particular de contrato de cessão fiduciária em garantia, conclui-se que o devedor-fiduciante, ao assiná-lo, transmite, ao credor-fiduciário, em caráter limitado e resolúvel, o domínio e posse dos recebíveis, que são contabilizados e permanecem vinculados à “conta devedor-fiduciante” e podem ser utilizados na amortização e/ou liquidação do saldo devedor da “operação garantida”, caso ocorra o inadimplemento, no todo ou em parte, de qualquer de suas cláusulas ou condições.

As características da “operação garantida” e a forma de amortização e/ou liquidação da dívida evidenciam que as partes celebram um negócio fiduciário, na modalidade de cessão fiduciária de recebíveis em garantia de empréstimos e financiamentos bancários,³ com a finalidade de propiciar, ao devedor, recursos financeiros a menores taxas e com mais rapidez e, ao credor, a certeza e a segurança de que, na qualidade de proprietário fiduciário, poderá, a qualquer momento, celeremente, sem depender de excussão judicial da garantia, cobrar e receber o que lhe é devido.

³ Operações comerciais, especialmente que têm por objeto a transmissão de imóveis, são garantidas pelo instituto da alienação fiduciária em garantia de imóveis.

Registre-se, por fim, com ênfase, que o contrato de cessão fiduciária em garantia de recebíveis, celebrado pelas partes ao seu livre alvedrio, inspira-se nas ideias de probidade, lealdade, fidelidade e confiança recíproca e é presidido, quer em sua origem, quer durante a sua vigência, quer quando de sua execução, pelos princípios da livre iniciativa, da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, do consensualismo, da boa-fé subjetiva e objetiva, da força obrigatória das convenções, da intangibilidade e da função social do contrato.

- C -

As questões práticas

Apesar da clareza dessas cláusulas e condições contratuais, das idéias, que as inspiram, e dos princípios clássicos e modernos, que as informam, que se impõem ao professor, ao advogado e ao magistrado quando da interpretação da vontade contratual,⁴ lavra, na jurisprudência e na doutrina, acirrada controvérsia a respeito do regime jurídico aplicável ao instituto da cessão fiduciária de títulos de crédito (duplicatas, notas promissórias, cheques emitidos por terceiros e outros títulos) e de direitos creditórios (direitos de crédito presentes (créditos performados) e futuros (créditos a performar), em garantia de empréstimos e financiamentos bancários em face da LRFE.

Em termos práticos, discute-se:

(a) se, embora deferido o processamento do pedido de recuperação judicial formulado pelo devedor-fiduciante, o crédito de recebíveis “não se submete aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerá o direito de propriedade” (do credor-fiduciário), conforme dispõe o art. 49, § 3º, da Lei nº. 11.101, de 09/02/2005,⁵ podendo, em consequência, o credor-fiduciário aplicar as quantias que vier a receber – produto da cobrança e/ou pagamento de recebíveis performados ou a performar - na amortização e/ou liquidação do saldo devedor de empréstimos e financiamentos contraídos pelo devedor-fiduciante da “operação garantida”, ou,

(b) se “o deferimento do processamento da recuperação judicial” “suspende”, por “180 (cento e oitenta) dias”, o direito de o credor cobrar e/ou receber os “direitos creditórios”, consoante

4 CAIO MARIO, **Instituições de Direito Civil**, Forense, 11ª. ed., 2004, vol. III, pp. 53 e 55.

5 “Art. 49 – Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º - Tratando-se de credor titular de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecendo os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”.

estabelece o art. 6º, § 4º, da LRFE,⁶ e se, na forma do art. 49, § 5º, da LRFE,⁷ “o valor eventualmente recebido em pagamento das garantidas permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º, do art. 6º, desta Lei”.

- II -

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça e do STJ

- A -

Fundamentos da aplicação do art. 49, § 5º, da LRFE

Os acórdãos favoráveis à sujeição dos créditos decorrentes de cessão fiduciária em garantia de recebíveis ao regime legal da recuperação da empresa têm se baseado, em síntese, nos fundamentos seguintes:

(1º) as normas dos arts. 66-B, § 3º, da Lei nº 4.728, de 1965,⁸ e do 49, § 3º, da LRFE⁹ são

6 “Art. 6º - A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...)

§ 4º - Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o *caput* deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial”.

7 “Art. 49 – Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 5º - Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídos ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei”.

8 “Art. 66-B - O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

(...)

§ 3º - É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada”.

9 “Art. 49 – Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º - Tratando-se de credor titular de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham

excepcionais, por isso devem ser interpretadas restritivamente, sendo, por conseguinte, vedado ao exegeta equiparar a cessão fiduciária de recebíveis à alienação fiduciária em garantia de coisas fungíveis ou bens móveis;

(2º) caso o legislador quisesse equiparar a cessão fiduciária de créditos à propriedade fiduciária de bens móveis o teria feito de forma expressa, tal qual no art. 66-B, § 3º, da Lei nº 4728, de 1965, incluído pela Lei nº 10.931, de 2004;

(3º) os títulos de crédito não se enquadram na classificação jurídica dada aos bens móveis;

(4º) créditos garantidos por direitos creditórios submetem-se ao § 5º, do art. 49, da LRF, que trata de garantia fiduciária, e não ao § 3º, do mencionado artigo, que regula o crédito do titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis;

(5º) eventuais pagamentos ao credor-fiduciário implicaria em violação do princípio da igualdade entre os credores e a inversão dos critérios de preferência eleitos pelo legislador e

(6º) a exclusão dos recebíveis da recuperação judicial atenta contra o princípio da preservação da empresa, que inspira o art. 47 da LRF,¹⁰ e busca proteger a atividade empresarial.

- B -

Fundamentos da aplicação do art. 49, § 3º, da LRF

A Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça têm decidido, reiteradamente, embora, às vezes, por maioria de votos, que a cessão fiduciária em garantia, por possuir natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial da empresa nos termos do art. 49, § 3º, da LRF.

Eis os principais fundamentos em que se escudam os ministros com votos vencedores:

(1º) os arts. 49, § 3º, da LRF, c/c 82 e 83 do Código Civil (CC) deixam claro que os “bens móveis”, citados na LRF, são, para todos os efeitos legais, “os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”, *ex vi* do art. 83 do CC, inclusive, os bens móveis incorpóreos, como os recebíveis;

cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”.

(...)

10 “Art. 47 – A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

(2º) o art. 49, § 3º, da LRFE, ao mencionar o gênero — bens móveis — não haveria porque especificar suas categorias arroladas nos arts. 82 e 83 do CC, assim como não se fez necessário discriminar o sentido legal de “bens imóveis” (CC, arts. 79 a 81);

(3º) o fato de o art. 49, § 3º, da LRFE utilizar a palavra coisa (bens corpóreos) em nada diminui a garantia outorgada por lei aos titulares de cessão fiduciária de bens incorpóreos, tal qual os créditos, e,

(4º) o sistema jurídico brasileiro, até a edição da Lei nº 10.931, de 2004, só admitia a propriedade fiduciária para fins de garantia de bens móveis infungíveis (CC, art. 1361), situação que foi profundamente alterada pelo art. 66-B da Lei nº 4.728, de 1965, com a redação da Lei nº 10.931, de 2004, para passar a abranger, *ex vi* do art. 49, § 3º, a “alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direito sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito”.

- III -

Negócio fiduciário

Como assinala JUDITH H. MARTINS COSTA, “na teoria do negócio fiduciário, tudo é discutível, sua admissibilidade e sua estrutura, as suas relações com os negócios indiretos, e os simulados, ou ainda a fraude, razão possuindo *De Martini* ao sublinhar a ‘desordem conceitual’ que, nessa matéria, é imperante, em razão do que se poderia chamar de ‘poliedricidade da fidúcia’”¹¹, o que dificulta sobretudo a exegese do instituto e sua aplicação por juízes e tribunais.

- A -

As origens do negócio fiduciário

(a)

O direito romano como fonte do negócio fiduciário

PARA PAULO RESTIFFE NETO e PAULO SERGIO RESTIFFE, a fidúcia surgiu no Digesto e na Lei das XII Tábuas¹² e consistia, doutrina ORLANDO GOMES, em um “pacto obri-

11 “Os negócios fiduciários - Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do *trust* no Direito Brasileiro”, *Revista dos Tribunais*, vol. 657, p. 38.

12 Os dois aclamados autores ensinam: “Os estudiosos da fidúcia localizam suas origens em textos do Digesto e da Lei das XII Tábuas. Assim, RENÉ JACQUELIN (*‘De la Fiducie’*), C. ACCARIAS (*Précis de Droit Romain*), CARLO LONGO (*Corso di Diritto Romano*), além de outros. Além dos dois textos antes mencionados, que da fidúcia dão notícia vaga e imprecisa, numerosos outros dela nos falam: as *‘Institutas’*, de GAIO; as *‘Sentenças’*, de PAULO; a *‘Collatio’*; os *‘Fragmentos do Vaticano’* e de uma *‘Constituição do Código Teodosiano’*; a chamada *‘Fórmula Bética’* e as *‘Táboas de Pompéia’*” (NESTOR JOSÉ FOSTER. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1970, p. 11).

“Originariamente la *‘fiducia’* romana clásica no implicaba una venta o una transmisión de la propiedad en el sentido que hoy le damos. Fue un negocio jurídico basado en la *‘fides bona’* negocial. El *‘dominus’* confiaba al cesionario un *‘usus’* de la cosa, bien con fines de garantía, bien con propósito de salvaguardia, pero con intención de obtener su restitución una vez cumplidos estos objetivos”. (JOAQUÍN ARESPOCOCHAGA. *El Trust, la Fiducia y Figuras Afines*. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 17/18). “No direito romano encontramos a *fiducia cum amico*, que não tinha finalidade de garantia, sendo negócio jurídico pelo qual uma pessoa

gacional agregado à transferência da propriedade, que se destina a neutralizar o efeito real da transmissão, condicionando-o ao fim especial para o qual ela se realiza”.¹³

(b)

O direito germânico como inspiração do negócio fiduciário

Para alguns, o negócio fiduciário surgiu sob inspiração do direito germânico, constituído por uma avença ou acordo de duplo efeito: um, externo e visível, formado pela transmissão da propriedade de uma coisa; outro, interno ou oculto a terceiros, expresso no pacto de restituir o bem e dele não dispor.¹⁴

alienava os seus bens com a condição de lhe serem restituídos com o fim das circunstâncias aleatórias que o determinaram, como a guerra, a viagem, etc. Outro negócio era *fiducia cum creditore*. Nesta a venda se faz com a ressalva de recuperar o bem, uma vez efetivado o pagamento, dentro de certo tempo, ou sob dada condição” (MARCO AURÉLIO DA SILVA VIANNA. **Comentários ao Novo Código Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XVI, pp. 520/521).

“A fidúcia, instituto jurídico que repousa exclusivamente na lealdade e honestidade de uma das partes, o fiduciário, correspondente, por isso mesmo, à boa-fé e confiança nele depositada pela outra parte, o fiduciante, tem a sua origem no direito romano, que a hauriu na Lei das XII Tábuas, vindo a ser encontrada em textos interpolados no **Digesto**.” (**Garantia Fiduciária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, 3ª ed., p. 21). “Mesmo após o aparecimento dos institutos da hipoteca e do penhor, a fidúcia continuou em uso franco em Roma, especialmente a *fiducia cum creditore*, porque dava maiores garantias ao credor, já que este se tornava verdadeiro proprietário. Havia apenas a limitação do *pactum fiduciae*, pelo qual o fiduciário obrigava-se a restituir a coisa, no momento do resgate da dívida garantida, ao fiduciante. Tinha, portanto, a fidúcia, dois aspectos: o real, pelo qual o fiduciário se tornava autêntico proprietário, e o obrigacional, pelo qual o fiduciário se comprometia a restituir a coisa, resolvido o contrato. Se se negasse a restituí-la, tinha o fiduciante (antigo proprietário) apenas direito à indenização, não lhe cabendo exigir a restituição da própria coisa, embora assim se ajustasse pelo *pactum fiduciae*. Ressalte-se que a transferência de propriedade, no negócio fiduciário romano, não implicava necessariamente na transmissão da posse. Esta poderia continuar com o devedor, ‘uma vez que nem a *mancipatio* nem a *in jure cessio* exigiam a passagem da posse’” (NESTOR JOSÉ FORSTER. *Ob. cit.*, pp. 11/12).

“No direito romano já se conhecia o negocio fiduciário sob as figuras da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*. A *fiducia cum amico* era tão somente um contrato de confiança e não de garantia em que o fiduciante alienava seus bens a um amigo, com a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias aleatórias”. (MARIA HELENA DINIZ. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2004, 19ª ed., 4º vol., p. 543).

13 ORLANDO GOMES. **Alienação Fiduciária**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, 4ª ed., p. 43.

14 Conforme se lê em JOAQUÍN ARESPOCHAGA: “*Su construcción en nuestros días es obra de los autores alemanes del siglo XIX que retoman la figura del modelo que los pandectistas transmitieron a la civilística moderna. Para éstos, la fiducia constituía un negocio jurídico de doble efecto: una fracción externa y visible (constituída por la venta transmisora de la propiedad de una cosa), y otra no desvelada a terceros (el pacto obligacional de devolver el bien, así como un compromiso de no disposición)*” (*Ob. cit.*, p. 17/18). “A segunda teoria, de inspiração alemã, recorre à condição resolutiva para justificar a limitação, no tempo e no conteúdo, do direito real do fiduciário. Sustentam seus adeptos que ele adquire uma propriedade temporária, para fim determinado. (...) No esquema germânico, o poder do fiduciário é limitado no próprio negócio fiduciário, na conformidade de seu fim. Se configura a modalidade de alienação fiduciária em garantia, esta finalidade limita-se, de sorte que o devedor recobrará, automaticamente, a propriedade do bem alienado, e, se tornando novamente seu proprietário, pode reivindicá-lo de quem quer que o detenha”. (ORLANDO GOMES, **Alienação fiduciária** *cit.*, pp. 43 e 51).

“A fidúcia do antigo direito germânico, conquanto tenha suas raízes na fidúcia de origem romana, como

(c)

O negócio fiduciário como produto do direito moderno

A crise da Justiça, sobretudo nas megalópoles de todos os países desenvolvidos e em desenvolvimento, em que sobressai o acúmulo de ações e execuções judiciais de longuíssima duração e se propaga o fracasso na excussão dos direitos reais de garantia clássicos para satisfazer os direitos e interesses do credor pignoratício e do credor hipotecário diante do inadimplemento do devedor, e a contínua e crescente demanda por bens, serviços e recursos financeiros impuseram a recriação da garantia fiduciária ou negócio fiduciário,¹⁵ calcado na confiança¹⁶ como razão decisiva da avença.

- B -

Conceito de negócio fiduciário

reconhece MARIANO NAVARRO MARTORELL (*La propiedad fiduciaria*, 1950, p. 28), dela se diferencia, conforme demonstra JUAN JORDANO BAREA (*El negocio fiduciario*, Bosch, 1959, p. 27), que, por sua vez, funda-se em CARIOTA-FERRARA E AMBROSINI. É que ‘*en la fiducia* de tipo romano se confiere al fiduciario un poder jurídico ilimitado (*titularidad plena y definitiva*); *personalmente, sin embargo, se obliga a retransmitir al fiduciante o a otra persona por éste indicada el bien transmitido, una vez alcanzado el fin propuesto*’, enquanto, diversamente, ‘*en la fiducia* de tipo germânico, por el contrario, el *treuhander* (fiduciario) *adquiere una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real erga omnes, de tal modo que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, provocando, ipso jure, el retorno de la cosa al fiduciante o sus herederos, incluso en perjuicio de tercer adquirente*’” (PAULO RESTIFFE NETO e PAULO SÉRGIO RESTIFFE. Ob. cit., p. 24).

“Na fidúcia de tipo germânico, a propriedade e o direito não se transferem plena e ilimitadamente ao fiduciário, mas sim condicionados resolutivamente e com eficácia real. Os poderes do fiduciário, desde o início, são rigorosamente limitados ao fim que as partes tiveram em vista. Correspondem, plenamente, aos seus interesses econômicos. Por isso, adquire o fiduciário tão somente um direito real limitado. Conseqüentemente, não terá ele o poder de abuso, e, assim, qualquer ato abusivo terá ele de disposição, não afetaria os direitos do fiduciante. Esta concepção fugiria, nestas condições, à fidúcia propriamente dita, mas, consoante a afirmação de MESSINA, levaria sobre a concepção romana a vantagem da plena correspondência entre a intenção das partes e os meios jurídicos por ela adotados.

“Trata-se, assim, de um direito transmitido condicionalmente, e, por isso, o lado obrigacional do negócio dará ao fiduciante maiores garantias, possibilitando-lhe, mesmo, a recuperação da própria coisa fiduciada” (OTTO DE SOUSA LIMA. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 140).

“A *fiducia* acabou por ser proscrita no direito romano, em decorrência dos abusos que foram cometidos. Foi retomada no século XIX, por REGELSBERG, que trouxe a lume o chamado negócio fiduciário do tipo germânico. Neste, ao contrário do negócio fiduciário romano, temos a transferência do domínio do devedor ao credor, como garantia da dívida, resolvendo-se o negócio pelo pagamento da dívida (Cf. DARCY BESSONE, **Direitos reais**, p. 452)” (MARCO AURÉLIO DA SILVA VIANA. Ob. e vol. cit., pp. 520/521).

15 “O ressurgimento da fidúcia na atualidade, incorporada ao direito positivo como espécie nova de garantia, decorre da crise constatada na prática de utilização de outros tipos de direitos reais de garantia clássicos. Sobretudo a hipoteca, precisamente pela sua estrutura de direito real de garantia constituído sobre bem alheio, expõe, por isso (bem alheio), a sua maior fragilidade, exacerbada pela crise de entupimento da Justiça” (PAULO RESTIFFE NETO e PAULO SÉRGIO RESTIFFE. Ob. cit., p. 22).

16 “Num acordo qualquer de vontades, entra, praticamente sempre, a confiança; faz parte do tecido da avença. Faltava a confiança, como razão do negócio jurídico, ou seja, contratar-se a correção pela correção; faltava o legislador consagrá-la num certo setor, eliminando em extensão correspondente o sucedâneo bastardo da simulação. É a garantia fiduciária” (PHILOMENO J. DA COSTA. “Bibliografia. PAULO RESTIFFE NETO/ **Garantia Fiduciária**/1975/São Paulo/Editora Revista dos Tribunais/597 pp.” *RDM* 18/123).

LUIZ EDSON FACHIN ensina que “o fiduciário é titular de um direito sob condição resolutive; em face da transferência em garantia, é dono dos bens transferidos de modo restrito e resolúvel. A extinção desse direito de propriedade está prevista no próprio título constitutivo. É um negócio jurídico (por conseguinte, contrato fundado em relação obrigacional) que constitui um direito real de garantia condicional. A condição resolutive, na hipótese, é adimplemento da obrigação assumida. Emerge daí sua característica essencial, que a define.”^{17/18}

OTTO DE SOUZA LIMA, a seu turno, leciona: “Negócio fiduciário é aquele em que se transmite uma coisa ou direito a outrem, para determinado fim, assumindo o adquirente a obrigação de usar deles segundo aquele fim e, satisfeito neste, de devolvê-los ao transmitente”.¹⁹

- C -

Características do negócio fiduciário

Do conceito de negócio fiduciário, pode-se extrair suas características principais, a saber: (a) um elemento real, representado pela transferência voluntária da coisa ou do direito; (b) um elemento obrigacional, consistente na restituição da coisa ou do direito se verificada determinada condição resolutive.²⁰

- D -

Espécies de negócio fiduciário

17 **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, Vol. 15. p. 340.

18 *“Generalmente se consideran actos o negocios fiduciarios los que determinan una modificación subjetiva de la relación jurídica preexistente y el surgimiento simultáneo de una nueva relación: la modificación subjetiva en la relación preexistente consiste en la trasmisión plena del dominio u outro derecho, efectuada con fines de administración, facilitación de encargos o garantía, que por sí mismos no exigirían la trasmisión; y la nueva relación que surge simultáneamente con aquella trasmisión consiste en la obligación que incumbe al adquirente, de restituir el derecho al trasmite, o de trasferirlo a una tercera persona, una vez realizada la finalidad, todo por la confianza que el trasmite dispensa al adquirente”* (ELIAS P. GUASTAVINO, “Actos fiduciarios”, in “Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille”. Buenos Aires: DEPALMA, 1968, p. 365).

19 Ob. cit., p. 170

20 “Da definição de LONGO, emergem os seguintes elementos constitutivos característicos do negócio fiduciário:

- a) ato de transferência da coisa, ou ato de alienação voluntária, que representa o elemento real do negócio;
- b) elemento obrigacional, consistente numa convenção pela qual o fiduciário (o que recebe a coisa) se compromete a devolver a coisa ou dela desfazer-se para dar-lhe uma destinação pré-estabelecida” (CARLO LONGO, “Corso di Diritto Romano”, Milano, 1933, p. 42, *apud* NESTOR JOSÉ FORSTER, ob. cit., p. 17). “O característico do negócio fiduciário decorre do fato de se prender, ele, a uma transmissão de propriedade, mas de ser, o seu efeito de direito real, parcialmente neutralizado por uma convenção entre as partes em virtude da qual o adquirente pode aproveitar-se da propriedade que adquiriu, apenas para o fim especial visado pelas partes, sendo obrigado a devolvê-la desde que aquele fim seja preenchido. (...)” (TULLIO ASCARELLI. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 106)

São espécies de negócio fiduciário²¹ no direito brasileiro:²² (a) a alienação fiduciária em garantia de coisa fungível;²³ (b) a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e títulos de crédito;²⁴ (c) a propriedade fiduciária de coisa móvel infungível;²⁵ (d) a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel;²⁶ (e) a cessão fiduciária de direitos decorrentes de alienação de unidades habitacionais²⁷ e (f) a cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis.²⁸

- E -

Semelhança entre a alienação fiduciária em garantia e a
cessão fiduciária em garantia

MELHIM NAMEN CHALHUB assinala que “a cessão fiduciária e a alienação fiduciária são institutos similares, exercendo a mesma função de garantia do crédito e alicerçando-se nos mesmos fundamentos; enquanto na alienação, o objeto do contrato é um bem (móvel ou imóvel), na cessão o objeto é um direito creditório; em ambas, a transmissão do domínio fiduciário ou da titularidade fiduciária subsiste enquanto perdurar a dívida garantida”,²⁹ razão pela qual o tratamento legal da cessão fiduciária de recebíveis em garantia de empréstimos e financiamentos bancários deve seguir e orientar-se pelos princípios do negócio fiduciário em garantia de bens móveis e imóveis, aplicando-se-lhe as Leis n.ºs 4.728, de 1965, com a redação dada pela Lei n.º 10.931, de

21 “A alienação fiduciária é efetivamente uma espécie do gênero negócio fiduciário, guardando os traços comuns deste. O devedor aliena a coisa sob a condição suspensiva de retorno *ipso jure* do domínio, mediante o pagamento da dívida assim garantida. E o credor investe-se temporariamente no domínio da coisa alienada em garantia fiduciária, sob condição resolutiva”. (PAULO RESTIFFE NETO e PAULO SÉRGIO RESTIFFE, *ob. cit.*, p. 313).

Em sentido contrário, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, que disserta: “Em conclusão, verifica-se que a alienação fiduciária em garantia, negócio jurídico típico que é, não se enquadra entre os negócios fiduciários propriamente ditos, diferenciando-se, também, dos negócios fiduciários do tipo germânico; e, ainda, que apresente semelhanças com o *trust receipt* e vários pontos de contato com o *chattel mortgage*, é instituto próprio do direito brasileiro, em cujo sistema – do qual, à primeira vista, parece aberrar – se ajusta dogmaticamente, já prestando amplo benefício como instrumento jurídico adequado à segurança do crédito”. (**Da Alienação Fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, 3ª ed., p. 46). FÁBIO ULHOA COELHO, a seu turno, esclarece: “A alienação fiduciária em garantia, introduzida no direito brasileiro pela Lei de Mercado de Capitais (Lei n.º 4.728/65, art. 66, com a redação dada pelo Dec.-Lei n.º 911/69), é espécie do gênero/negócio fiduciário” (**Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 3, p. 137).

22 “Em absoluto rigor técnico, são espécies de negócio fiduciário a alienação fiduciária em garantia, a cessão fiduciária em garantia e o negócio fiduciário de administração” (cfr. MELHIM N. CHALHUB, **Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 63) e “são sub-espécies as discriminadas no texto: a alienação fiduciária tem por objeto coisas móveis, coisas fungíveis e imóveis e a cessão fiduciária de direitos de diferentes naturezas, inclusive a cessão fiduciária para fins societários” (CHALHUB, *idem*, p. 64).

23 Art. 66-B, § 3º, da Lei n.º 4.728, de 1965, incluído pela Lei n.º 10.931, de 2004.

24 Art. 66-B, § 3º, da Lei n.º 4.728, de 1965, incluído pela Lei n.º 10.931, de 2004.

25 Art. 1.361 do Código Civil.

26 Art. 17, IV, da Lei n.º 9514, de 1997, que visa facilitar o financiamento imobiliário.

27 Art. 22 da Lei n.º 4864, de 1965, que se destina a estimular a construção civil.

28 Art. 17, II, da Lei n.º 9514, de 1997.

29 *Ob. cit.*, p. 322-323.

2004; 4.864, de 1965, e 9.514, de 1997, além do Decreto-Lei nº 911, de 1969.

- F -

O negócio fiduciário é um instituto de Direito Econômico

Ensina ORLANDO GOMES que o Direito Econômico caracteriza-se por “uma unidade tríplice: de espírito, de objeto e de método (...) Seu método distingue-se pela desenvoltura na busca das construções e técnicas adequadas às novas exigências, não recuando, sequer, na aceitação de monstros jurídicos, como o contrato forçado, a sociedade de um só sócio ou a venda para garantir”,³⁰ ou, digo eu, adequando a lição ao caso concreto, “ao negócio fiduciário”, o qual, por isso, quanto ao método, é orientado por princípios de Direito Econômico, tal qual suas espécies, a alienação fiduciária em garantia e a cessão fiduciária em garantia.

- IV -

Cessão fiduciária em garantia

- A -

A cessão fiduciária em garantia no direito positivo

Logo após a promulgação da Lei nº 4.728, de 1965, que incorporou, ao direito positivo brasileiro, o instituto da alienação fiduciária em garantia de coisa móvel, a Lei nº 4.864, também de 1965, com a finalidade de estimular a construção civil, criou, no art. 22, a cessão fiduciária de direitos decorrentes de alienação de unidades habitacionais,³¹ com o aplauso da doutrina pátria,³² vindo a Lei nº 9.514, de 1997, no art. 17, II, a instituir a cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis e, por fim, a Lei nº 10.931, de 2004, a dispor sobre a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito (além de direitos creditórios, presentes e futuros, em se tratando de garantia constituída através de cédula de crédito bancário, nos termos do artigo 31 da referida Lei nº 10.931), todos institutos de Direito

30 ORLANDO GOMES, *Direito Econômico cit.*, p. 5, nº 4

31 Sobre a cessão fiduciária de créditos oriundos de financiamento habitacional, MELHIN N. CHALHUB escreve: “Na mesma linha conceitual sobre a qual está configurada a alienação fiduciária, a Lei nº 4.964, de 29 de novembro de 1965, instituiu uma garantia fiduciária tendo como objeto direitos creditórios decorrentes de alienação de imóveis, a que denominou cessão fiduciária de crédito em garantia.

“A garantia criada por aquela lei tinha espectro limitado, restringindo-se apenas aos créditos oriundos de financiamento habitacional. O propósito da lei era estimular a expansão do crédito no setor habitacional e, nesse sentido, destinava-se aquela cessão fiduciária a servir como garantia dos financiamentos da produção de imóveis” (Ob. cit., pp. 321/322).

32 “A experiência fiduciária feita pelo legislador foi, na verdade, francamente positiva. Com efeito, a 29 de novembro do mesmo ano de 1965, nos arts. 22 e 23 da Lei nº 4.864, conhecida como Lei de Estímulos à Construção Civil, (posteriormente modificada e regulamentada pelo Decreto-Lei nº 4, de 11 de fevereiro de 1969), está prevista a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado. É uma forma de oferecimento de garantia, por parte de empresas financiadas, ao grupo ou caixa financiadora. Nesse tipo de cessão fiduciária, ‘o credor é titular fiduciário dos direitos cedidos até a liquidação da dívida garantida, continuando o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as mesmas responsabilidades de depositário’ (art. 23)” (NESTOR JOSÉ FORSTER, ob. cit., pp. 32/33).

Econômico, que se distinguem pela clara finalidade de buscarem soluções técnicas, que atendam às exigências do mundo moderno, e de serem respostas prontas e eficazes “às novas, crescentes e instáveis exigências de uma sociedade em vertiginosa transformação”,³³ sem suprimir ou esmagar os direitos individuais do cidadão.

- B -

Conceito de cessão fiduciária em garantia de
recebíveis performados e a performar

Cessão fiduciária em garantia é a transferência, limitada e resolúvel,³⁴ que faz o devedor-fiduciante ao credor-fiduciário, do domínio e posse direta, mediante tradição efetiva,³⁵ de direitos creditórios³⁶ presentes (performados) e futuros (a performar) oriundos de títulos de crédito próprios e impróprios³⁷ ou de contratos,³⁸ em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do credor-fiduciário com a liquidação da dívida garantida e a reversão imediata e automática da propriedade ao devedor-fiduciante³⁹ uma vez satisfeito o débito.

33 ORLANDO GOMES, ob. cit., p. 2, nº 1.

34 Por isso, afirmo que a cessão fiduciária em garantia hoje praticada no país inspirou-se no negócio fiduciário do tipo germânico, eis que a transmissão da titularidade dos recebíveis do devedor para o credor é consumada a título de simples garantia e sob condição resolutiva, resolvendo-se a avença com a liquidação da obrigação pecuniária contraída pelo devedor.

35 “Assim, num caso típico de negócio fiduciário, a transferência da propriedade para fins de garantia, a transmissão de propriedade é efetivamente desejada pelas partes, não, porém, para o fim de troca, mas para um fim de garantia” (TULLIO ASCARELLI. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 106).

36 A Resolução CMN nº 2907, de 29/11/2001, e a Instrução CVM nº 356, de 17/12/2001, com as alterações da Instrução CVM nº 393/03, classificam como direitos creditórios “os direitos e títulos representativos de crédito, originários de operações realizadas nos segmentos financeiro, comercial, industrial, imobiliário, de hipotecas, de arrendamento mercantil e de prestação de serviços, os contratos referidos no § 8º do art. 40, desta Instrução, bem como direitos e títulos representativos de créditos de natureza diversa assim reconhecidos pela CVM” (art. 2º, I, IN/CVM 356).

37 São exemplos de títulos de crédito próprios a letra de câmbio e a nota promissória e de títulos de crédito impróprios o cheque (MARTINS, Fran, **Títulos de Crédito**. 12ª ed., vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 19).

38 A cessão fiduciária em garantia é um negócio jurídico bilateral, oneroso, informal e acessório, porque depende do contrato que lhe deu origem. “No momento em que se completar a satisfação do crédito do fiduciário, ocorrerá, automaticamente, a extinção, por resolução de pleno direito, do ônus da cessão fiduciária de crédito em garantia. Extinta a obrigação que a cessão teve em vista garantir, não haveria por que subsistir o gravame, que se encontra resolvido”.

39 “No momento em que se completar a satisfação do crédito do fiduciário, ocorrerá, automaticamente, a extinção, por resolução de pleno direito, do ônus da cessão fiduciária de crédito em garantia. Extinta a obrigação que a cessão teve em vista garantir, não haveria por que subsistir o gravame, que se encontra resolvido. “Não se pode perder de vista que a resolubilidade é o principal elemento integrante da nossa fidejussão, ou seja, é a principal característica também da espécie de garantia constituída pela cessão fiduciária. Por isso, o implemento da condição resolutiva (pagamento) exaure a função da garantia e assegura, por si só, no esquema legal, a reversão da titularidade dos direitos cedidos ao patrimônio do devedor-cedente (fiduciante)” (PAULO RESTIFFE NETO e PAULO SÉRGIO RESTIFFE. Ob. cit., pp. 122/123).

MELHIN N. CHALHUB, em seu excelente livro *Negócio Fiduciário*, ao tratar da definição da cessão fiduciária em garantia de direitos creditórios imobiliários, diz: “Por esse contrato, o tomador de um financiamento transfere seus direitos de crédito à instituição financiadora, que os adquire, como cessionária fiduciária. Essa transferência de titularidade não se faz em caráter pleno e definitivo, mas, tendo escopo de garantia, tem caráter limitado quanto ao conteúdo dos direitos transmitidos ao titular e, também, caráter temporário – serve a cessão somente para que o cessionário-fiduciário receba recursos para satisfazer seu crédito e perdura somente enquanto perdurar esse crédito”.⁴⁰

“(...) a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, pois não se pauta pela ideia de justiça, mas de eficácia técnica numa zona intermediária entre o Direito Privado e o Direito Público (...).”

- C -

Finalidade da cessão fiduciária em garantia

É truísmo que o direito anda a reboque dos fatos, sobretudo em épocas de autênticas revoluções científicas, técnicas e tecnológicas, que fazem desaparecer antigas necessidades e anseios e surgir novas demandas por bens e serviços, que impõem o aparecimento de mecanismos e expedientes legais aptos a atendê-los, como ocorre em relação à cessão fiduciária em garantia, cuja finalidade precípua, quanto ao devedor-fiduciário, é propiciar-lhe crédito mais fácil, rápido e barato⁴¹, e, quanto ao credor-fiduciante, assegurar a satisfação do crédito de forma mais eficaz e plena do que as garantias reais clássicas, como a hipoteca e o penhor.

- V -

Natureza jurídica da recuperação judicial da empresa

Os privatistas afirmam que a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Privado, devido à sua natureza contratual.

Os publicistas, que é um instituto de Direito Público, porque se materializa através de uma medida processual.

Para mim, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico, pois não se pauta pela ideia de justiça, mas de eficácia técnica numa zona intermediária entre o Direito Privado e o Direito Público, “caracterizando-se por uma unidade tríplice: de espírito, de objeto e de método”.⁴²

⁴⁰ Ob. cit. p. 323.

⁴¹ O mercado bancário vem, neste momento, praticando as seguintes taxas médias de juros para empréstimos e financiamentos: (a) com garantia pessoal através de aval ou fiança: 2,5% a.m. e 34,5% a.a.; (b) com garantia real de hipoteca ou penhor, 2% a.m. e 26,8% a.a. e (c) com garantia de recebíveis, 1,8% a.m. e 23,9% a.a.

⁴² ORLANDO GOMES, in “O ensino do Direito Econômico”, da obra **Direito Econômico**, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 4.

- A -

Instituto de Direito Privado

Para os privatistas, a recuperação judicial da empresa é um contrato⁴³, celebrado entre o devedor e os seus credores, razão pela qual ao juiz só cabe homologá-lo⁴⁴ e, se o contrato não se consumir, decretar a falência do devedor.⁴⁵

É o que sustenta SERGIO CAMPINHO: “Por isso, em nossa visão, o instituto da recuperação judicial deve ser visto com a natureza de um contrato judicial, com feição novativa, realizável através de um plano de recuperação, obedecidas, por parte do devedor, determinadas condições de ordens objetiva e subjetiva para sua implementação”.⁴⁶

E, por igual, LÍDIA VALÉRIO MARZAGÃO: “Assim, verifica-se que a partir da vigência desta nova Lei, estaremos resgatando um sistema já adotado em nosso País no século passado e não haverá mais dúvida quanto à natureza contratualista da recuperação judicial que a princípio, obriga a participação efetiva de todos os credores representados em assembléia geral de credores, que terão o poder de aprovar ou não o plano de recuperação apresentado pelo devedor”.⁴⁷

A meu ver, *d.m.v.*, o instituto da recuperação judicial da empresa não é um contrato porque o contrato só obriga os credores que a ele aderiram, tácita ou expressamente,⁴⁸ o que não ocorre na recuperação judicial, porque ela:

(1º) “suspende o curso de todas as ações e execuções em face do devedor”, independentemente da vontade dos credores;⁴⁹

(2º) “obriga a todos os credores a ela sujeitos”, inclusive os credores ausentes, os que se abstiveram de votar e os dissidentes, vencidos na assembléia geral de credores;⁵⁰

(3º) nova os créditos anteriores ao ajuizamento da ação com sacrifício do direito dos credores.

43 Os doutos não esclarecem se bilateral ou plurilateral.

44 Cf. art. 58, da LRFE.

45 Cf. art. 56, § 4º, da LRFE.

46 **Falência e recuperação de empresa** – o novo regime da insolvência empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12/13.

47 In RUBENS APPROBATO MACHADO (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 93.

48 A vontade da parte, manifestada por meio de declaração, expressa ou tácita, é um dos elementos constitutivos do negócio jurídico e pressuposto de sua validade, no que a doutrina, pátria e alienígena, cognominou de “princípio da autonomia da vontade”, o qual, somado ao “princípio da força vinculante do contrato, ou da obrigatoriedade das convenções” e ao “princípio da relatividade das convenções”, constitui o alicerce da teoria do negócio jurídico ou teoria contratual.

49 Art. 6º da LRFE

50 Art. 59 da LRFE

res, embora, eventualmente, sob protestos;⁵¹

(4º) mesmo não havendo unanimidade na votação por classes, o juiz pode homologar o plano, impondo-o à classe dissidente, se preenchidos os requisitos do art. 58, §§ 1º e 2º, da LRFE etc.

- B -

Instituto de Direito Público

Para os publicistas, a recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Processual, pois a LRFE garante ao devedor, preenchidos os requisitos formais do art. 51 e os requisitos materiais do art. 48, propor ação de recuperação judicial e afirmam, com ênfase, se a recuperação judicial se efetiva e se implementa através de uma ação processual de natureza constitutiva, ela é um instituto de Direito Público, na linha preconizada pela doutrina italiana sobre a “administração controlada”,⁵² a “administração extraordinária”⁵³ e a “liquidação coacta administrativa”.⁵⁴

A meu ver, a recuperação judicial da empresa não é um instituto de Direito Público porque: (1º) o credor não é citado para responder a uma demanda judicial, sob pena de revelia⁵⁵, embora possa formular objeção;⁵⁶ (2º) o juiz não decide uma lide, *rectius*, um conflito de interesses, que são compostos, consensualmente, pelo devedor e seus credores no âmbito da assembléia geral de credores, sobretudo quando os credores apresentam modificações ao plano de recuperação;⁵⁷ (3º) não há produção de provas, audiência de conciliação, instrução e julgamento, condenação em honorários de sucumbência, etc.

- C -

Instituto de Direito Econômico

51 Art. 59, da LRFE.

52 “Secondo l’opinione prevalente, si tratta di una procedura giudiziale civile a carattere concursale, avente natura cautelare rispetto all’eventuale fall. successivo.” (ALBERTO MAFFEI ALBERTI. **Commentario breve alla legge fallimentare**. Milão, CEDAM, 2000, p.745).

53 “L’amministrazione straordinaria – si osserva- è procedura esecutiva concursale, sai pure specialissima, con una originale combinazione di atti giurisdizionali e amministrativi inseriti in un’unitaria struttura procedimentale (...) Sostanzialmente conforme PAJARDI, 1005, che pone l’accento sulla natura comunque giurisdizionale del procedimento. Il QUATRARO, 11, pur riconoscendo l’indubbia funzione esecutiva, ritiene invece che l’amministrazione straordinaria sia una procedura amministrativa.” (PIERO PAJARDI. **Codice del Fallimento**. Milão, Giuffrè Editore, 1997, 3ª ed., pp. 1410/1411).

54 “La l.c.a. costituisce l’espressione del potere di controllo dello Stato sull’attività di determinate categorie di imprenditori.

Ha natura amministrativa e non giurisdizionale(...) Di diverso avviso è altra parte della dottrina secondo cui alla l.c.a. deve essere riconosciuta natura mista amministrativa e giurisdizionale” (ALBERTO MAFFEI ALBERTI. Ob. cit., p. 774).

55 Art. 319, do CPC.

56 Art. 55 da LRFE.

57 Art. 56, § 3º, da LRFE.

(a)

Conceito de recuperação judicial da empresa

Como escrevi alhures, “recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de (a) preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, (b) garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano e (c) assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiverem de participar das deliberações da assembleia geral”.⁵⁸

(b)

Aspectos da recuperação judicial da empresa

A recuperação judicial da empresa pode ser examinada, estudada e debatida sob três diferentes prismas: como um ato complexo, uma ação constitutiva e um instituto de Direito Econômico.

(i)

Recuperação judicial da empresa como ato complexo

Consoante já ressaltai, “a recuperação judicial é um ato complexo, uma vez que pode ser considerada sob vários aspectos, pois abrange um ato coletivo processual, um favor legal e uma obrigação *ex lege*”.

“A recuperação judicial é um ato coletivo processual, porque as vontades do devedor, manifestada na petição inicial, e de seus credores, declaradas expressa ou tacitamente, ‘marcham paralelas’, ‘se completam’ e se ‘fundem em uma só’, ‘formando uma e única vontade unitária’, sob a direção e fiscalização do Poder Judiciário (LRFE, arts. 35, I; 42; 45; 47; 51, III; 55; 56; 58 e 59)”.

“A recuperação judicial é um favor legal, porque garante, ao devedor, atendidos determinados pressupostos e requisitos, formais e materiais, o direito de sanear o estado de crise econômico-financeira em que se encontra com a finalidade de salvar o negócio, manter o emprego dos trabalhadores, respeitar os interesses dos credores (art. 47) e reabilitar-se (art. 63), benefício legal que produz efeitos desde o deferimento da petição inicial da ação de recuperação com a suspensão ‘de todas as ações e execuções’ pelo prazo de cento e oitenta dias (art. 6º, *caput*, e § 4º)”.

“A recuperação judicial é uma obrigação *ex lege*, porque, concedida, pelo juiz, por sentença (art. 58), ‘implica novação dos créditos anteriores ao pedido e obriga o devedor e todos os credores a ela sujeitos, sem prejuízo das garantias’ que possuam (art. 59, *caput*)”.⁵⁹

58 In PAULO F.C. SALLES DE TOLEDO e CARLOS HENRIQUE ABRÃO (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação e Falência da Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 104/105.

59 Ob. cit., pp. 105/106.

(ii)

Recuperação judicial da empresa como ação constitutiva

A recuperação judicial da empresa é uma ação constitutiva porque cria nova situação jurídica para o devedor e os credores a ela sujeitos, quer no plano do direito processual⁶⁰, quer no do direito material,⁶¹ podendo afirmar-se, como, aliás, se diz em França, ser um autêntico “procedimento de sacrifício”.⁶²

(iii)

Recuperação judicial da empresa como instituto de Direito Económico

Embora “ato complexo” e “ação constitutiva”, a recuperação judicial da empresa tem a natureza e as características de um instituto de Direito Económico, como passo a demonstrar.

Os estudiosos do Direito Económico dividem-se em inúmeras escolas, entre as quais se destacam: (a) Escola Dogmática, integrativa publicista-privatista;⁶³ (b) Escola Autonomista;⁶⁴ (c) Escola de Direito Público Económico;⁶⁵ (d) Escola de Direito Económico da Empresa ou de Di-

60 Arts. 6º e 59, §§ 1º e 2º, da LRFE, entre inúmeros outros.

61 Art. 59 da LRFE.

62 “*Les procédures collectives sont des procédures de sacrifice qui limitent les pouvoirs du débiteur et qui restreignent les droits des créanciers*” (YVES GUYON. **Droit des affaires**. Paris: Economica, 1991, 3ª ed., Tome 2, pp. 113).

63 ALBINO DE SOUZA. **Do Económico nas Constituições Vigentes**. vol. I, pp. 97 e segs.; ENRICO ALLORIO. **La certezza del Diritto dell'Economia**. Riv. Dir. Econ., 1956, pp. 1.198 e segs.; CESARINO JÚNIOR. **Direito Social Brasileiro**. Saraiva, 1970, 6ª ed., pp. 19 e segs.; F. CH. JEANTET. **Aspects du Droit Économique, in Dix Ans de Conférences d'Aggregation – Études de Droit Commercial offertes a Joseph Hamel**. Paris: Dalloz, 1961; BRUNO LEONI. “*L'Insegnamento del Diritto dell'Economia*”. In **Riv. Dir. Econ.**, 1957, pp. 736 e seg.; Gerd Rink. “*La Définition du Droit Économique dans le Système Juridique Allemand*”, in Riv. Dir. Econ., 1966, pp. 751 e segs.

64 Antonio Amorth. “*L'insegnamento del diritto dell'economia*”, in Riv. Dir. Econ., 1957, p. 7312 e segs.; ELIO CASETTA. “*Brevi Considerazioni sul c.d. Diritto Amministrativo dell'Economia*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1955, p. 339 e segs.; BERNARD CHENOT. **Droit Public Économique**. Inst. D'Études Politiques, 1957/58; **Les sources de Droit**, p. 7 e segs.; DANILO DE'COCCI. “*Il Diritto dell'Economia e la Figura del Dirigente Industriale nel Momento Presente*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1964, pp. 42 e segs.; Haemmerle, in Allorio. Ob. cit., pp. 1198 e segs.; Klausung, in Hamel e Lagarde. **Traité de Droit Commercial**, DALLOZ, 1954, n. 6, pp. 12 e segs.; J. MAZARD. “*Aspects du Droit Économique Français*”, in **Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé**, 1957, p. 21 e segs.

65 BRETHER DE LA GRESSAYE e LABORDE-LACOSTE. **L'Introduction Générale à l'étude du Droit**. Paris, 1947, pp. 111 e segs.; J. HEMARD. **La Notion de Droit Économique** – Conf. no Centre Europeen Universitaire de Nancy – Cours 1962/1963, p. 9 e segs.; HEYMANN, in Hamel e Lagarde. Ob. cit., n. 6, pp. 12 e segs.; M. HOUIN. **Le Droit Commercial et les Decrets**. 1953 – **Droit Social**, 1954, pp. 267; M. LEVASSEUR, in Hemard, Ob. cit., pp. 9 e segs.; JULIO H. G. OLIVERA. **Derecho Económico – Conceptos y Problemas Fundamentales**. Buenos Aires, Ed. Arayú, 1954; J. VAN HOUTTE. “*Les repercussions de l'economie dirige. cit por Limpens em Contribution à l'étude de la Notion de Droit Économique*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1966, pp. 735 e segs.

reito Comercial Econômico;⁶⁶ (e) Escola de Direito Administrativo da Economia;⁶⁷ (f) Escola de Direito Internacional Econômico ou de Direito das Comunidades Econômicas;⁶⁸ (g) Escola de Direito do Desenvolvimento;⁶⁹ (h) Escola Teleológica ou de Direito Econômico aplicado.^{70/71}

Filho-me à doutrina, liderada, no país, por ORLANDO GOMES, que sustenta (a) estar o Direito Econômico situado numa zona intermediária entre o Direito Público e o Direito Privado,⁷² (b) possuir uma tríplice unidade: “de espírito, de objeto e de método”⁷³, e (c) não orientar-se a

66 CASANOVA. **Le Imprese Commerciali**. Torino, pp. 28 e segs.; “*L’introduzione Filosofica al Diritto Commerciale Positivo de Giuseppe Montanelli*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1964, pp. 115 e segs.; CLAUDE CHAMPAUD. “*Contribution à la définition du Droit Économique*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1967, pp. 141 e segs.; ANGELO DE MATTIA. “*Diritto Penale dell’Economia*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1957, pp. 1016 e segs.; M. LOUIS FREDERICQ. **Traité de Droit Commercial Belge**. Gand, 1946, T. I, nº 2, pp. 22; J. Limpens. **Contribution à l’étude de la Notion de Droit Économique** - Centre Univ. de Droit Comparé – Bruxelles; G. LYON-CAEN. “*Contribution à la Recherche d’une Définition du Droit Commercial*”, in **Riv. Trim. De Droit Commercial**, 1949, Tomo II, pp. 577 e segs.; JEAN VON RYN. **Autonomie Nécessaire et Permanence du Droit Commercial**. 1953, tomo IV, pp. 565 e segs.

67 GIORGIO CANSACCHI. “*L’Insegnamento del Diritto dell’Economia*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1957, pp. 731 e segs.; Huber, in CASETTA. “*Brevi Considerazioni sul c.d. Diritto Amministrativo dell’Economia*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1955, pp. 339 e segs.

68 CARTOU. “*L’introduction à l’étude du Droit des Communautés Européennes*, in *Les Documents Communauté Européene 40*”, décembre, 1966, pp. 16 e segs.

69 ROGER GRANGER. *Pour un Droit du Développement dans les pays sous-développés*, in **Dix Ans de Conférences d’agregation – Études de Droit Commercial offertes a Hamel**, pp. 47 e segs.

70 MARIO BERRI. “*Riflessioni sul Diritto dell’Economia e l’Umana Personalità*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1967, pp. 155 e segs.; EMILIO BETTI. “*L’insegnamento del Diritto dell’Economia*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1962, pp. 149 e segs.; RENZO BOLAFFI. “*L’Insegnamento del Diritto dell’Economia*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1962, pp. 147 e segs.; GIUSEPPE CHIARELLI. “*Diritto Pubblico e Privato nel Diritto dell’Economia*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1967, pp. 254 e segs.; FÁBIO K. COMPARATO. O Indispensável Direito Econômico, in **Rev. dos Tribunais**, Vol. 353/14 e segs, 1965; ENRICO FINZI. “*Prospettive pratiche del Diritto dell’Economia*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1962, pp. 144 e segs.; GIUSEPPE GROSSO. “*L’Insegnamento del Diritto dell’Economia*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1957, pp. 720 e segs.; HEDEMANN, in **Casetta**. Ob. cit., pp. 339 e segs.; A. JACQUEMIN. “*Pour une Nouvelle Approche du Droit Economique*”, in **Document de travaille C.R. I.D.E. n. 1/1968**, do “*Centre de Recherches interdisciplinaires Droit-Economie*”, da Universidade de Louvain; MARTY E RAYNAUD. **Droit Civil**, Paris, 1957, T. I, pp. 69; EUGENIO MINOLI. “*L’Insegnamento del Diritto dell’Economia*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1957, pp. 709 e segs.; SANTORO-PASSARELLI. “*L’Autonomia dei Privati nel Diritto dell’Economia*”, in **Riv. Dir. Econ.**, 1956, pp. 1213 e segs.; M. VASSEUR. “*Le Droit de La Reforme des Structures Industrielles et de Economie Régionales*”. Paris, 1959, Cap. “*Vers un Droit Économique*”, 516 e segs.; CAMILO VITERBO. **Ensayos de Derecho Comercial y Económico**. Buenos Aires, 1947, pp. 127 e segs.

71 Sobre cada uma dessas correntes de pensamento, leia-se o excelente **Direito Econômico**, do emérito Prof. MODESTO CARVALHOSA. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, pp. 171/283.

72 Diz o saudoso ORLANDO GOMES: “O Direito Econômico, compreendendo, como compreende, regras de Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal e Tributário, desenvolve-se numa zona intermediária, que não é de Direito Público, nem de Direito Privado (ob. cit., p. 4, nº 4).

73 *Loc. cit.*

regra de direito pela ideia de justiça (princípio da igualdade),⁷⁴ mas pela idéia de eficácia técnica⁷⁵ devido à especial natureza da tutela jurídica que dela emerge, em que prevalecem os interesses gerais e coletivos, públicos e sociais, que ela colima preservar e atender prioritariamente, daí o caráter publicístico de suas normas, que se materializam através de “fato do príncipe”, “proibições legais” e “regras excepcionais”.

A recuperação judicial da empresa é um instituto de Direito Econômico porque suas normas não visam precipuamente realizar a idéia de justiça, mas sobretudo criar condições e impor medidas que propiciem às empresas em estado de crise econômica⁷⁶ se reestruturarem, ainda que com parcial sacrifício de seus credores, de que são exemplos marcantes, na Lei nº 11.101, de 2005:⁷⁷ (a) a suspensão das ações e execuções contra o devedor (art. 6º, *caput*); (b) a fiscalização dos negócios sociais do devedor pelo administrador judicial (art. 22, II, a), pelo comitê de credores (art. 27, I, a, da LRFE), pelo Ministério Público (art. 84, do CPC) e pelo juízo, que preside o processo; (c) a exclusão dos adiantamentos de contrato de câmbio - ACC, da alienação fiduciária em garantia e do *leasing* dos efeitos da LRFE (art. 49, §§ 3º e 4º); (d) o pagamento prioritário dos créditos trabalhistas (art. 54); (e) a novação das obrigações e dívidas do devedor, mesmo sem a anuência e até contra a vontade dos credores (art. 59); (f) a destituição dos administradores da empresa (art. 64); (g) as restrições aos poderes dos administradores da empresa (art. 66); (h) o privilégio dos créditos extraconcursais (art. 84) etc.

- VI -

Conclusões

O art. 49, § 5º, da LRFE trata, literal e indubiosamente, do direito real de garantia do “penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras e valores mobiliários” (parte inicial do citado § 5º) e não do negócio fiduciário tendo por objeto títulos de crédito e direitos creditórios, previsto no art. 49, § 3º, da LRFE.

74 GUSTAV RADBRUCH, ao tratar das “antinomias da idéia de direito”, ensina que “achamos a ideia de direito na de Justiça e surpreendemos a essência desta – a justiça distributiva – na de igualdade, isto é, no tratamento igual de coisas iguais e no tratamento desigual de coisas desiguais” (*in Filosofia do Direito*. Coimbra: ARMÊNIO AMADO, Editor, 1979, 6ª ed. p. 159).

75 “A regra de Direito não se ordena mais a uma idéia de justiça; passa a ser aferida pela eficácia técnica. Empolgado por esse pensamento, o legislador convenceu-se de que as leis devem ser, antes de mais nada, um instrumento, uma técnica a serviço do Estado no cumprimento da programação econômica nacional. (...) Essa nova orquestração da política legislativa repercute na dogmática jurídica, por isso que as inovações normativas tiveram de ser ajustadas à estrutura de institutos tradicionais, quer através de configuração diferente, quer mediante recondição. Em conseqüência, certos princípios esvaziaram-se, alguns instrumentos jurídicos mudaram de função, e fórmulas dúbias ou meras designações terminológicas surgiram, tudo a indicar a pronunciada crise dogmática jurídica” (ORLANDO GOMES, ob. cit., pp. 17/18).

76 Aqui a expressão “estado de crise econômica” é utilizada em sentido amplo, que abrange crise societária, administrativa, operacional, econômica, financeira etc.

77 Nestes exemplos, sobressai a idéia de eficácia técnica em detrimento da idéia de justiça, pois, só para ficar na hipótese da letra *a*, embora possa ser considerada, pelo credor, injusta a suspensão das ações e execuções contra o devedor inadimplente, por vezes até mesmo inadimplente contumaz, ela é medida indispensável para o seu reerguimento e, portanto, ainda que apenas teoricamente (eis que, na prática, muitas vezes não se confirma), tecnicamente eficaz.

Por ser o penhor um instituto que não possui o condão de transmitir o domínio do produto dos títulos de crédito e direitos creditórios para quitar a dívida garantida, as importâncias recebidas pelo credor pignoratício devem ser depositadas em conta vinculada conforme dispõe o § 4º, do art. 6º, da LRFE, sobrelevando notar, por oportuno, que, no penhor, o credor executa a dívida e se paga com a transformação do objeto do penhor em dinheiro; na cessão fiduciária, executa a garantia, para liquidar, total ou parcialmente, a dívida.

O art. 66, B, § 3º, da Lei nº 4.728, de 1965, com a redação da Lei nº 10.931, de 2004, instituiu um regime especial e privilegiado de cobrança e recebimento do crédito garantido por alienação fiduciária em garantia de coisa fungível e por cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e títulos de créditos, que independe de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, o mesmo tendo feito o art. 49, § 3º, da LRFE, ao utilizar a expressão “proprietário fiduciário”, qualidade que o credor adquire quer através do negócios fiduciário de alienação em garantia, quer do negócio fiduciário de cessão em garantia.

Destarte, ao excluir-se do processo de recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária de recebíveis, não se está estendendo a regra especial do citado art. 66-B, § 3º, mas aplicando-a em conjunto com a do mencionado art. 49, § 3º, eis que, *ex vi* do art. 83 do CC, na categoria de “bens móveis e direitos pessoais”, se incluem os títulos de crédito e direitos deles decorrentes, tanto os já vencidos (performados), quanto os vincendos (a performar), eis que o CC não os distingue.

E mais:

(1º) a novel “recuperação judicial da empresa” e a cessão fiduciária de títulos de crédito e direitos creditórios devem ser examinadas segundo os cânones e princípios jurídicos de Direito Econômico, em que prevalece a ideia de eficácia técnica sobre a ideia de justiça;

(2º) como instituto de Direito Econômico, o negócio fiduciário ou a “venda para garantir”, em suas duas principais espécies – a alienação fiduciária em garantia e a cessão fiduciária em garantia – tem por escopo atender, com eficácia e rapidez, às novas exigências criadas por um mundo em avassaladora transformação,⁷⁸ o que embasa a sua exclusão dos efeitos de recuperação judicial;

(3º) para tornar essa garantia plenamente eficaz e estimular a concessão de linhas de crédito e de empréstimos e financiamentos à indústria, ao comércio e às empresas de prestação de serviços com respaldo em cessão de direitos creditórios, a LRFE, sabiamente, exclui a “propriedade fiduciária de bens móveis”, vale dizer, de recebíveis, dos efeitos da ação de recuperação judicial.

78 A necessidade imperiosa de recursos financeiros, para manter as empresas industriais, comerciais e de serviços competitivas e rentáveis em um mundo globalizado, e a procura por meios e modos de segregar riscos, por parte de financiadores, multiplicaram as operações com lastro em receita futura, ordinariamente realizadas sob a forma de desconto de duplicatas.

Essas novas operações, além da hoje corriqueira cessão fiduciária de recebíveis em garantia, são a securitização de recebíveis através da formação de SPE e do FIDC.

(4º) por fim e em síntese: a LRFE, ao referir-se, no art. 49, § 3º, a “credor titular de posição de proprietário fiduciário de bens móveis”, abrange tanto o proprietário fiduciário, que adquiriu essa qualidade por força de contrato de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, quanto o proprietário fiduciário que ostenta essa posição em decorrência de contrato de cessão fiduciária em garantia de recebíveis, ambos institutos de Direito Econômico, que têm a finalidade precípua de servir de instrumentos, a serviço do Estado e dos particulares, do desenvolvimento econômico e social do país, daí serem regulados por princípios jurídicos próprios, que não seguem a ideia de justiça, mas de eficácia técnica, o que, repito, explica, justifica e fundamenta a sua exclusão do processo de recuperação judicial e de falência do devedor.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.456.903 - RJ (2014/0037534-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DE SOCIEDADE ABERTA. ACIONISTAS MINORITÁRIOS. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CONTRA A INCORPORADORA E MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO NO DOMICÍLIO DAS PESSOAS NATURAIS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ACATADA. ASSEMBLEIA GERAL. APROVAÇÃO DA INCORPORAÇÃO REALIZADA EM SÃO PAULO. COMPETÊNCIA DO FORO DO LUGAR DO ATO OU FATO. ART. 100, V, “A” e “B”, DO CPC/1973.

1. Improcede a alegada violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido adota fundamento suficiente para dirimir o litígio, sendo dispensável que venha a examinar, um a um, os argumentos das partes.

2. “A ação que visa reparação de danos deve ser intentada no local do ato ou fato, diante da prevalência da regra especial (art. 100, V, ‘a’, do CPC) sobre a geral (art. 94 do CPC)” (AgRg no AREsp nº 277.573/RS).

3. É competente o foro do lugar onde realizada a assembleia geral que aprovou a operação de incorporação para a ação de reparação de danos ajuizada pelo acionista descontente. Incidência do art. 100, V, “a” e “b”, do CPC/1973.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Especial nº 1.456.903 - RJ (2014/0037534-0), em que é Recorrente: Ultrapar Participações S/A, Recorridos: Polo

Norte Fundo de Investimento Multimercado e Polo Fundo de Investimento em Ações e Interessados: Pedro Wongtschowski, Francisco Pais e Ana Paula Almeida Naya de Paula.

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar procedente o recurso especial para reconhecer a incompetência do foro do Rio de Janeiro e determinar a remessa dos autos para o foro de São Paulo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA MOURA RIBEIRO votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros PAULO DE TARSO SANSEVERINO e MARCO AURÉLIO BELLIZZE.

Dr. Marcus Vinicius Vita Ferreira, pela parte recorrente: Ultrapar Participações S/A

Dra. Carolina de Jesus Muller, pela parte recorrida: Polo Fundo de Investimento em Ações.

Brasília (DF), 23 de agosto de 2016
(Data do Julgamento).

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: Polo Fundo de Investimentos em Ações e Polo Norte Fundo de Investimento Multimercado, ambos fundos de investimentos em ações, ajuizaram, na comarca do Rio de Janeiro (RJ), na qualidade de acionistas minoritários da Refinaria de Petróleo Ipiranga S.A. (RPI), da Distribuidora de Produtos de Petróleo Ipiranga (DPPI) e da Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga (CBPI), ação de reparação de danos em desfá-

vor da ora recorrente e de outros quatro réus, ex-integrantes dos conselhos de administração das empresas acima referidas.

Buscam os autores, ora recorridos, obter ressarcimento “[...] de forma solidária e mais ampla possível, [de] todos os prejuízos sofridos em decorrência da fraudulenta e injusta relação de substituição de ações, e demais manobras ilícitas acima descritas [...]”, em razão da operação de incorporação das ações dessas companhias pela Ultrapar.

A ora recorrente arguiu a incompetência do juízo a que foi distribuído o feito sob os seguintes fundamentos:

a) a competência para julgar a ação em que for ré pessoa jurídica é do foro em que ela está sediada, no caso, o da capital de São Paulo;

b) a competência para julgar a ação de reparação de danos é do foro do lugar onde ocorreu o ato ou fato danoso, também em São Paulo; e

c) há, nos protocolos de incorporação e justificação, cláusula de eleição de foro designando o da Comarca da Capital de São Paulo para apreciar e julgar as questões relativas à operação societária em comento.

O presente recurso especial tem origem em agravo de instrumento interposto contra a decisão do Juiz da 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro que rejeitou a exceção de incompetência noticiada, entendendo ser competente para o processamento e julgamento da causa o foro da cidade do Rio de Janeiro, consoante redação do art. 100, V, “a”, do CPC.

O Tribunal de origem, embora por fundamento diverso do adotado na decisão agravada, negou provimento ao recurso ofertado pela ora recorrente e aos outros da mesma natureza interpostos pelos demais demandados. O acór-

dão recebeu esta ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PROCEDIMENTO DE INCORPORAÇÃO. COMPETÊNCIA RELATIVA TERRITORIAL. AFASTADA A REGRA ESPECIAL DO ART. 100, V, “a” DO CPC. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DO ART. 94 DO CPC. MELHOR INTERESSE DO OFENDIDO. FORO DE ELEIÇÃO AFASTADO. Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida em sede de exceção de incompetência do juízo, na qual foram rejeitadas as alegações das partes ora agravantes. Causa de pedir fundada em reparação de ilícito civil extracontratual, sendo aplicável, a princípio, a regra do art. 100, inciso V, “a” do CPC para fins de definição da competência, afastando-se a regra geral de competência territorial prevista pelo *caput* do art. 94 do CPC. Ato lesivo que consiste na efetivação da incorporação das empresas da Companhia Ipiranga pela Ultrapar Participações S.A., que se deu quando da aprovação do laudo de avaliação pela assembleia geral da incorporadora, nos moldes do § 3º, do art. 252 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.). Todavia, não é esta a melhor interpretação a ser dada na presente hipótese. Considerando tratar-se de competência territorial e, portanto, regra de competência relativa, admite-se a sua derrogação por vontade das partes, uma vez que é norma que atende precipuamente a interesse particular. Não é incorreto admitir possam os lesados abrir mão do foro especial do art. 100, inciso V, “a” do CPC, para optar pela regra geral do art. 94, *caput*, do CPC ou, ainda, pelo foro de seu próprio domicílio, entendendo ser a propositura da ação de reparação de danos num ou noutro mais vantajosa ao exercício de sua ampla defesa, de modo a lhe assegurar eficazmente a indenização pelo ilícito eventualmente suportado. No que diz respeito à regra

enxerta do art. 100, parágrafo único, do CPC, esta competência se dará também no caso de ação para reparação de dano causado por delitos, uma vez que a expressão legal deve ser tomada de modo abrangente, compreendendo não apenas delito penal, mas igualmente o civil. Igualmente, deve ser afastada a cláusula de foro de eleição, consoante o § 1º, do art. 111 do CPC, uma vez que os agravados figuraram como meros acionistas minoritários da empresa incorporada, não tendo participado diretamente do procedimento de incorporação, nem mesmo acerca das disposições nele constantes. Regra que permite vítima do dano, em razão de sua fragilidade, escolher o foro no qual deseja demandar. *Mens legis* que visa justamente proteger o mais fraco, não podendo a parte mais forte justamente alterar o espírito da lei através de cláusula contratual. Por derradeiro, saliento que o prévio ajuizamento de demanda anulatória em foro distinto não se presta para deslocar a competência, pois já houve o seu julgamento por aquele juízo. Inexiste conexão com causa finda, pois a finalidade da regra é o julgamento simultâneo para evitar decisões conflitantes. Ademais, aquela ação quando muito seria prejudicial à presente, o que apenas geraria a suspensão desta ação, acaso não houvesse sido julgada. Regra do art. 265, IV, alínea “a” do CPC. Precedentes da Corte Superior. Decisão agravada mantida, mas sob diverso fundamento. Recursos a que se nega provimento.

Opostos embargos de declaração ao acórdão estadual, foram rejeitados.

O recurso especial, devidamente contra-arrazoado, foi inadmitido na origem.

Para melhor exame da matéria, dei provimento ao agravo e determinei sua conversão em recurso especial.

É o relatório.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES DE SOCIEDADE ABERTA. ACIONISTAS MINORITÁRIOS. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CONTRA A INCORPORADORA E MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO NO DOMICÍLIO DAS PESSOAS NATURAIS. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ACATADA. ASSEMBLEIA GERAL. APROVAÇÃO DA INCORPORAÇÃO REALIZADA EM SÃO PAULO. COMPETÊNCIA DO FORO DO LUGAR DO ATO OU FATO. ART. 100, V, “A” e “B”, DO CPC/1973.

1. Improcede a alegada violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido adota fundamento suficiente para dirimir o litígio, sendo dispensável que venha a examinar, um a um, os argumentos das partes.

2. “A ação que visa reparação de danos deve ser intentada no local do ato ou fato, diante da prevalência da regra especial (art. 100, V, ‘a’, do CPC) sobre a geral (art. 94 do CPC)” (AgRg no AREsp n. 277.573/RS).

3. É competente o foro do lugar onde realizada a assembleia geral que aprovou a operação de incorporação para a ação de reparação de danos ajuizada pelo acionista discontente. Incidência do art. 100, V, “a” e “b”, do CPC/1973.

4. Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: De início, impõe-se ressaltar que o presente recurso especial foi interposto com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, com as interpretações dadas pela jurisprudência desta Corte (Enunci-

ado Administrativo n. 2/STJ).

A discussão travada neste recurso especial cinge-se a determinar o foro competente para dirimir a controvérsia instaurada com o ajuizamento da ação ordinária de ressarcimento de danos supostamente sofridos pelos recorridos por ocasião da operação societária que culminou na incorporação das ações das companhias do Grupo Ipiranga pela recorrente, Ultrapar.

A ação foi proposta na comarca da cidade do Rio de Janeiro, onde têm domicílio dois dos cinco réus, Daniel Lima de Oliveira e Francisco Pais. Os demais, Pedro Wongtschowski, André Covre e Ultrapar, têm domicílio e sede na cidade de São Paulo. As pessoas naturais demandadas o são na qualidade de membros dos conselhos de administração das sociedades envolvidas.

Todos os réus arguíram exceção de incompetência do juízo. Todos, com alguns argumentos distintos e outros comuns, sustentam ser incompetente o Juízo da 3ª Vara Empresarial da comarca da capital do Rio de Janeiro e pugnam pela declaração de competência de alguma das varas da comarca de São Paulo.

O acórdão recorrido, embora por fundamentos diversos daqueles adotados pelo Juízo de primeiro grau, manteve a tramitação do processo na vara especializada da capital do Rio de Janeiro.

Entendeu o órgão julgador *a quo* que a norma aplicável é a prevista no art. 94, *caput*, do Código de Processo Civil, regra geral de competência; assim, sendo diversos os réus, seria cabível a incidência da regra inserta no § 4º do mesmo dispositivo legal.

O recurso especial está fundamentado no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal e

suas razões sustentam violação dos arts. 535, II, 100, IV, “a”, V, “a”, e parágrafo único, e 111, *caput* e § 1º, do CPC; e 252, § 3º, da Lei nº 6.404/1976.

Passo a decidir.

Relativamente à alegada violação do art. 535, II, do CPC, verifica-se que os embargos de declaração opostos pela recorrente ao acórdão proferido no agravo de instrumento foram corretamente rejeitados, uma vez que o aresto não continha a mácula que lhe fora atribuída.

Afirmou-se que referido acórdão fora omissivo quanto ao exame da regra do art. 100, IV, “a” – segundo a qual, para a ação em que for ré pessoa jurídica, é competente o foro do lugar onde está a sede. No entanto, ao validar a opção dos autores pelo ajuizamento da ação no domicílio de dois dos réus, com base no art. 94, § 4º, do CPC, a Corte de origem, ainda que implicitamente, afastou a incidência de outras regras eventualmente aplicáveis. Não havia necessidade de contrariar, um a um, os argumentos apresentados pela parte. Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “não há violação dos arts. 458 e 535 do CPC quando o acórdão recorrido fundamenta claramente seu posicionamento, de modo a prestar a que lhe foi postulada. O fato de o Tribunal *a quo* decidir de forma contrária à defendida pelo recorrente, elegendo fundamentos diversos daqueles por ele propostos, não configura omissão ou qualquer outra causa passível de exame mediante a oposição de embargos de declaração” (AgRg no REsp nº 1.336.849/RS, relator Ministro OG FERNANDES, DJe de 14.10.2015).

Quanto ao mérito do recurso propriamente dito, tenho que assiste razão à recorrente.

Consta do aresto objurgado que o ato verdadeiramente lesivo aos interesses dos recor-

ridos deu-se com a assembleia geral da companhia Ultrapar Participações S.A. na qual foi aprovado o laudo de avaliação das empresas do Grupo Ipiranga, momento em que os acionistas dessas empresas passaram a ter o direito de substituir suas ações pelas da empresa incorporadora. Confira-se:

Tratando-se de causa de pedir fundada em reparação de ilícito civil, tendo em vista que consistem os alegados danos no valor atribuído às ações do Grupo Ipiranga, que detinham os agravados quando da incorporação pela empresa Ultrapar Participações S.A., justificarse-ia, a princípio, a aplicação da regra do art. 100, inciso V, “a” do CPC para fins de definição da competência, afastando-se a regra geral de competência territorial, prevista pelo *caput* do art. 94 do CPC, como reconheceu a decisão agravada. Destaco: “Art. 100. É competente o foro: V - do lugar do ato ou fato: a) para a ação de reparação de dano”.

Ato contínuo, deve ser entendido como ato lesivo aos interesses dos autores, ora agravados, propriamente a efetivação da incorporação das empresas da Companhia Ipiranga pela Ultrapar Participações S.A., que se deu quando da aprovação do laudo de avaliação pela assembleia geral da incorporadora, nos moldes do que expressamente dispõe o § 3º, do art. 252 da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.).

[...] *In casu*, verifica-se que as assembleias gerais das empresas incorporadas ocorreram em suas respectivas sedes, ou seja, nas cidades de Rio Grande, Porto Alegre e Rio de Janeiro, tendo ocorrido posteriormente, porém, a assembleia geral da incorporadora, que aprovou o laudo de avaliação das incorporadas, efetivando a incorporação, na cidade de São Paulo, a partir de quando os acionistas da Companhia Ipiranga passaram a ter o direito de substituírem suas ações por ações preferenciais da Ultrapar Participações S.A.

[...] Poder-se-ia então concluir, a princípio, ser o foro da cidade de São Paulo o compe-

tente para o processamento e o julgamento da ação principal proposta pelos ora agravados, uma vez que seria este o local do evento danoso, pois onde ocorreu a assembleia geral da incorporadora, quando fora efetivada a incorporação e a relação de substituição das ações questionada pelos agravados.

Não obstante essas considerações, o Tribunal de origem entendeu aplicável a norma do art. 94 do CPC, pelos fundamentos seguintes:

Entendo, portanto, que agiu de forma acertada o juízo *a quo* ao rejeitar as razões da exceção de incompetência, mantendo a competência territorial no foro da cidade do Rio de Janeiro, mas sob diverso fundamento, ou seja, não pelo fato de que este seria o local do dano, uma vez que apenas a assembleia-geral de uma das empresas da Companhia Ipiranga teria aqui ocorrido, tendo em vista, ainda, a aplicação do art. 252, § 3º da Lei das S.A., mas em razão da derrogação da competência. Explico.

A fixação da competência no foro da cidade do Rio de Janeiro se dá pela simples derrogação da competência relativa prevista no art. 100, inciso V, “a”, do CPC, tendo em vista ser a vítima sua principal destinatária, cabendo a ela a avaliação de que modo melhor se dará a tutela de seus interesses, resguardando-o a possibilidade de abrir mão da competência especial do foro do local do fato para optar pela regra geral do art. 94, *caput*, e § 4º do mesmo diploma, sendo legal a sua opção pelo foro desta cidade.

Igualmente, entendo deva ser afastada a cláusula de foro de eleição, estipulada nos Protocolos de Incorporação e Justificação, e na forma do art. 111 do CPC, que previa a cidade de São Paulo como foro competente para dirimir as controvérsias que lhes sejam pertinentes, pelos mesmos motivos já expostos. Ou seja, a lei processual civil concedeu às vítimas de dano uma situação de privilégio, podendo optar pelo foro que melhor atenda os seus interesses, como forma de mitigar os prejuízos em

tese sofridos. Na verdade, o legislador, ciente da fragilidade da vítima do ilícito civil ou penal, tendo (*rectius*: tentou) retomar o equilíbrio da relação lhe dando este benefício. É máxima de tratar desigualmente os desiguais. Assim, não podem as partes em sede privada, contratualmente, retirar estes benefícios se valendo justamente da fragilidade da vítima em potencial.

Com a devida vênia, não é essa a melhor solução para o caso.

De fato, sobejam razões para reconhecer como mais apropriado para tramitação do processo o foro da comarca da capital de São Paulo.

Conforme lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “as normas que definem a competência dos foros especiais constituem *leges speciales* em relação à que institui o foro comum (CPC, art. 94), tendo aplicação a conhecida máxima de hermenêutica segundo a qual a norma geral deixa de aplicar-se quando tem incidência uma especial e nos limites dessa incidência (*lex specialis derogat lege generale*). O foro comum só prevalece, portanto, nos casos em que não haja a incidência de norma alguma ditando a competência de um foro especial” (**Instituições de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, n. 240, p. 515).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, considera especial a regra do art. 100, V, “a”, do CPC, conforme se vê das ementas abaixo transcritas:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS FUNDADO EM SUPOSTO ATO ILÍCITO. COMPETÊNCIA FIXADA PELO LOCAL DO ATO OU FATO. PREVALÊNCIA

SOBRE A REGRA GERAL INSERTA NO ART. 94 DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há se falar em violação ao art. 535 do CPC, tendo em vista que o acórdão dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha a examinar uma a uma as alegações e argumentos expendidos pelas partes.

2. A ação que visa reparação de danos deve ser intentada no local do ato ou fato, diante da prevalência da regra especial (art. 100, V, “a”, do CPC) sobre a geral (art. 94 do CPC). Precedentes.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp nº 277.573/RS, relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 04/06/2013.)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. DENUNCIÇÃO DA LIDE AO ESTADO DO PARÁ. REGRA DEFINIDORA DE COMPETÊNCIA DO ART. 100, V, “A”, DO CPC, QUE PREVALECE SOBRE AS DEMAIS, GENÉRICAS. AUSÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO PARA ESTADO-MEMBRO. SÚMULA Nº 206/STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO LOCAL DO ATO OU FATO QUE ORIGINOU O DANO.

1. Trata-se de conflito em que se discute a competência para exame de ação de indenização por danos morais e materiais, em que o Estado do Pará foi denunciado à lide pela empresa demandada.

2. Nos termos do art. 109 do Código de Processo Civil, ‘o juiz da causa principal é também competente para a reconvenção, a ação declaratória incidente, as ações de garantia e outras que respeitam ao terceiro interveniente’. Assim, o mesmo juízo que examinar a ação de indenização proposta deve ter competência para examinar o incidente da denúncia da lide.

3. Conforme preceitua o art. 100, V, “a”, do CPC, para a ação de reparação de dano é

competente o foro do lugar do ato ou fato, tratando-se de regra definidora de competência territorial especial em relação às demais, genéricas.

4. O Exmo. Sr. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, ao relatar o REsp nº 89.642/SP, bem tratou do assunto, consignando que “a regra do artigo 100, V, “a”, do CPC, é norma específica em relação às dos artigos 94 e 100, inciso IV, a, do mesmo diploma, e sobre estas deve prevalecer. Enquanto as duas últimas definem o foro em razão da pessoa do réu, determinando que a ação seja em regra proposta no seu domicílio, ou, sendo pessoa jurídica, no lugar onde está a sua sede, já o disposto no artigo 100, V, a, considera a natureza do direito que origina a ação, e estabelece que a ação de reparação de dano – não importa contra quem venha a ser promovida (pessoa física ou jurídica com domicílio ou sede em outro lugar) – tem por foro o lugar onde ocorreu o fato” (4ª Turma, DJ de 26/08/1996).

5. Por outro lado, o art. 125, § 1º, da Constituição Federal, determina que a competência da Justiça Estadual será definida por norma de organização judiciária local, não havendo, portanto, previsão de foro privilegiado para os Estados-Membros. Outra não é a orientação firmada neste Pretório (REsp nº 193.725/SC, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 16.5.2005; REsp nº 161.622/SP, 2ª Turma, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 07/04/2003).

6. Ressalte-se ainda, o teor da Súmula nº 206/STJ, no sentido de que “a existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis do processo.”

7. Desse modo, considerando a inexistência de foro privilegiado do Estado-Membro, bem como a prevalência da regra territorial prevista no art. 100, V, “a”, do CPC, não há óbice a que o juízo do local do ato ou fato causador do dano *examine*, caso julgada procedente a ação, o incidente de denunciação da lide.

8. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Coronel Fabriciano/MG, o suscitado, para apreciar o feito. (CC nº 55.270/PA, relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJ de 30/04/2007.)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. LOCAL DO FATO.

1. Competente para o julgamento da ação de reparação de danos o foro do lugar onde ocorreu o fato, regra especial prevista no artigo 100, V, “a”, do Código de Processo Civil que prevalece sobre a geral do artigo 94 do mesmo diploma, não havendo distinguir, na hipótese, o ilícito contratual do extracontratual.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Ijuí/RS. (CC nº 55.826/PR, relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DE DIREITO, DJ de 09/11/2006.)

Não cabe falar, no caso, em direito do autor de optar pelo foro que melhor atenda aos seus interesses, ao contrário do afirmado no aresto hostilizado. O objetivo da regra contida no art. 100, V, “a”, do CPC não é privilegiar a vítima, mas evitar a dispersão de procedimentos, de modo que todas as ações ajuizadas com base num mesmo fato fiquem concentradas no mesmo local, sendo decididas, se possível ainda o reconhecimento da conexão, pelo mesmo juízo. Na espécie, quer-me parecer que a escolha do domicílio de dois dos cinco réus teve o único propósito de afastar a competência da Justiça paulista, por onde já tramitara processo envolvendo as mesmas partes com resultado desfavorável aos autores.

Importante registrar que os autores, ora recorridos, são fundos de investimentos milionários, acostumados a participar de operações da mais alta complexidade, e não aplicadores pequenos, frágeis e incautos, que eventual-

mente teriam sido ludibriados pelos réus.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao caso em julgamento também em razão do disposto no art. 100, V, “b”, do CPC, segundo o qual é competente o foro do lugar do ato ou fato para a ação em que for réu o administrador ou gestor de negócios alheios, condição em que se enquadram as pessoas naturais aqui demandadas.

Nesses casos, visou o legislador atender razões de economia e celeridade processuais, uma vez que a tramitação do feito no lugar do ato ou fato facilita a coleta da prova eventualmente necessária à instrução do processo.

Convém registrar, ademais, que a sede da empresa recorrente localiza-se também na cidade de São Paulo, fato que, somado aos outros já mencionados, torna recomendável a tramitação do processo naquele foro, conforme previsão contida no art. 100, IV, “a”, do CPC. A justificativa, nesse caso, está no fato de que é na sede da pessoa jurídica que se encontram, de ordinário, os livros e demais documentos obrigatórios e indispensáveis ao funcionamento da empresa.

Como se vê, há um sem-número de razões que, consideradas isoladas ou conjuntamente, demonstram a necessidade de definir a Justiça paulista como a competente para dirimir o conflito que ora se examina.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para declarar a competência da Justiça paulista para processar e julgar a ação, determinando a remessa dos autos à capital do Estado de São Paulo para distribuição.

É como voto.

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 826.548 - RJ (2015/0313111-9)

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MULTA ADMINISTRATIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. ATRASO NA ENTREGA, PELA CONCESSIONÁRIA, DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA REGULARIDADE E PELA PROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E DO CONTRATO CELEBRADO ENTRE AS PARTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS NºS 7 E 5/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73.

II. Trata-se, na origem, de ação declaratória de nulidade de ato administrativo, ajuizada pela Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro - CEG, em face da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA.

III. Não há falar, na hipótese, em violação aos arts. 458 e 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e daquele dos Embargos Declaratórios apreciaram, fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. O Tribunal de origem, com base na apreciação do conjunto probatório dos autos, reconheceu que “não merece acolhimento o argumento de falta de razoabilidade no montante da multa imposta, eis que, como ressaltado pela d. Procuradoria de Justiça (arquivo 405), encontra-se previsto

expressamente na Cláusula 10, inciso III do contrato de concessão”, que “tampouco restou ofendido o dever constitucional de motivação dos atos administrativos, na medida em que a multa imposta decorreu de previsão legal, contida na cláusula quarta do contrato de concessão assinado pelas partes”, e que, “não restando comprovado qualquer vício, correta a sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade do processo administrativo que culminou com a multa por atraso na entrega do serviço à concessionária”. Assim, a alteração de tal conclusão exigiria o exame do acervo fático-probatório constante dos autos e do contrato celebrado entre as partes, providência vedada, em sede de Recurso Especial, a teor dos óbices previstos nas Súmulas N° 7 e 5/STJ. Precedentes: STJ, AgInt no AREsp N°661.811/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Tuma, DJe de 26/04/2016; STJ, AgRg no AREsp 825.638/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe de 30/03/2016; STJ, AgRg no REsp n° 1.555.605/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe de 04/02/2016; STJ, AgRg no REsp n° 1.467.045/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 20/04/2015.

V. Agravo Interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de AgInt no Agravo em Recurso Especial n° 826.548 - RJ (2015/0313111-9), em que é Agravante: Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro e Agravada Agência Reguladora de Energia e Saneamento do Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra.

Ministra Relatora. Os Srs. Ministros FRANCISCO FALCÃO, HERMAN BENJAMIN, OG FERNANDES e MAURO CAMPBELL MARQUES votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 13 de setembro de 2016 (data do julgamento).

MINISTRA ASSULETE MAGALHÃES
Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA ASSULETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto pela Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro - CEG, em 21/03/2016, contra decisão de minha lavra, publicada em 15/03/2016, assim fundamentada, *in verbis*:

“Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto pela Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro - CEG, contra decisão que não admitiu o Recurso Especial, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

‘DIREITO ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. MULTA APLICADA POR AGÊNCIA REGULADORA EM DECORRÊNCIA DE ATRASOS NA ENTREGA DOS SERVIÇOS PELA CONCESSIONÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE OBSERVOU O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. Não cabe o argumento de ofensa aos princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório. Pois, depreende-se dos documentos acostados aos autos que não houve ofensa ao dever constitucional de motivar os atos administrativos, na medida em que a multa imposta decorreu de previsão legal, contida na cláusula quarta do contrato de concessão assinado pelas partes.

Também não merece acolhimento o argumento de falta de razoabilidade no mon-

tante da multa imposta, eis que, como ressaltado pela d. Procuradoria de Justiça (arquivo 405), encontra-se previsto expressamente na Cláusula 10, inciso III do contrato de concessão (arquivo 46/63).

Não comprovado qualquer vício, correta a sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade do processo administrativo que culminou com a multa por atraso na entrega do serviço à concessionária.

Recurso não provido” (f. 453e).

As razões do Recurso Especial apontam negativa de vigência aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC e 2º da Lei nº 9.784/99, ao argumento de que (a) existe omissão na análise de ponto relevante, a saber, ‘não indicou a norma legal ou regulamentar que supostamente a CEG teria infringido, de modo a tornar plausível a aplicação do art.19, IV, da Instrução Normativa nº 01/2007 no processo administrativo cuja nulidade foi pleiteada pela CEG’ (f. 494e); (b) ‘cumpriu todas as exigências impostas pela agência está no fato de que a própria representante da construtora reconheceu que a concessionária efetuou a ligação do ramal do gás’, de modo que, ‘como está fartamente comprovado no processo administrativo, não havia razão para que a CEG fosse punida’ (f. 496e); (c) ‘não é possível que a CEG seja penalizada em quase cento e trinta mil reais mesmo tendo cumprido integralmente as exigências da agência’, uma vez que ‘a multa aplicada está destituída de proporcionalidade e razoabilidade’ (f. 501e).

A irresignação não merece acolhimento.

É de se afirmar, inicialmente, que não houve violação aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido e do acórdão dos Embargos Declaratórios apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp nº 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJ 23/04/2008.

Quanto à incidência de multa por atraso na entrega do serviço pela concessionária, o Tribunal de origem assentou que, ‘da leitura dos documentos depreende-se que tampouco restou ofendido o dever constitucional de motivação dos atos administrativos, na medida em que a multa imposta decorreu de previsão legal, contida na cláusula quarta do contrato de concessão assinado pelas partes’. Consignou, ainda, que ‘não merece acolhimento o argumento de falta de razoabilidade no montante da multa imposta, eis que, como ressaltado pela d. Procuradoria de Justiça (arquivo 405), encontra-se previsto expressamente na Cláusula 10, inciso III do contrato de concessão (arquivo 46/63)’ (f. 466/468e).

Assim, a fundamentação do acórdão recorrido, quanto à regularidade na aplicação da multa, bem como quanto à existência de razoabilidade e proporcionalidade na fixação de seu valor, somente poderia ser modificada mediante o reexame dos aspectos fáticos da causa e das cláusulas do contrato de concessão, o que é vedado, no âmbito do Recurso Especial, pelas Súmulas nºs 5 e 7 desta Corte.

Ante o exposto, conheço do Agravo e nego seguimento ao Recurso Especial, com fundamento no art. 544, § 4º, II, b, do CPC” (f. 666/667e).

Inconformada, a parte agravante alega que:

“A) INAPLICABILIDADE DAS SÚMULAS Nºs 5 E 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. O presente recurso especial não encontra qualquer óbice nas Súmulas nº 5 e 7 do STJ, sendo certo que todos os requisitos legais previstos na legislação e no Regimento Interno do STJ se encontram perfeitamente atendidos.

7. Neste sentido, cumpre destacar que a agravante não pretende o reexame de fatos como afirma a decisão agravada, mas tão somente a reavaliação da prova conforme expressamente exposta pelo acórdão recorrido – o que não implica no vedado reexame do conjunto fático-probatório –, à luz da interpretação e conclusão dada aos artigos violados: ‘De início, cumpre ressaltar que a reavaliação da prova constitui em atribuir o devido valor jurídico a fato incontroverso, sobejamente reconhecido nas instâncias ordinárias, prática francamente aceita em sede de recurso especial, como bem observou o E. Ministro FELIX FISCHER: ‘A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (REsp nº 683702/RS, Quinta Turma, julgado em 01/03/2005).’

8. Assim, quanto à afirmação da decisão agravada no sentido de que a CEG pretende a revisão da matéria fático-probatória, o que implicaria na incidência das súmulas nºs 5 e 7 desse colendo Tribunal Superior, com todas as vênias, tal entendimento não é condizente com os elementos do processo, uma vez que a intenção da CEG é a de, tão somente, fustigar o ato nulo entendido como válido e eficaz pelas r. decisões precedentes.

9. Não se valeu a CEG de nenhum dos elementos fáticos da demanda, ao contrário, fincou sua tese em contrariedade à norma federal, demonstrando analiticamente o vilipêndio aos dispositivos em questão: artigos 535, II e 458, II do CPC e artigo 2º da Lei nº 9.784/1999.

10. É notório que o ponto nodal a demonstrar a nulidade do ato administrativo impugnado é a inexistência de lei ou de norma regulamentar nela baseada a definir a conduta da CEG como passível de sanção administrativa com aplicação de penalidade de multa.

11. Como pode ser observado nos presentes autos, em sede de embargos de declaração, a CEG apontou omissão contida no v. acórdão que negou provimento ao recurso de apelação,

tendo evidenciado que este não enfrentou ponto relevante, já que não indicou a norma legal ou regulamentar que supostamente a CEG teria infringido, de modo a tornar plausível a aplicação do art. 19, inciso IV, da Instrução Normativa nº 01/2007 no processo administrativo cuja nulidade foi pleiteada pela CEG.

12. O argumento utilizado pela r. sentença que julgou improcedente a demanda destacou somente que o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº 01/2007 impõe penalidade de multa à CEG sempre que esta deixar de cumprir as normas legais e regulamentares dos serviços, inclusive as normas da agência, respondendo perante o Estado, a agência, os consumidores e terceiros pelas eventuais consequências danosas da exploração dos serviços. No entanto, que norma legal, regulamentar ou da agência foi descumprida pela concessionária?

13. A resposta da pergunta não foi respondida pelo Tribunal *a quo*, que permaneceu, portanto, omissa quanto ao ponto levantado pela CEG, o que viola não só o art. 535, II do CPC, mas, também, o art. 458, II do mesmo diploma legal, já que não foi permitida à CEG compreender, com clareza, que norma, no entender desse MM. Juízo de 1ª instância, ela infringiu, fazendo-a sofrer os efeitos dos arts. 19 e 14 da Instrução Normativa nº 01/2007.

14. Com efeito, o ponto suscitado, que possui extrema relevância para a demanda e é indispensável para a completa solução da questão, não foi apreciado, muito embora regularmente instados pela CEG.

15. Por essas razões, mostra-se evidente a violação aos arts. 535, II, e 458, II do CPC.

16. Não é demais observar, ainda, que na esfera do bom direito, toda e qualquer questão levada ao Poder Judiciário tem como supedâneo uma questão de fato, sobre a qual incide a norma jurídica.

17. Entretanto, o fito da CEG não é o de rediscutir a questão de fato, mas o de promover as corretas interpretação e aplicação dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

onalidade.

18. Assim é que, em suas razões recursais, não visa a CEG a convencer os MM. julgadores de que os fatos que encerram a presente demanda são outros, pois estes são incontrovertidos, não ensejando maiores dissertações de ordem cognitiva.

19. O fim precípuo do recurso é de corroborar os fatos narrados, somente demonstrando aos competentes julgadores que não foram observados os princípios acima aludidos, em especial quanto à sua extensão, prevista no art. 2º da Lei nº 9.784/1999.

20. Ou seja, de nenhuma forma, objetiva a CEG rever qualquer matéria de fato. Visa, tão somente, convencer esse MM. colegiado de que o dispositivo infraconstitucional em debate não foi observado na sua aplicação.

21. É uma questão de ilegalidade da multa aplicada e não de reexame do mérito do ato e das provas produzidas no processo administrativo, o que, inclusive, é vedado pelo princípio da separação dos poderes.

22. Basta analisar a temática exposta no recurso para perceber qual é a real intenção da CEG ao manejar o seu apelo especial. Veja-se.

23. No que concerne à violação ao art. 2º, *caput* da Lei nº 9.784/1999, revela-se importante destacar que durante todo o processo, a CEG sempre ressaltou a diferença entre permissão legal para multar e enquadramento legal da multa.

24. Quanto ao primeiro aspecto, permissão legal para multar, é notório que a Lei nº 8.987/1995 e a Lei estadual nº 2.831/1997 conferem à AGENERSA o dever de fiscalização e a discricionariedade de aplicar a penalidade cabível quando entender que a concessionária de serviços públicos não atende aos ditames contratuais. A permissão legal existe e é legítima, pois atinente ao princípio da legalidade, previsto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999.

25. No entanto, o mesmo não ocorre quanto ao enquadramento legal da multa, pois a Lei nº 8.987/1995 não contém qualquer

previsão que defina a penalidade aplicável ou mesmo sua estipulação e gradação. Assim, de forma lógica, a administração pública não pode limitar ou dilatar direitos sem a oportuna reserva legal. Não se admite, tampouco, a autorização legal feita de forma genérica, o que também violaria o princípio da legalidade.

26. A legalidade, portanto, como princípio da administração, significa que o agente público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e dela não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato nulo, como o que se opera no presente caso. Isso é o que dispõe o artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, ora contrariado.

27. A questão é simples: a AGENERSA possui permissão para multar, que decorre do art. 29, II, da Lei nº 8.987/1995 e do art. 34, II, da Lei Estadual nº 2.831/2007; todavia, a conduta da CEG e a multa que lhe é decorrente não têm enquadramento legal, o que leva à inexorável conclusão de que a penalidade imposta não obedece ao art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999.

28. Ao adotar a tese de que não há enquadramento legal para multa que lhe foi imposta, o que leva à inexorável conclusão de que a penalidade imposta não obedece ao art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999, a CEG o faz sem demandar a revisão de matéria de fato.

29. Já no que se refere ao disposto no art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784/99, a CEG demonstrou que não é razoável lhe atribuir multa por fatos decorrentes de conduta exclusiva da prefeitura do Rio de Janeiro, e muito menos se revelou proporcional o valor fixado para tal penalidade.

30. Ficou muito claro nos autos que a CEG não foi responsável pelo incidente ocorrido. Conforme restou comprovado, o prolongamento do tempo de finalização das obras não se deu por desídia da CEG. Ao revés, foi ocasionado pela necessidade de aprovação do serviço junto ao departamento Rio Águas, da Prefeitura do Rio de Janeiro, para a concessão da licença necessária para obra de construção

de ramal de gás, não tendo a reclamante comprovado qualquer prejuízo real.

31. Portanto, basta uma singela leitura dos autos para se verificar que a CEG seguiu à risca o programa estabelecido pela AGENERSA, e não foi responsável pelo incidente ocorrido. Sendo assim, evidencia-se que a conduta da AGENERSA em multar a CEG não se afigurou como razoável.

32. E ainda que se pudesse admitir alguma penalização, esta seria, no máximo, uma pena de mera advertência. Contudo, a AGENERSA resolveu multar a CEG no valor exorbitante de R\$ 128.994,78 (cento e vinte e oito mil, novecentos e noventa e quatro reais e setenta e oito centavos), o que se revelou uma medida absolutamente desproporcional à conduta da CEG no incidente ocorrido.

33. E para verificar essa flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, inseridos no art. 2º, *caput*, e parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784/99, não há necessidade de rever matéria de fato, basta a simples leitura dos autos.

34. Deve ser levado em consideração, ainda, que a penalidade aplicada pela AGENERSA, em valor extremamente alto, que reverte em seu próprio favor, acaba por ter um efeito prático de verdadeiro confisco, por se tratar de forma de aquisição coativa da propriedade da entidade privada pelo Estado, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico.

35. Destarte, diante da violação do art. 2º da Lei nº 9.784/99, especificamente aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, deve ser reconhecida a nulidade da multa indevidamente aplicada contra a CEG, no valor histórico de quase R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais)” (f. 671/677e).

Por fim, “requer à Exma. Relatora que se digne a reconsiderar a r. decisão ora agravada, dando provimento ao agravo, e, conseqüentemente, seguimento ao recurso especial interposto, para que este possa ser processado,

analisado e, com base nos relevantes argumentos apresentados, provido pela egrégia Segunda Turma do STJ, no que piamente acredita”, “todavia, caso a E. Relatora decida por manter a r. decisão, o que só se admite para fins de argumentação, a CEG requer, então, seja apresentado o recurso em mesa para julgamento, para que esse MM. colegiado dê-lhe integral provimento, por ser de direito e da mais lúdima JUSTIÇA” (f. 677e).

É o relatório.

Voto

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A decisão ora recorrida não merece reforma.

Trata-se, na origem, de ação declaratória de nulidade de ato administrativo, ajuizada pela Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro - CEG, em face da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA.

A sentença julgou improcedente o pedido, por considerar a legalidade da penalidade imposta (f. 353/358e).

A CEG interpôs recurso de Apelação, ao qual foi negado provimento, pelo Tribunal de origem, nos seguintes termos:

“Sem razão a agravante.

Inicialmente, ressalto que o argumento de falta de fundamentação da sentença não encontra repercussão nos autos.

Transcrevo: ‘Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro – CEG propôs ação declaratória de nulidade de ato administrativo em face da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA. Alega, em resumo, que a Construtora Morar Empreendimento formu-

lou uma reclamação em face da autora que teve como justificativa o interesse da construtora de que não houvesse atraso na entrega dos apartamentos dos seus clientes; que tal reclamação resultou em uma notificação pela demora na execução do ramal interno do gás junto ao empreendimento localizado na Rua Vaz Toledo 217, Engenho Novo, referente a 48 unidades; que, embora tenha prestado todos os esclarecimentos, a ré instaurou um processo administrativo - E-120/020.531/2010, tendo esclarecido que a demora tem como justificativa a dificuldade de localização do registro geral; que a CAENE formulou parecer no sentido de que a autora não sanou o problema, opinando pela aplicação da multa em função da mora contratual, e que após esse fato, houve uma reunião, na sede da Rio Águas, com a presença dos representantes da CEG e da CAENE, sendo afirmado pela Rio-Águas que a mesma não dispunha de meios para fornecer as informações sobre mapeamento das galerias/redes de águas pluviais, para que fosse possível cruzar as informações e atualizar cadastro de rede; que a CAENE formulou novo parecer no sentido da mora contratual, em que pese ter admitido impossibilidade do cumprimento do contrato, e que, diante disso, tentou instalar o processo regulatório E-12/020.547/2010. Por fim, explica que o Conselho Diretor da ré, deliberou pela aplicação de multa no valor de 0,005% (um centésimo por cento) do seu faturamento, multa essa que deve ser suspensa ou reduzida, conforme seu entendimento. Pede a antecipação de tutela a fim de suspender a exigibilidade do crédito até decisão final. No mérito, requer seja declarada a nulidade impugnação da decisão administrativa de caráter punitivo objeto da presente, constituiu-se na ausência de fundamentação expressa da mesma, a qual não merece prosperar porque em todo o curso do procedimento administrativo foi observado o devido processo legal, conforme se depreende dos documentos de f. 12/163.

Argumenta a empresa distribuidora de gás a fragilidade da motivação, e inexistência da prática da conduta imputada, sustentado que cumpriu as exigências da ocorrência, bem assim o reconhecimento pela autarquia da desconformidade dos prazos do contrato de concessão à realidade da atual ocupação urbana e a ausência de provas dos fatos.

Verifica-se, porém, da decisão trazida a f. 124/129 que os argumentos relativos aos entraves à execução do serviço foram objeto de defesa por ocasião da manifestação de f. 75/76 e 85/87 e alvo de apreciação pela Administração.

Da leitura das razões lançadas depreende-se que os pareceres acolhidos pela autoridade administrativa, o Conselho Diretor, não prescindiu da correspondente fundamentação. Ademais, eventual modificação do *decisum* representaria invasão ao poder discricionário da Administração.

Somente para argumentar, consta dos autos que o contrato de concessão firmado com o Poder Cedente (f. 34/51) prevê, entre outras, a obrigação de ‘informar aos consumidores as condições e a localização da rede atual de gás’ (cláusula quarta, §1º, item 2) não se justificando a oposição ao consumidor do óbice de terceiro a amparar o atraso. Até porque a manutenção de cadastro atualizado da geografia da canalização, assim incluído o registro geral da localidade, traduz os termos do citado compromisso do qual a concessionária não se desincumbiu satisfatoriamente.

Pelos mesmos motivos, não há que se falar em inadequação dos prazos contratuais à realidade urbanística do município.

Ademais, a alteração dos prazos, conforme consta da inicial, já é objeto de processo e não prescinde do exame da Administração acerca de sua conformação e oportunidade. Assim, não há que se falar em irregularidades formais eis que não foram demonstradas quaisquer nulidades.

Em relação à multa aplicada, os critérios de sua fixação são aqueles constantes da Ins-

trução Normativa CODIR nº 001/2007 que dispõe sobre os procedimentos a serem adotadas nas ações de fiscalização e aplicação de penalidades às concessionárias.

Decisão de f. 291 deferindo a antecipação de tutela.

A autarquia contestou o feito a f. 294/305. Arguiu preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, alegou que não houve violação aos princípios da legalidade segurança jurídica, ampla defesa, motivação, razoabilidade e proporcionalidade. Réplica a f. 311/318.

A f. 321/324 o MP opinou pela improcedência do pedido.

É o relatório. Decido.

Impõe-se o julgamento no estado da lide eis que a matéria a ser decidida nos autos é puramente de direito.

Cuida-se de ação através da qual a demandante postula anulação de multa aplicada em reclamação administrativa havida junto à agência reguladora ou a redução da penalidade, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A preliminar de impossibilidade jurídica se confunde com o mérito, que passo a decidir.

A aplicação da multa prevista em lei tem natureza punitiva, visando coibir as infrações às concessões e permissões de serviços públicos concedidos na área de energia do Estado, inclusive distribuição de gás canalizado, no exercício de seu poder regulatório instituído pela Lei Estadual nº 4.556/2005.

A concessionária foi penalizada no procedimento administrativo E- 12/020.531/2010 onde o cliente reclamou atraso na execução de ramal para fornecimento do serviço de gás canalizado. As impugnações dirigidas à decisão administrativa são de natureza formal e material. A primeira relativa às formalidades do procedimento em que foi proferida tal decisão e, a segunda, relativa à proporcionalidade da multa aplicada.

A primeira das alegações apresentadas

pela autora, dirigidas para procedimentos a serem adotados nas ações de fiscalização e aplicação de penalidade às concessionárias.

Assim dispõe o artigo 19 da norma de regência:

Art. 19. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de advertência ou multa do Grupo IV sempre que, sem justo motivo: (nova redação dada pela Instrução Normativa CODIR Nº 002* de 21 de fevereiro de 2008, publicada no Diário Oficial de 28/02/2008) *Retificação Publicada no D.O. de 21/01/2010 (...)

IV. deixarem de cumprir e/ou deixarem de fazer cumprir as normas legais e regulamentares dos serviços, inclusive as normas da AGENERSA, respondendo perante o Estado, a AGENERSA, os consumidores e terceiros pelas eventuais consequências danosas da exploração dos serviços.

Assim, em observância às condições estabelecidas, foi fixada a penalidade, segundo o artigo 14, *verbis*: ‘Os valores das multas serão determinados mediante aplicação dos seguintes percentuais sobre o valor do faturamento da Concessionária, correspondente aos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração (...) Grupo IV - Até 0,10% (um décimo por cento).’

Como declara o voto de f. 124/129 e 130, a reclamação administrativa foi julgada procedente com aplicação da penalidade administrativa de multa utilizando os estritos critérios legais, circunstância evidenciada pela fixação da incidência sobre o faturamento.

Por outro lado, a adequação do ato administrativo à realidade dos fatos e sua congruência com os mesmos é obra do princípio constitucional do devido processo legal, o que, na hipótese, foi objeto da devida apreciação pela Administração, não havendo que se falar em nulidades o aspecto material.

(...)

Assentado quanto à legalidade da penalidade imposta, incabível o acolhimento do pedido alternativo. Ante o exposto, improcedentes os pedidos, condenando a parte autora ao pagamento das custas e honorários, estes que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa. P.R.I.’

Destaco que a inicial foi instruída com cópia do processo administrativo, instaurado em 17 de dezembro de 2010 (arquivo 65/283).

Da leitura do processo administrativo extrai-se que a reclamação teve origem em atraso da concessionária em realizar instalação em prédio residencial com 48 unidades (arquivo 67), tendo o processo sido autuado justamente em prol dos princípios do contraditório e da ampla defesa (arquivo 71), o que permitiu a apresentação de esclarecimentos (pastas 87/88 e 97/99), impugnados pela reclamante, que aponta especialmente o atraso de mais de 90 dias na instalação do gás, concluído em fevereiro de 2011 e pago desde junho de 2010 (arquivo 112). O relatório consta dos autos na íntegra (arquivo 126/135), bem como o voto (arquivo 136/141) e a deliberação da Agência Reguladora que aplicou a multa (arquivo 142).

A Concessionária interpôs recurso administrativo (pastas 144/153) regularmente apreciado, e ao qual foi negado seguimento (arquivo 167/175).

Portanto, também não cabe o argumento de ofensa aos princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório.

Da leitura dos documentos depreende-se que tampouco restou ofendido o dever constitucional de motivação dos atos administrativos, na medida em que a multa imposta decorreu de previsão legal, contida na cláusula quarta do contrato de concessão assinado pelas partes.

Transcrevo a Deliberação de 30 de agosto de 2011 da Agência Reguladora (arquivo 142):

O Conselho Diretor da Agência Regula-

dora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-121020.53112010, por unanimidade, delibera:

Art. 1.º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,005% (cinco milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007, devido ao descumprimento do disposto no anexo II, parte 2, item 13, alínea “A”.

Art. 2.º - Determinar à SECEX, em conjunto com a CAPET — Câmara de Política Econômica e Tarifária e CAENE — Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 14/2010.

Art. 3.º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Também não merece acolhimento o argumento de falta de razoabilidade no montante da multa imposta, eis que, como ressaltado pela d. Procuradoria de Justiça (arquivo 405), encontra-se previsto expressamente na Cláusula 10, inciso III do contrato de concessão (arquivo 46/63). Senão vejamos:

‘CLÁUSULA DEZ — PENALIDADES:

A concessionária estará sujeita às penalidades de: (I) advertência; (II) multa; (III) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos, ou (IV) declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, na forma da lei, perante a própria autoridade

que aplicou a penalidade. As penalidades serão aplicáveis conforme previsto nas normas legais e regulamentares dos serviços e neste contrato sempre que:

I. deixar de fornecer, nos prazos que lhe forem assinados, as informações e dados de natureza técnica, contábil e financeira, requisitados pela ASEP-RJ:

II. deixar de adotar sem justa causa, nos prazos fixados pela ASEP-RJ, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços:

III - deixar de observar o disposto no item 1, do § 1, da Cláusula quarta acima; e

IV. descumprir norma legal ou regulamentar, determinação da ASEP-RJ ou qualquer disposição ou cláusula deste Contrato. §1º, A penalidade de multa será aplicada pela ASEP-RJ: não podendo exceder a 0,1% (-um décimo por cento) do montante do faturamento da concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência da infração.

§2º. As penalidades, que guardarão proporção com a gravidade da infração, serão aplicadas mediante procedimento administrativo em que se assegure à concessionária amplo direito de defesa.

§3º. Nos casos de a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infração, ou não atender à intimação da ASEP-RJ no sentido de regularizar a prestação dos serviços nos devidos prazos, poderá ser decretada a caducidade da concessão, independentemente da apuração das responsabilidades da concessionária, na forma prevista nos parágrafos, quarto ao sexto da cláusula doze abaixo.

§ 4º. Quando a penalidade consistir em multa e o respectivo valor não for recolhido no prazo fixado pela ASEP-RJ, será promovida sua cobrança judicial, na forma da legislação específica. (..)

Assim, não restando comprovado qualquer vício, correta a sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade do processo administrativo que culminou com

a multa por atraso na entrega do serviço à concessionária.

(...)

Em vista destas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso” (f. 459/471e).

Nas razões dos Declaratórios, a agravante alegou omissão, ao argumento de que o Tribunal de origem não apontou qual norma legal, regulamentar ou da Agência, fora descumprida, pela concessionária.

É o que se extrai da seguinte passagem dos Declaratórios, *in verbis*:

“1. Com a devida vênia, o v. acórdão de f. 453/471, na mesma esteira da r. sentença de primeiro grau, incorreu em omissão quanto à indicação da norma legal ou regulamentar que supostamente foi infringida pela CEG, tornando plausível a aplicação do art.19, IV, da Instrução Normativa nº 01/2007 no processo administrativo cuja nulidade se pleiteia. Essa questão não foi enfrentada pelo v. acórdão, mesmo tendo sido repisada pela CEG, tanto na prolação da r. sentença de primeiro quanto na r. decisão monocrática de f. 410/427.

3. Como já foi exaustivamente defendido pela CEG, a r. sentença, ao julgar improcedente o pedido, entendeu que a penalidade aplicada pela AGENERSA no processo administrativo nº E-12/020.531/2010 não infringiu qualquer lei ou princípio. Contudo, não foi capaz de estabelecer de forma clara e precisa qual foi a lei, a norma ou a cláusula de contrato administrativo supostamente infringido pela concessionária.

4. O argumento utilizado pelo r. julgado destacou somente que o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº 01/2007 impõe penalidade de multa à CEG sempre que esta deixar de cumprir as normas legais e regulamentares dos serviços, inclusive as normas da agência, respondendo perante o Estado, a agência, os consumidores e terceiros pelas eventuais

consequências danosas da exploração dos serviços. No entanto, que norma legal, regulamentar ou da agência foi descumprida pela concessionária?

5. Mais uma vez pedindo todas as vênias, a essa pergunta não foi estabelecida uma resposta a contento pelas r. decisões precedentes, aí incluída o v. acórdão ora embargado.

6. Com absoluto respeito pelas sempre abalizadas conclusões desse MM. órgão julgador, esse fundamento é essencial para que o julgado se mostre atento ao que dispõe o art. 458, II, do CPC e, com maior rigor, para que permita à CEG compreender, com clareza, que norma, no entender desse MM. juízo, ela infringiu, fazendo-a sofrer os efeitos dos arts. 19 e 14 da Instrução Normativa nº 01/2007.

7. Destarte, a CEG requer seja sanada a omissão acima apontada, para que esse MM. juízo se manifeste expressamente sobre a questão, indicando a norma que foi infringida pela CEG para justificar a aplicação da penalidade e, consequentemente, a legalidade e a legitimidade do ato administrativo sancionador” (f. 473/475e).

O Tribunal de origem, todavia, rejeitou os Embargos de Declaração, restando assim ementado o julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES DE PONTOS SOBRE OS QUAIS DEVEA PRONUNCIAR-SE O TRIBUNAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. OBSERVÂNCIA DOS LIMITES TRAÇADOS PELO ART. 535, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NECESSIDADE.

No sistema do Código de Processo Civil, são os embargos de declaração, especificamente, destinados a veicular um pedido de reparação de gravame, resultante de obscuridade, contradição ou omissão não determinadas por erro material manifesto.

Mesmo nos casos de embargos de decla-

ração com fins de prequestionamento devem ser observados os lindes traçados pelo art. 535, do Código de Processo Civil. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso não conhecido” (f. 479/480e).

Após a rejeição dos Declaratórios, interpôs a agravante Recurso Especial, apontando violação aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC e 2º da Lei nº 9.784/99, ao argumento de que (a) existe omissão na análise de ponto relevante, a saber, “não indicou a norma legal ou regulamentar que supostamente a CEG teria infringido, de modo a tornar plausível a aplicação do art. 19, IV, da Instrução Normativa nº 01/2007 no processo administrativo cuja nulidade foi pleiteada pela CEG” (f. 494e); (b) “cumpriu todas as exigências impostas pela agência está no fato de que a própria representante da construtora reconheceu que a concessionária efetuou a ligação do ramal do gás”, de modo que, “como está fartamente comprovado no processo administrativo, não havia razão para que a CEG fosse punida” (f. 496e); (c) “não é possível que a CEG seja penalizada em quase cento e trinta mil reais, mesmo tendo cumprido integralmente as exigências da agência”, uma vez que “a multa aplicada está destituída de proporcionalidade e razoabilidade” (f. 501e).

Sem razão, contudo.

Com efeito, quanto à alegação de negativa de prestação jurisdicional, esta Corte é firme no entendimento de que a parte deve vincular a interposição do Recurso Especial à violação ao art. 535 do CPC/73, quando, mesmo após a oposição de Embargos Declaratórios, o Tribunal *a quo* persiste em não decidir questões relevantes para o deslinde da controvérsia, que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição arguidas como existentes, no *decisum*.

Nesse sentido, vale conferir o seguinte precedente jurisprudencial:

“PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - JULGAMENTO - OMISSÃO ACERCA DE QUESTIONAMENTO SUSCITADO NAS RAZÕES RECURSAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS COM O OBJETIVO DE PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO - FUNDAMENTO INCONSISTENTE - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC.

Suscitada, nas razões recursais da apelação, questão relevante para o deslinde da controvérsia, se não for examinada no respectivo julgamento, a omissão enseja a interposição de embargos declaratórios com o fito de prequestionamento. Se o Tribunal *a quo* persistir na omissão, ao fundamento inconsistente de que não há necessidade de mencionar o dispositivo legal discutido, porque o preceito nele contido é estudado e analisado, configura-se violação ao artigo 535 do CPC, justificando-se a nulidade do *decisum*. Recurso provido” (STJ, REsp nº 319.127/DF, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, Primeira Turma, DJU de 27/08/2001).

No caso em tela, por simples cotejo entre o que suscitado nas razões dos Declaratórios e o que restou decidido, observa-se que inexistem contradição, omissão e obscuridade, no acórdão embargado. Ao contrário, foram analisadas, fundamentadamente, todas as questões postas.

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp nº 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJe de 23/04/2008.

A propósito, ainda:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO

ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida e a decisão está suficientemente fundamentada.

(...)

Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no AREsp nº 433.424/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 17/02/2014).

Ademais, não cabem Declaratórios com objetivo de provocar prequestionamento, se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado (STJ, AgRg no REsp nº 1.235.316/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Turma, DJe de 12/05/2011), bem como não se presta a via declaratória para obrigar o Tribunal a reapreciar provas, sob o ponto de vista da parte recorrente (STJ, AgRg no Ag nº 117.463/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Terceira Turma, DJU de 27/10/1997).

De fato, “não cabe ao tribunal, que não é órgão de consulta, responder a ‘questionários’ postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão, mas deseja, isto sim, esclarecimentos sobre sua situação futura e profliga o que considera injustiças decorrentes do *decisum* (...)” (EDcl no REsp nº 739/RJ, Rel. Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, Quarta Turma, DJU de 12/11/1990).

Nem se diga, outrossim, que o acórdão impugnado peca, igualmente, por ausência de fundamentação (arts. 93, IX, da Constituição Federal e 458, II, do CPC). De fato, no julgamento do AI-RG-QO 791.292/PE, Relator o Ministro GILMAR MENDES, o STF conferiu repercussão geral ao indigitado dispositivo,

tendo assim decidido:

“Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º).

2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LV do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência.

3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral” (STF, AI 791.292 QO-RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe de 13/08/2010).

De fato, a fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto de sua eficácia, consubstanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

No presente caso – reitera-se –, o *decisum* combatido conta com motivação suficiente e não deixou de se manifestar sobre a matéria cujo conhecimento lhe competia, permitindo, por conseguinte, a exata compreensão e resolução da controvérsia, não havendo falar, portanto, em descumprimento aos arts. 458 e 535 do CPC/73.

No mais, o Tribunal de origem, com base na apreciação do conjunto probatório dos autos, reconheceu que “não merece acolhimento o argumento de falta de razoabilidade no mon-

tante da multa imposta, eis que, como ressaltado pela d. Procuradoria de Justiça (arquivo 405), encontra-se previsto expressamente na Cláusula 10, inciso III do contrato de concessão”, que “tampouco restou ofendido o dever constitucional de motivação dos atos administrativos, na medida em que a multa imposta decorreu de previsão legal, contida na cláusula quarta do contrato de concessão assinado pelas partes”, e que, “não restando comprovado qualquer vício, correta a sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade do processo administrativo que culminou com a multa por atraso na entrega do serviço à concessionária”. Assim, a alteração de tal conclusão exigiria o exame do acervo fático-probatório constante dos autos e do contrato celebrado entre as partes, providência vedada, em sede de Recurso Especial, a teor dos óbices previstos nas Súmulas nºs 7 e 5/STJ.

A propósito:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. DESPESAS PROCESSUAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE ADOTADO PELO TRIBUNAL *A QUO*. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 07/STJ. ANÁLISE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA Nº 5/STJ. ART. 467 DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ.

1. A revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem de que foi a recorrente quem deu causa à instauração do processo demandaria a incursão nos elementos fático-probatórios dos autos e nas cláusulas do contrato firmado pelas partes, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas nºs 5 e 7 do STJ.

2. O artigo 467 do CPC não foi apreciado pela Corte de origem, carecendo o recurso es-

pecial do requisito do prequestionamento (Súmula nº 211/STJ).

3. Agravo interno não provido” (STJ, AgInt no AREsp nº 661.811/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe de 26/04/2016).

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. ART. 50 DA LEI Nº 9.784/1999. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. MULTA ADMINISTRATIVA. LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DAS PROVAS, FATOS E CLÁUSULAS ENCARTADOS AOS AUTOS. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ.

1. O artigo 50 da Lei nº 9.784/1999, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foi apreciado pela Corte local, carecendo o recurso especial do requisito do prequestionamento (Súmula nº 211/STJ).

2. A revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem sobre a legalidade da multa administrativa aplicada à empresa concessionária bem como o exame sobre a proporcionalidade do *quantum* fixado, em razão de demora na instalação do gás na residência da usuária do serviço público, demandam o reexame dos fatos, provas e cláusulas contratuais constantes dos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos das Súmulas nºs 5 e 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no AREsp nº 825.638/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe de 30/03/2016).

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. VIOLAÇÃO AO ART.

535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. OFENSA À RESOLUÇÃO DA ANTT Nº 442/04. CONCEITO DE TRATADO OU LEI FEDERAL. NÃO ENQUADRAMENTO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 518/STJ. CONCESSÃO DE BEM PÚBLICO. MANUTENÇÃO DA MULTA ADMINISTRATIVA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS NºS 5 E 07/STJ. INCIDÊNCIA.

I - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

II - Consoante pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o conceito de tratado ou lei federal, previsto no art. 105, inciso III, a, da Constituição da República, deve ser considerado em seu sentido estrito, não compreendendo súmulas de Tribunais, bem como atos administrativos normativos. Incidência, por analogia, da Súmula nº 518 do Superior Tribunal de Justiça.

III - *In casu*, rever o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de afastar a multa administrativa, demandaria interpretação de cláusula contratual e revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz dos óbices contidos nas Súmulas nºs 05 e 07/STJ.

IV - A agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

V - Agravo Regimental improvido” (STJ, AgRg no REsp nº 1.555.605/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe de 04/02/2016).

“ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. DESCUMPRIMENTO. EXECUÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. OBRIGAÇÃO. REPARAÇÃO. DANO AMBIENTAL. IMPRESCRITIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO. ACERVO PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 07/STJ. INVIABILIDADE. INTERPRETAÇÃO. CLÁUSULA CONTRATUAL. SÚMULA Nº 05/STJ.

1. Não se admite o apelo extremo quando o exame das teses esposadas pelo recorrente não prescinde do revolvimento fático-probatório e de interpretação de cláusula contratual, como no caso concreto em que o Tribunal *a quo*, a partir do exame de termo de ajustamento de conduta, caracterizou a pretensão como reparatória de dano diverso do ambiental, por isso pronunciando a prescrição. Incidência das Súmulas 05 e 07 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no REsp nº 1.467.045/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 20/04/2015).

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Interno.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.594.513 - RJ (2015/0048225-4)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO CUJAS RAZÕES SÃO SUFICIENTES À IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. OBSERVÂNCIA.

1. À luz do art. 514 do CPC/1973, não viola o princípio da dialeticidade o recurso de apelação que contém causa de pedir adequada à impugnação da sentença recorrida.

2. Hipótese em que as razões da apelação, indicando erro de julgamento derivado

da aplicação de legislação revogada, defendem a possibilidade de estabelecimento de alíquotas diferenciadas para o IPTU em razão da localidade, da existência ou não de edificação e da destinação do imóvel, destacando, ainda, a ausência de semelhança com o instituto da progressividade da alíquota, razão pela qual deve-se tê-las como aptas à impugnação da sentença que concedeu a segurança ao fundamento de que seria inconstitucional a progressividade.

3. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os auto de Recurso Especial nº 1.594.513 - RJ (2015/0048225-4) em que é Recorrente Kroy Construções, Empreendimentos e Participações Ltda e Recorrido Município do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, BENEDITO GONÇALVES, SÉRGIO KUKINA (Presidente) e REGINA HELENA COSTA votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

MINISTRO GURGEL DE FARIA
Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso especial interposto por Kroy Construções, Empreendimentos e Participações Ltda. contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa é a seguinte (e-STJ f. 195):

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE

SEGURANÇA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 67, INCISOS II E III, DA LEI MUNICIPAL Nº 691/1984 (CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL). NÃO SE PODE CONFUNDIR A PROGRESSIVIDADE, OU A PREVISÃO DE ALÍQUOTAS DIFERENTES, EM RAZÃO DO VALOR OU LOCALIZAÇÃO DO IMÓVEL, COM A EXISTÊNCIA DE ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS CONFORME A DESTINAÇÃO DA PROPRIEDADE (RESIDENCIAL, NÃO RESIDENCIAL, EDIFICADA OU NÃO EDIFICADA), ESTANDO ASSENTADA A ORIENTAÇÃO DA CORTE FEDERAL QUANTO À SUA CONSTITUCIONALIDADE, ENTENDIMENTO QUE TAMBÉM FOI UNIFORMIZADO EM NOSSO TRIBUNAL ESTADUAL, NA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 2002.017.0005. NOTE-SE, ALÉM DISSO, QUE O INCISO III DO ARTIGO 67 DO CTM NÃO SE APLICA À PROGRESSIVIDADE FISCAL DO IPTU, QUE FOI PERMITIDA SOMENTE APÓS A EC 29/2000, MAS À PROGRESSIVIDADE EXTRA FISCAL AFIM DE DAR EFETIVIDADE À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, TENDO SIDO PREVISTA ORIGINALMENTE NA ANTERIOR REDAÇÃO DO § 1º DO INCISO I DO ARTIGO 156, EM NOSSA CARTA MAGNA, CONSTANDO AINDA NO ARTIGO 182, § 4º, DESSE DIPLOMA CONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR Nº 668, *IN FINE*, DO STF. PRECEDENTES DO TJRJ E DA CORTE FEDERAL. SENTENÇA QUE DEVE SER REFORMADA, DENEGANDO-SE A SEGURANÇA. RECURSO MUNICIPAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ f. 255/258).

A recorrente alega violação do art. 514, II, do CPC/1973, sustentando, em síntese, que, “apesar de a causa de pedir do mandado de segurança ser a inconstitucionalidade do inciso

III introduzido no art. 67 da Lei nº 691/1984 pela Lei nº 2.277/1994 e apesar de a inconstitucionalidade daquele preceito haver sido reconhecida incidentalmente na sentença, em sua inepta apelação o Município do Rio de Janeiro não atacou a causa de pedir desta ação mandamental, tendo-se limitado a sustentar a ‘constitucionalidade’ da norma única constituída por três dispositivos (incisos i e ii e parágrafo), introduzida no art. 67 pela Lei 2.955/1999 que não se encontra em discussão no *writ of mandamus*, como incisivamente afirmado na primeira página da petição inicial” (e-STJ f. 263).

Sem contrarrazões (e-STJ f. 315).

Da decisão *a quo* que inadmitiu o apelo nobre, o recorrente interpôs agravo.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso (e-STJ f. 514/517).

Os autos foram a mim atribuídos em 1º/03/2016 (e-STJ f. 519).

Por meio de decisão e-STJ f. 520/523, determinei a reatuação do agravo em recurso especial.

É o relatório.

Voto

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

O recurso especial se origina em autos de mandado de segurança impetrado por Kroy Construções, Empreendimentos e Participações Ltda., por meio do qual pretende o reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso III do art. 67 da Lei Municipal nº 691/1984, na redação dada pela Lei Municipal nº 2.277/1994, que fixa alíquota do IPTU em razão de área e localização do imóvel.

O magistrado de primeiro grau, fazendo menção à declaração de inconstitucionalidade do referido artigo, na redação da Lei Municipal nº 2.080/1993, concedeu a segurança, nos seguintes termos (e-STJ f. 112/115):

Trata-se de mandado de segurança no qual pretende o impetrante a anulação do lançamento do IPTU de 2012 relativo ao imóvel localizado na Estrada dos Bandeirantes, 24000, Vargem Grande, no qual foi utilizada alíquota de 3,48% em razão de sua área e localização, requerendo seja incidentalmente declarada a inconstitucionalidade do inciso II introduzido no art. 67 da Lei nº 691/1984 pela Lei nº 2.277/1994, no qual consta a fórmula que resultou na alíquota acima, sustentando, em síntese, ser inconstitucional a cobrança de alíquota progressiva em razão de área e localização, como fez a autoridade coatora.

[...]

Não se discute que as leis que estabelecem a progressividade, anteriores à edição da Emenda Constitucional nº 29/2000, são inconstitucionais, havendo inclusive a Súmula de nº 668 do E. STF a respeito: “É inconstitucional a Lei Municipal que tenha estabelecido antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”.

No âmbito do TJRJ também houve o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 691/84 (Código Tributário Municipal):

[...]

Editou-se, então, a Súmula de nº 123: “Indevidas, com efeitos *ex tunc*, as cobranças do IPTU progressivo e de taxa de coleta de lixo e limpeza pública, antes da vigência dos diplomas legais que se adequaram ao sistema constitucional em vigor, podendo ser alegado inclusive em exceção de pré-executividade”.

A autoridade impetrada assume que o lançamento do IPTU foi feito com base no art. 67 do Código Tributário Municipal, defendendo

que as regras estabelecidas no dispositivo não consubstanciam progressividade.

Ocorre, no entanto, que tal aspecto já foi definido judicialmente, tendo sido o lançamento realizado com fundamento em norma já extirpada do ordenamento jurídico, sendo de se ressaltar que não há lei posterior à Emenda Constitucional nº 29/2000 que permita a cobrança do IPTU progressivo.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, ou de parte dela, posterior alteração da matéria por emenda constitucional não faz revigorar a norma jurídica revogada. O direito nacional, em regra, não permite a reapristinação, nos termos do art. 2º, § 3º, da LICC (salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência).

Dessa forma, procede o pedido, sendo nulo de pleno direito lançamento tributário efetivado com base em dispositivo inconstitucional.

Assim sendo, julgo procedente o pedido formulado, concedendo a segurança, declarando a nulidade do lançamento do IPTU (exercício 2012) do imóvel sob matrícula 1.993.047-8.

A municipalidade, então, opôs embargos de declaração, aduzindo omissão, contradição e erro de julgamento, uma vez que o dispositivo legal impugnado pela autora se referia à redação dada pela Lei Municipal nº 2.955/1999, e não pela Lei nº 2.080/1993, uma vez que se refere a débitos de IPTU gerados a partir do exercício do ano de 2000, o que afastaria a inconstitucionalidade indicada, por não mais haver progressividade das alíquotas (e-STJ f. 116/123). Todavia, foram rejeitados, sem qualquer acréscimo à fundamentação da sentença embargada (e-STJ f. 146).

A municipalidade, então, apelou, defendendo a possibilidade de alíquotas distintas para imóveis residenciais ou não, edificados ou não, e suscitando, entre outros pontos, que

o Órgão Especial do Tribunal de Justiça teria reconhecido a constitucionalidade de alíquota diferenciada para a cobrança do IPTU a partir do exercício do ano 2000. Nota-se que o Município defende os incisos I e II do art. 67 do CTM, bem como seu parágrafo único, destacando que “a sentença ora recorrida incidiu em equívoco ao aplicar ao caso decisão referente a norma revogada no ano de 1999” (e-STJ f. 149).

Por ocasião do provimento do apelo, o Tribunal de Justiça, no que interessa, externou (e-STJ f. 200):

Note-se que o caso destes autos se reveste de peculiaridade. Isso porque a alegada inconstitucionalidade se refere ao inciso III do artigo 67 da Lei nº 691/1984 (Código Tributário Municipal), introduzido pela Lei nº 2.277/1994, segundo a informação enfatizada preliminarmente na petição inicial, a fl. 02, bem como o item 1 dos pedidos, a f. 15.

Conforme indicado na mesma petição, a f. 06, o cálculo previsto nesse dispositivo legal foi usado, de 1995 a 2012, “(...) em milhares de lançamentos do imposto predial incidente sobre imóveis residenciais e não residenciais nos quais a edificação se encontra erigida ‘em terreno cuja área exceda a dez vezes a área construída a que tiver vinculada, quando o terreno se situar na Região A; cinco vezes, na região B; a três vezes, na Região C’ (Lei nº 691/1984 - art. 59, § 2º)”.

Por conseguinte, pela leitura dos dispositivos citados, percebe-se que o inciso III do artigo 67 do CTM não se aplica à progressividade fiscal do IPTU, que foi permitida somente após a EC 29/2000, mas à progressividade extrafiscal a fim de dar efetividade à função social da propriedade, tendo sido prevista originalmente na anterior redação do § 1º do inciso I do artigo 156, em nossa Carta Magna, constando ainda no artigo 182, § 4º, desse diploma constitucional.

Tanto é assim que o STF editou o verbete sumular nº 668 que, sendo bastante esclarecedor, resume a questão:

“É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da emenda constitucional nº 29/2000, alíquotas progressivas para o *iptu*, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.”

Veja-se o recente julgado a seguir, de nº 0080892-39.2010.8.19.0001, com as mesmas partes desses autos, abrangendo lançamento diverso (IPTU/2010), mas também com o pedido de inconstitucionalidade incidental do inciso III do art. 67 da Lei nº 691/84, do qual transcrevemos a ementa:

[...]

Ressalte-se, em consonância com o aresto acima coligido, que o cálculo da alíquota média aplicável aos imóveis com área predominantemente não edificada tem o condão de favorecer o contribuinte, buscando justiça fiscal.

Portanto, tendo em vista o entendimento já uniformizado, em nossa Corte, pela constitucionalidade das referidas disposições do CTM que criaram alíquotas diferenciadas para cobrança do IPTU conforme o imóvel seja ou não edificado (Arguição de Inconstitucionalidade nº 2002.017.0005), em consonância com a jurisprudência bem assentada do STF acima delineada, bem como por não se tratar de progressividade fiscal, mas extrafiscal, com o objetivo de dar cumprimento à função social da propriedade, a ordem deve ser denegada.

Tendo em vista o provimento do apelo, as custas devem ser arcadas pelo impetrante, deixando-se de condená-lo ao pagamento dos honorários, na forma do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 (verbetes sumular nº 105 do STJ).

Pois bem.

Desde logo, chama-se atenção para o

entendimento de que “a decisão que dá provimento ao agravo de instrumento para convertê-lo em recurso especial ou determinar a subida dos autos principais, não vincula o Relator” (AgRg nos EREsp nº 948.003/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, Corte Especial, DJe 28/05/2015). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1314038/SP, Rel. Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 21/10/2015; AgRg no REsp nº 1168841/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, DJe 15/06/2015; AgRg nos EDcl no AgRg no Ag nº 1136417/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 30/04/2015.

Isso porque, ao contrário do que fora visualizado no exame preliminar da pretensão, por ocasião do julgamento monocrático do AREsp nº 671.462/RJ, constata-se que as razões do recurso de apelação da municipalidade impugnaram, efetivamente, os fundamentos da sentença, visto que, na causa de pedir, é expressa a tese de que há erro no julgamento em razão da aplicação de legislação não mais vigente e de que o mencionado inciso III do art. 67, a partir de 1999, não mais estabelecerá a progressividade de alíquotas.

Aliás, vejamos, no que é suficiente, as alegações constantes do recurso de apelação (e-STJ f. 154):

Não assiste, entretanto, qualquer razão à parte contrária, sendo manifesta a improcedência de sua pretensão, visto que os Tribunais Superiores vêm considerando legal e constitucional a fixação de alíquotas diferenciadas, em casos análogos ao ora em exame.

Com efeito, ao contrário do alegado, não existe qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na fixação de alíquotas diferenciadas em função da edificação ou não do imóvel ou de sua utilização, devendo prevalecer, para a hipótese em comento, as alíquotas de acordo

com a destinação do bem.

É preciso reforçar desde logo a tese de que são absolutamente inconfundíveis a forma de cobrança do IPTU na Lei Municipal nº 2.080/93, declarada inconstitucional em controle incidental pelo Supremo Tribunal Federal em novembro de 1999, daquela prevista na Lei nº 2.955/99, que embasa a cobrança do IPTU no Município do Rio de Janeiro a partir do exercício de 2000.

Com efeito, naquela primeira espécie normativa (Lei nº 2.080/93), as alíquotas variavam em função da área do imóvel e da localização do mesmo. Este critério foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na medida em que este Tribunal considerou que tal cobrança trazia em seu bojo uma progressividade que continha aspectos atinentes à capacidade contributiva do contribuinte, o que não se coadunava com a natureza real do IPTU.

A Lei nº 2.955/99 instituiu uma sistemática absolutamente diversa: criou apenas três alíquotas, aplicáveis de acordo com a destinação dada ao imóvel. Assim, a alíquota dos imóveis residenciais é de 1,2%, a dos imóveis não residenciais é de 2,8% e a dos imóveis não edificados é de 3,5%.

Anota-se que a menção feita aos incisos I e II do art. 67 do Código Tributário Municipal não prejudica essa conclusão, porquanto a municipalidade teve o propósito de defender a constitucionalidade da “nova” redação do dispositivo, o qual estabeleceu alíquotas diferenciadas para imóveis edificados ou não, residenciais ou não.

Ademais, deve-se advertir que a própria sentença do magistrado de primeiro grau não fez menção ao inciso III do art. 67 do CTM, mas ao inciso II.

Nesse contexto, observa-se, na hipótese dos autos, que as razões da apelação, ao indicar erro de julgamento derivado da aplicação

de legislação revogada e defender a possibilidade de estabelecimento de alíquotas diferenciadas em razão da localidade, da existência ou não de edificação e da destinação do imóvel, destacando, ainda, a ausência de semelhança com o instituto da progressividade da alíquota, servem à impugnação da sentença atacada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 346.443 - RJ (2015/0327176-9)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 157, § 2º, I E II DO CÓDIGO PENAL. ADOÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. A nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, trilhada por esta Corte, é no sentido da possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC nº 126.292/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17/05/2016).

2. A garantia contida na sentença de que o ora paciente poderá aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade não se sobrepõe a esse novo entendimento, que autoriza a execução provisória da pena, uma vez esgotada a prestação jurisdicional na instância ordinária.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 346.443 - RJ (2015/0327176-9) em que são Impetrantes: Marcos Benicio de Almeida Alonso e outro, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar o *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Resalvou entendimento pessoal a Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Os Srs. Ministros MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, ROGERIO SCHIETTI CRUZ e NEFI CORDEIRO votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 1º de setembro de 2016 (Data do Julgamento).

MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de José Eduardo da Silva Santos, apontando como autoridade coatora o eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que negou provimento ao recurso de apelação da defesa (Des^a GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA - Apelação Criminal nº 0058175-59.2012.8.19.0002), nos termos da seguinte ementa (e-STJ f. 32):

APELAÇÃO - 157, § 2º, I e II, do CP. Pena: 05 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão e 14 dias-multa. Regime aberto. Narra a denúncia que os apelantes agiram em comunhão de ações e desígnios, subtraindo, para

si, mediante o emprego de arma de fogo, um telefone celular e um cordão da vítima, sendo presos logo em seguida por policiais militares. Sem razão os apelantes Arnon Cordeiro Marques e Maicon Silvano da Conceição - A preliminar de nulidade do processo em razão de irregularidade no inquérito policial deve ser de plano rechaçada: Prescindibilidade do inquérito policial. Peça informativa cujos vícios não maculam a ação penal. Não há que se falar em nulidade do processo em razão de vícios no procedimento investigatório, tendo em vista tratar-se de mera peça informativa em que não vigem os princípios do contraditório e da ampla defesa. Eventuais irregularidades no inquérito policial não maculam a ação penal. No mérito, não merece acolhida a postulação dos apelantes Arnon Cordeiro Marques, Maicon Silvano da Conceição, Manoel Messias de Souza Junior e José Eduardo da Silva Santos - Absolvição pelo crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e concurso de agentes: Descabimento. Conjunto probatório robusto. Autoria confirmada pela prova oral. Inexistência de provas diretas que contrariem a versão dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante. Depoimentos dos policiais são unânimes, firmes e harmônicos entre si, além de compatíveis com o depoimento do lesado. Aplicação do verbete 70 do TJRJ. Evidenciadas a materialidade e autoria delitivas. Lamente-se a inércia do Ministério Público quanto ao regime prisional aberto fixado na sentença, verdadeiramente benevolente e incompatível com a gravidade da conduta aqui tratada. Data vênua, incabível a detração concedida desconhecendo o julgador se os requisitos legais (inclusive o subjetivo) estavam atendidos. Desprovimento dos recursos defensivos. Expeçam-se os mandados de prisão.

Depreende-se dos autos que o eg. Tribunal de origem determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, ao confirmar a condenação imposta pelo Juízo da

Vara Criminal da Comarca de Maricá/RJ pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime aberto.

No presente *writ*, sustentam os impetrantes, em suma, a ilegalidade do acórdão impugnado, visto que foi determinada a expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da apelação, sem motivação idônea, o que contraria a jurisprudência.

Requer, assim, o deferimento de medida liminar para que seja expedido contramandado de prisão em favor do paciente, bem como para que seja concedida ordem definitiva para reconhecer ao paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado.

Liminar indeferida a e-STJ f. 13/15. Informações prestadas a e-STJ f. 19/43.

O Ministério Público Federal, em sua manifestação (e-STJ f. 91/94), opinou pela manutenção da decisão impugnada.

É, em síntese, o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator): Conforme relatado, busca-se que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Argumentam os impetrantes, para tanto, a desnecessidade da prisão provisória, uma vez que o paciente respondeu ao processo em liberdade, bem como milita em seu favor ainda o princípio da presunção da inocência.

Segundo informações colhidas do sítio eletrônico do Tribunal de origem, os embargos de declaração opostos pela defesa foram rejei-

tados em 12/04/2016, tendo sido interposto recurso especial em 25/05/2016, o qual aguarda juízo de admissibilidade.

Ante esse cenário, verifico que não assiste razão ao impetrante.

Isso porque a nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC nº 126.292/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17/05/2016).

Observe-se que, naquele julgamento, deixou-se assentado que a execução de sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição “não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”.

Essa orientação foi adotada pela Corte Especial deste Tribunal, conforme evidencia a ementa a seguir transcrita:

Pendente o trânsito em julgado do acórdão condenatório apenas pela interposição de recurso de natureza extraordinária, é possível a execução de pena. Numa mudança vertiginosa de paradigma, o STF, no julgamento do HC nº 126.292-SP (Tribunal Pleno, DJe de 17/05/2016), mudou sua orientação para permitir, sob o *status* de cumprimento provisório da pena, a expedição de mandado de prisão depois de exaurido o duplo grau de jurisdição. Em verdade, pelas razões colhidas do voto condutor, o exaurimento da cognição de matéria fática é o balizador determinante a autorizar a execução provisória da pena. Não se cogita, portanto, de prisão preventiva. Em outros termos, pendente o trânsito em julgado apenas pela interposição de recurso de nature-

za extraordinária, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, sem ofensa ao direito fundamental inserto no art. 5º, LVII, da CF. Nesses moldes, é possível iniciar-se o cumprimento da pena, pendente o trânsito em julgado, porque eventual recurso de natureza extraordinária não é, em regra, dotado de efeito suspensivo.

(QO na APn 675-GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 06/04/2016, DJe de 26/04/2016)

Na mesma senda as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 1º, II, DA LEI Nº 8.137/1990. APELAÇÃO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 17.2.2016, no julgamento do HC n.º 126.292/SP, decidiu, por maioria de votos, que a execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência, de modo que, confirmada a condenação por colegiado em segundo grau, e ainda que pendentes de julgamento recursos de natureza extraordinária (recurso especial e/ou extraordinário), a pena poderá, desde já, ser executada. Não há falar em *reformatio in pejus* diante do contido na sentença de primeiro grau. Ressalva do entendimento da Relatora.

2. Ordem denegada.

(HC nº 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO MANTIDA EM ACÓRDÃO QUE CONFIRMA CONDENAÇÃO. TRÁFICO INTERESTADUAL DE

ENTORPECENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. NOVA ORIENTAÇÃO DO STF. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. De acordo com a nova orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 126.292/MG, prolatado julgamento condenatório por Tribunal de apelação, e na pendência de recursos especial ou extraordinário sem efeitos suspensivos concedidos, não há que se falar em ilegalidade da execução provisória da pena a justificar a concessão da ordem de *habeas corpus*. 2. *Habeas Corpus* denegado, e revogada a liminar anteriormente deferida. (HC nº 311.433/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe de 01/06/2016)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Fe-

deral, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC nº 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. *Habeas Corpus* não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente e recomendada a análise da detração penal. (HC nº 350.518/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe de 24/05/2016)

Cumprе advertir que, embora o realinhamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tenha afastado do julgador, dentro do seu poder geral de cautela, a possibilidade excepcional de se atribuir efeito suspensivo ao recurso especial e, com isso, obstar o início da execução provisória da pena, certo é que tal situação não se verifica no caso vertente, na medida em que não apontado pelos impetrantes sequer a tese aventada no apelo raro que autorizaria a concessão da ordem, de forma a impedir a execução provisória da pena.

Por fim, insta salientar que a garantia contida na sentença de que o paciente poderá

aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade não se sobrepõe a esse novo entendimento, que autoriza a execução provisória da pena, uma vez esgotada a prestação jurisdicional na instância ordinária.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. DUPLICATA SIMULADA. ART. 172, C/C O ART. 71 DO CP. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. PENDÊNCIA DE Apreciação DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM.

1. Nos termos do disposto no art. 105, I, c, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar *habeas corpus* contra atos de Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

2. No caso, muito embora o Juiz tenha garantido ao réu o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação e apesar de o Ministério Público não ter recorrido nem apresentado pedido de prisão, a Câmara julgadora, ao negar provimento à apelação, determinou a imediata expedição de mandado de prisão contra o apelante.

3. Nem o recurso especial, nem o recurso extraordinário, desprovidos de efeito suspensivo, obstam o início da execução provisória da pena, uma vez que os julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.

4. Quanto a eventuais equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a exe-

cução provisória da pena.

5. Para que seja ajuizada medida cautelar ou impetrado *habeas corpus* em tais circunstâncias, há de haver plausibilidade jurídica nas teses apresentadas no recurso.

6. Na espécie, não há verossimilhança das alegações deduzidas, não sendo perceptível, a propósito dos pontos suscitados, contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada desta Corte, seja pela ausência de flagrante ilegalidade, seja pela inviabilidade do reexame aprofundado das provas.

7. Ordem concedida apenas para garantir a liberdade do paciente até que os embargos de declaração opostos ao julgamento da apelação sejam julgados na Corte estadual. (HC nº 349.749/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe 13/06/2016).

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 69.804 - RJ (2016/0102109-1)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO E OUTROS DELITOS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. COMPLEXIDADE DA CAUSA. DESPROVIMENTO.

1. A questão do excesso de prazo na formação da culpa não se esgota na simples verificação aritmética dos prazos previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto.

2. Examinando a ordem cronológica, verifica-se que a dilação dos prazos processuais não se deu de maneira irregular, encontrando-se o feito com tramitação dentro

do parâmetros da razoabilidade.

3. Hipótese em que a ação penal conta com 38 (trinta e oito) réus já citados, com defesas técnicas distintas. Há diversas interceptações e 32 testemunhas arroladas pela acusação. O feito tem tramitado regularmente, com diversas audiências realizadas e outras já designadas, inclusive em outras comarcas, dada a necessidade de expedição de cartas precatórias.

4. É evidente a complexidade da causa, cabendo destacar que a ação penal em foco decorre de investigação policial na qual se levaram a cabo interceptações telefônicas autorizadas judicialmente e que identificaram “a existência de grupos criminosos voltados para a prática de graves delitos como tráfico de entorpecentes e de armas, roubo, extorsão e extorsão mediante sequestro, na região Sul Fluminense, bem como na capital dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo”.

5. Recurso a que se nega provimento.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Recurso em *Habeas Corpus* nº 69.804 - RJ (2016/0102109-1), em que são Recorrentes: Pablo Bafa Feijolo (preso) e Clodoaldo Antonio Pereira (preso), e Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso em *habeas corpus*, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, NEFI CORDEIRO e ANTONIO SALDANHA PALHEIRO votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 30 de junho de 2016 (Data do Julgamento).

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Pablo Bafa Feijolo e Clodoaldo Antonio Pereira contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (HC n.º 0005227-10.2016.8.19.0000).

Segundo os autos, os recorrentes encontram-se presos preventivamente desde 08 de abril de 2015, em decorrência de operação policial denominada Adren, respondendo Pablo pela prática, em tese, dos crimes previstos no artigo 35 c/c artigo 40, I, II, III e IV da Lei 11.343/06; artigo 33, *caput* c/c artigo 40, I, II, III e IV n/f do artigo 29 e artigo 2º §§ 2º, 3º e 4º, inciso II da Lei nº 12.850/2013; artigo 157 *caput*, §2º incisos I e II c/c artigo 29 ambos do C. Penal; artigo 159, § 1º e; artigo 158, § 1º c/c artigo 29 do C. Penal. Já o segundo paciente (Clodoaldo), pela prática, em tese, das imputações penais tipificadas no artigo 35, *caput* combinado com o artigo 40, II, III e IV da Lei nº 11.343/2006; artigo 33, *caput* c/c o artigo 40, II, III e IV da Lei nº 11.343/2006, na forma do artigo 29 do Código Penal; art. 2º §§ 2º, 3º e 4º, inciso II da Lei nº 12.850/2013; artigo 157, *caput* e § 2º, incisos I e II c/c o art. 29, ambos do Código Penal; art. 159, §1º do Código Penal; art. 158, §1º c/c art. 29, ambos do Código Penal; art. 158, § 1º c/c art. 29, ambos do Código Penal e art. 158, § 1º c/c art. 29, ambos do Código Penal (f. 70/71).

O decreto que determinou a prisão cautelar encontra-se assim fundamentado, no que pertinente (f. 208/220):

(...)

Em relação ao pedido de prisão preventiva dos denunciados, entendo que assiste razão ao *Parquet* até porque presentes todos requisitos legais.

É que se extrai das investigações já realizadas por meio de interceptações

telefônicas e demais diligências policiais que deram suporte à denúncia, dando conta da existência de associação estável e permanente entre os denunciados para o fim de praticar o tráfico ilícito de entorpecentes e outros crimes, em diversas Comarcas da região Sul Fluminense, bem como na Capital dos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

De acordo com o que restou apurado no mencionado Inquérito Policial 090-01510/2014, os denunciados são elementos da mais alta periculosidade, vários portadores de péssimos antecedentes, sendo que boa parte deles agiam armados, reiteradamente ameaçando de morte seus devedores e inimigos que ousassem atravessar seu caminho, estando os mesmos ligados diretamente com facções criminosas oriundas da capital do Rio de Janeiro, bem como com a facção paulista PCC-Primeiro Comando da Capital.

Conforme se pode verificar pela análise das transcrições e dos demais elementos informativos constantes dos relatórios de investigação policial juntados aos autos da Medida Cautelar nº 0006488-57.2014.8.19.0045, em princípio, há indícios suficientes de que os acusados construíram um forte e organizado esquema para a venda de entorpecentes, inclusive com a utilização de menores de idade, sendo certo que mesmo com alguns de seus membros presos, houve o prosseguimento das operações pelos demais, fato que justifica a decretação da prisão preventiva requerida, sendo certo que o Ministério Público deixou de requerer a decretação da prisão preventiva dos denunciados Marcelo Eduardo Fernandes, vulgo Marcelo Soldado, Diego Ferreira Lima, vulgo DG e Ana Cristina de Lima Araújo, em observância aos acordos de delação premiada acostados a f. 104/111 e 241/248 dos autos do Inquérito Policial em apenso.

Ressalto que a participação de cada um dos denunciados foi delineada de modo individualizado, e pelas razões ora expostas, entendendo que a segregação cautelar é medida que

se impõe para resguardar a ordem pública da reiterada prática dos graves crimes que lhes são imputados, para garantir que a instrução processual se realize de forma mais célere e efetiva e para assegurar que se aplique a lei penal em vigor.

Do mesmo modo, diante do contexto indiciário já produzido em fase preliminar de investigação, a busca e apreensão domiciliar requerida se mostra indispensável para a obtenção de outras provas que servirão de suporte ao pedido de condenação formulado na denúncia ora apresentada.

(...)

Durante o curso do feito, a Defesa requereu o relaxamento da prisão alegando excesso de prazo. O magistrado *a quo*, contudo, houve por bem indeferir o pedido, a teor da seguinte decisão (f. 36):

Indefiro os pleitos libertários formulados em favor dos réus Jeferson César, Michel, Pablo e Clodoaldo, em razão de não haver qualquer modificação fática ou jurídica a justificar o restabelecimento do *status libertatis*, permanecendo incólumes os requisitos que serviram de subsídios à decretação da prisão preventiva. Destaco, ainda, que não há que se falar em excesso de prazo, na medida em que se trata de processo complexo, com diversos réus e defesas técnicas distintas, sendo certo que não vislumbro qualquer inércia deste juízo no andamento do feito. Ressalto que, se atraso houve, deu-se por parte das próprias defesas, em virtude dos reiterados requerimentos, inclusive, de liberdade, motivando a abertura de conclusões e consequente atraso no processamento do feito.

Inconformada, a Defesa impetrou prévio *writ* na origem, ao qual o Tribunal de Justiça estadual denegou a ordem, em aresto assim sumariado (f. 69/70):

HABEAS CORPUS. IMPUTAÇÃO DOS

CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO, EXTORSÃO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, SOB A ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO UMA VEZ QUE A INSTRUÇÃO CRIMINAL NÃO TERIA SEQUER SE INICIADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *WRIT* CONHECIDO COM A DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Pacientes presos, cautelarmente, desde 08/04/2015, denunciados, juntamente com outros 42 corréus, em razão das investigações realizadas pela Polícia Civil, com o objetivo de apurar a prática, em tese, de diversos crimes relacionados ao tráfico de drogas, denominada Operação Adren.

No que tange ao pleito de concessão da ordem, cabe ser dito, inicialmente, que já houve impetração recente de duas ações de *habeas corpus* anteriores, em nome dos pacientes, nas quais foram denegadas as ordens, em 17/02/2016 (Pablo) e 27/01/2016 (Clodoaldo), uma vez não demonstrado o excesso de prazo nas custódias prisionais preventivas.

Nestes autos, passadas duas semanas do último julgamento, conforme acima citado, cabe ser dito, mais uma vez, ser assente o entendimento em nossos Tribunais Superiores e neste órgão colegiado que os prazos processuais não se resumem a meras parcelas aritméticas, sendo cabível sua dilatação, dentro de um critério de razoabilidade, devendo ser observado o caso concreto. *In casu*, não há falar-se, validamente, em inescusável dilatação de prazo, eis que o Magistrado de piso conduz regularmente o processamento do feito, tendo sido tomadas todas as providências necessárias e possíveis, ante as particularidades do caso concreto, no qual, cabe esclarecer, apresenta bastante complexidade, contando atualmente, com 42 corréus, com patronos distintos, no qual houve a necessidade da expedição de di-

versas cartas precatórias, inclusive para o Estado de São Paulo, eis que alguns denunciados lá se encontram presos.

Ressalte-se, por oportuno, a ação penal originária é fruto de um amplo e complexo procedimento investigatório realizado pela Polícia Civil, com o objetivo de desarticular organização criminosas, fazendo-se necessário o deferimento judicial de inúmeras interceptações telefônicas, a resultar na denúncia de 43 acusados, pela prática das mais diversas condutas delituosas, tendo sido arroladas, ainda, 32 testemunhas pelo membro do *Parquet*.

Cabe acrescentar-se, ainda, que segundo as informações prestadas pelo Juiz de piso (f. 30/34) “O feito encontra-se aguardando a vinda da defesa preliminar do acusado Wanderlei Alba, preso recentemente, para designação de audiência para data próxima”, avizinhandose, pois, o início da instrução criminal.

Destarte, inobstante se argumente a existência de alguma delonga processual, esta encontra-se condizente à complexidade da ação penal, não havendo falar-se, validamente, em ofensa ao princípio da razoável duração do processo, inserto no artigo 5º, inciso LXXVIII da CRFB.

Desta forma, não se vislumbrando o alegado constrangimento ilegal ao qual estaria submetido o paciente, vota-se pelo conhecimento do *writ*, com a denegação da ordem, recomendando-se, entretanto, celeridade na marcha processual, inclusive, com o desmembramento do feito em relação aos réus não encontrados.

Daí o presente recurso, em que insiste a Defesa quanto ao excesso de prazo na formação da culpa.

Alega que inexistente qualquer previsão para início da instrução criminal e que os pacientes encontram-se presos preventivamente há quase 10 (dez) meses, não tendo havido sequer apreciação de suas respostas à acusação.

Pondera que ainda se faz necessária a citação de alguns dos denunciados, o que inviabilizaria a designação de audiência para data próxima.

Obtempera que diversos prazos previstos no Código de Processo Penal e na Lei nº 12.850/2013 fora desrespeitados. Nesse sentido, aduz que mais de 290 (duzentos e noventa) dias de prisão, sem que sequer tenha se iniciado a instrução criminal, constitui um abominável excesso.

Ao final, pede a revogação da prisão preventiva dos recorrentes.

Estes autos foram distribuídos por prevenção do HC n.º 324728/RJ, impetrado em favor de corrêu da empreitada criminosa *sub examine*, ao qual foi negado seguimento em razão da incidência da Súmula nº 691 do STF.

A f.. 246/250, indeferi a liminar.

Com as informações (f. 254/263 e 265/276), o Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (f. 280/282).

A f. 265/276, o magistrado noticiou a designação de audiência para 18/04/2016 e 19/04/2016. Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, constata-se que foi realizada tal audiência e expedidas cartas precatórias. Em 02/05/2016 houve o desmembramento com relação a alguns dos corrêus. E há audiências designadas para 05/07/16, 20/07/16 e 25/07/16.

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO E OUTROS DELITOS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INO-

CORRÊNCIA. COMPLEXIDADE DA CAUSA. DESPROVIMENTO.

1. A questão do excesso de prazo na formação da culpa não se esgota na simples verificação aritmética dos prazos previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto.

2. Examinando a ordem cronológica, verifica-se que a dilação dos prazos processuais não se deu de maneira irregular, encontrando-se o feito com tramitação dentro dos parâmetros da razoabilidade.

3. Hipótese em que a ação penal conta com 38 (trinta e oito) réus já citados, com defesas técnicas distintas. Há diversas interceptações e 32 testemunhas arroladas pela acusação. O feito tem tramitado regularmente, com diversas audiências realizadas e outras já designadas, inclusive em outras comarcas, dada a necessidade de expedição de cartas precatórias.

4. É evidente a complexidade da causa, cabendo destacar que a ação penal em foco decorre de investigação policial na qual se levaram a cabo interceptações telefônicas autorizadas judicialmente e que identificaram “a existência de grupos criminosos voltados para a prática de graves delitos como tráfico de entorpecentes e de armas, roubo, extorsão e extorsão mediante sequestro, na região Sul Fluminense, bem como na capital dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo”.

5. Recurso a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Cinge-se a controvérsia em determinar se a custódia provisória dos recorrentes, que se estende até o presente momento, macularia o princípio da razoável duração do processo.

A questão relativa à obediência aos pra-

zos legais para o deslinde da instrução criminal não se esgota na simples verificação aritmética dos lapsos temporais previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto.

Não se desconhece que a doutrina é enfática em proclamar que a cristalização do direito à celeridade processual é o primeiro passo no sentido de se estabelecer um prazo fixo para a segregação cautelar, como já ocorre na prisão temporária:

(...) as pessoas têm o direito de saber, de antemão e com precisão, qual é o tempo máximo que poderá durar um processo penal. Essa afirmação, com certeza, causará espanto e até um profundo rechaço por algum setor atrelado ainda ao paleopositivismo e, principalmente, cego pelo autismo jurídico. Basta um mínimo de capacidade de abstração, para ver que isso está presente - o tempo todo - no direito e fora dele. É inerente às regras do jogo. Por que não se pode saber, previamente, quanto tempo poderá durar, no máximo, um processo? Porque a arrogância jurídica não quer esse limite, não quer reconhecer esse direito do cidadão e não quer enfrentar esse problema. Além disso, dar ao réu o direito de saber previamente o prazo máximo de duração do processo ou de uma prisão cautelar, é uma questão de reconhecimento de uma dimensão democrática da qual não podemos abrir mão. (LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2006, pp. 108-109)

É evidente que esse cômputo não é estabelecido de maneira puramente aritmética, visto que um dado processo se difere de outro, mas é necessário ter-se um marco limite para o encarceramento provisório.

Retomando a lição da doutrina:

Estabelecida existência de uma coação estatal, devemos recordar que ela deve estar

precisamente estabelecida em lei. É a garantia básica da *nulla coactio sine lege*, princípio basilar de um Estado Democrático de Direito, que incorpora a necessidade de que a coação seja expressamente prevista em lei, previamente e com contornos claramente definidos. Nisso está compreendido, obviamente, o aspecto temporal. (*Op. cit.*, p. 108).

Além disso, a despeito das razões expendidas, não se pode perder de vista que a chamada reforma do Judiciário, vazada na Emenda Constitucional n.º 45/2004, erigiu à categoria de direito fundamental “a razoável duração do processo” (art. 5.º, inciso LXXVIII).

A delimitação de prazo para o encerramento da instrução processual deve ser vista *cum grano salis*, visto que o citado lapso temporal não é peremptório, admitindo dilação ante determinadas situações.

Na hipótese, os recorrentes tiveram sua prisão preventiva decretada em 08/04/2015.

Ao prestar informações a esta Corte, o magistrado singular esclareceu, no que interessa:

A denúncia veio acompanhada de cópia integral dos autos do processo n.º 0006488-57.2014.8.19.0007, que tramita perante este juízo e diz respeito a diversos pedidos de interceptação telefônica formulados para fins de investigação levada a efeito pela Autoridade Policial da 90ª Delegacia de Polícia de Barra Mansa, através do IP n.º 090-01510/2014, com o escopo de apurar crimes previstos na Lei n.º 11.343/06.

A referida investigação apontou para a existência de grupos criminosos voltados para a prática de graves delitos como tráfico de entorpecentes e de armas, roubo, extorsão e extorsão mediante sequestro, na região Sul Fluminense, bem como na capital dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

Em 08/04/2015, foi proferida a decisão recebendo a denúncia do ilustre Ministério Público e decretando a prisão preventiva dos pacientes e mais 41 acusados dos crimes de tráfico de drogas e associação criminosa, estando o paciente Pablo Bafa Feiolo, incurso nos crimes previstos no artigo 35, *caput*, c/c. o artigo 40, incisos II, III e IV, da Lei nº 11.343/06; artigo 33, *caput*, c/c art. 40, incisos II, III e IV, da Lei 11.343/06, n/f do art. 29 do CP (tráfico das drogas apreendidas na Baixada Fluminense); art. 2º, 5S 2º, 3º e 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/2013; art. 157, *caput* e § 2º, incisos I e II, c/c art. 29 do CP (vítimas Diego e Cristina); art. 159, § 1º, do CP (vítima Duílio); art. 158, § 1º, c/c art. 29, ambos do Código Penal (vítima Marcelo “Soldado”); art. 158, § 1º, c/c art. 29, do CP (vítima Marçilon) e art. 158, § 1º, c/c art. 29, do CP (vítima “Tio”) e o paciente Clodoaldo Antônio Pereira, como incurso nos crimes previstos no art. 35, *caput*, c/c art. 40, incisos II, III e IV, da Lei nº 11.343/06; art. 33, *caput*, c/c o art. 40, incisos II, III e IV, da Lei nº 11.343/06, n/f do art. 29 do CP (tráfico das drogas apreendidas na Baixada Fluminense); art. 2º, §§ 2º, 3º e 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/13; art. 157, *caput* e § 2º, incisos I e II, c/c art. 29 do CP (vítimas Diego e Cristina); art. 159, § 1º, do CP (vítima Duílio); art. 158, § 1º, c/c art. 29, do CP (vítima Marcelo “Soldado”); art. 158, § 1º, c/c art. 29 do CP (vítima Marçilon) e art. 158, § 1º, c/c art. 29 do CP (vítima “Tio”).

Regularmente citados, os pacientes apresentaram a defesa preliminar a f. 2501/2566.

Em 02/03/2016 foi proferida Decisão, oportunidade em que foram analisadas as preliminares defensivas e ratificado o recebimento da denúncia, designando-se AIJ para os dias 18/04/2016 e 19/04/2016.

Informo a Vossa Excelência que se trata de processo complexo (estando atualmente no 20º Volume - f. 4194), com um grande número de réus (38 réus presos já citados) e defesas técnicas distintas, diversas interceptações, 32

testemunhas arroladas pelo Ministério Público, além da necessidade de expedição de cartas precatórias.

Examinando a ordem cronológica, verifica-se que a dilação dos prazos processuais não se deu de maneira irregular, encontrando-se o feito com tramitação dentro do parâmetros da razoabilidade.

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, constata-se que foi realizada audiência de instrução em 18/04/2016 e expedidas cartas precatórias. Em 02/05/2016 houve o desmembramento com relação a cinco dos corréus. Foram realizadas várias audiências no mês de junho. E há audiências designadas para 05/07/16, 20/07/16 e 25/07/16.

Como se vê, a ação penal conta com 38 (trinta e oito) réus já citados, com defesas técnicas distintas. Há diversas interceptações e 32 testemunhas arroladas pela acusação. O feito tem tramitado regularmente, com diversas audiências realizadas e outras já designadas, inclusive em outras comarcas, dada a necessidade de expedição de cartas precatórias. É evidente a complexidade da causa, que justifica uma maior delonga na conclusão do feito. Nesse descortino, não se apura qualquer circunstância intolerável, que configure desídia estatal.

De notar que, conforme esclareceu o magistrado, a ação penal em foco decorre de investigação policial na qual se levaram a cabo interceptações telefônicas autorizadas judicialmente e que identificaram “a existência de grupos criminosos voltados para a prática de graves delitos como tráfico de entorpecentes e de armas, roubo, extorsão e extorsão mediante sequestro, na região Sul Fluminense, bem como na capital dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo”.

A esse respeito, essa Corte já se posicionou:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. MOTIVAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

01. Prescreve a Constituição da República que “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, “de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” (art. 654, § 2º). Desses preceptivos constitucional e legal se infere que, no *habeas corpus*, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, impõe-se seja processado para aferição da existência de “ilegalidade ou abuso de poder” no ato judicial impugnado (STF, HC nº 121.537, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma; STJ, HC nº 227.152, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma).

02. Conforme consolidada jurisprudência, “o excesso de prazo não decorre de uma operação aritmética, mas de uma avaliação do caso concreto, à luz do princípio da razoabilidade. Em situações excepcionais, como retardo injustificado provocado pela defesa, complexidade do feito, necessidade de realização de diligências, expedição de cartas precatórias, bem ainda o número de acusados, podem extrapolar os marcos temporais previstos na lei

processual penal e justificar eventual demora na formação da culpa” (RHC nº 50.463/CE, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME [Desembargador convocado do TJ/SP], Quinta Turma, julgado em 23/10/2014; RHC nº 48.828/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014).

03. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 305.089/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (Desembargador convocado do TJ/SC), Quinta Turma, julgado em 19/03/2015, DJe de 31/03/2015)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE DO CRIME. *MODUS OPERANDI* DELITIVO. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A questão do excesso de prazo na formação da culpa não se esgota na simples verificação aritmética dos prazos previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto.

2. Examinando a ordem cronológica, verifica-se que a dilação do prazo para o término da instrução não se deu de maneira irregular, tendo o feito tramitado dentro dos limites da razoabilidade.

3. Na hipótese, o feito contava, inicialmente, com quarenta e cinco réus, tendo sido desmembrado em relação a apenas dois deles – foragidos –, possuindo ainda inúmeros acusados, dos quais nem todos chegaram a apresentar a defesa prévia dentro do prazo legal.

4. De se notar também a complexidade do feito que, como ressaltado pelo magistrado de piso, “decorre de investigação que se arrastou

por meses, onde foram colhidas inúmeras horas de interceptações telefônicas autorizadas por este juízo e que identificaram a atuação de várias pessoas que se possivelmente se associaram para exercer o tráfico de drogas nesta região”.

5. A necessidade da custódia cautelar restou demonstrada, com espeque em dados concretos dos autos, conforme recomenda a jurisprudência desta Corte, estando o *decisum* proferido na origem fundamentado na participação em audaz esquema de tráfico de drogas, com ramificações em diversas cidades do Estado do Rio Grande do Norte, devidamente esquadrinhado após a autorização judicial de interceptações telefônicas, a evidenciar, portanto, risco para ordem pública.

6. Ordem denegada.

(HC nº 322.557/RN, de minha relatoria, Sexta Turma, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DESEMBARGADOR DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AÇÃO PENAL. AFASTAMENTO CAUTELAR. TERATOLOGIA. NÃO OCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO E DO RISCO DA DEMORA. PEDIDO INDEFERIDO.

1. O deferimento de tutela liminar pressupõe o adimplemento conjunto de dois requisitos, a saber: a probabilidade de êxito na demanda após cognição exauriente e o risco de dano irreparável ou de difícil reparação a quem, ao fim, sagra-se titular do direito.

2. A relevância do direito não se mostra evidente, por vários fundamentos: a simples possibilidade de obtenção incidental de efeito suspensivo no recurso interposto – ainda que este, ordinariamente, não o possua – já é suficiente para impedir a utilização de mandado de segurança para essa mesma finalidade; o ato

apontado como coator é inequívoco ao determinar o afastamento cautelar “até decisão de recebimento da denúncia”. Portanto, eventual falha de informação dos setores de comunicação desta Colenda Corte Superior não tem o condão de contaminar ou modificar acórdãos proferidos em sessões públicas.

3. Também não se evidencia *fumus boni iuris* quanto à alegação de excesso de prazo injustificável em razão de o afastamento do cargo de Desembargador do eg. TJTO perdurar há mais de 3 anos. Tal situação, de plano, não configura ato manifestamente ilegal ou teratológico, sobretudo porque, como se constata dos autos, há dezenove supostos envolvidos na acusação, dentre desembargadores, advogados, servidores, procuradores do Estado do Tocantins e particulares. A prática imputada trata de um suposto esquema de comércio de decisões judiciais no âmbito do referido Tribunal de Justiça. Vê-se, portanto, que, seja pelo elevado número de acusados, seja pela natureza da prática, o caso já denota, no mínimo, média complexidade, a justificar a demora

4. Ademais, a própria verificação de excesso de prazo, sustentado pelo impetrante, demandaria o cotejo entre a natureza e complexidade da investigação e o tempo decorrido, o que implicaria o revolvimento da matéria probatória constante da Ação Penal nº 690/TO, o que, como se sabe, é vedado em *mandamus*.

5. Não se pode olvidar que o afastamento cautelar de acusado, detentor de cargo de alta envergadura no âmbito do Poder Judiciário, tem como justificativa a preservação da confiança pública nas instituições e no sistema democrático. Trata-se de garantir à coletividade a confiança de que os membros de determinado Poder irão atuar em consonância com os princípios regentes no sistema constitucional e legal (moralidade, legalidade, impessoalidade, dentre tantos outros). Portanto, sob esse outro prisma, vê-se que há a possibilidade de limitação do direito fundamental do impetrante (à razoável duração do processo, razoabilidade da

duração do afastamento) quando em confronto com o direito subjetivo público de confiança na correta atuação dos membros do Judiciário.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no MS 20.503/TO, Rel. Ministro OG FERNANDES, Corte Especial, julgado em 05/11/2014, DJe 11/12/2014)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DE CULPA DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. COMPLEXIDADE DO FEITO (EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS E ELEVADO NÚMERO DE RÉUS). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. Ausente manifestação do Tribunal *a quo* acerca do pedido de liberdade provisória, fica o Superior Tribunal de Justiça impedido de analisá-la, sob pena de indevida supressão de instância.

2. O excesso de prazo para o término da instrução criminal, segundo pacífico magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar a instrução criminal e não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais

3. Tratando-se de ação penal complexa, com vários réus denunciados e a necessidade de expedição de cartas precatórias para várias comarcas a fim de interrogar os acusados, tem-se como justificada a exasperação do prazo na conclusão da instrução criminal.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 115.773/CE, Rel. Ministro ARNAL-

DO ESTEVES LIMA Quinta Turma, julgado em 02/06/2009, DJe de 29/06/2009)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. TRANSNACIONALIDADE DA DROGA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. FEITO COMPLEXO. FUNDAMENTAÇÃO PARA A PRISÃO. QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

1. Havendo indícios acerca da origem estrangeira da droga apreendida, e ainda não terminada a instrução criminal, não há que se falar em competência da Justiça Estadual, tendo em vista o disposto no art. 109, V, da Constituição da República.

2. À luz do princípio da razoabilidade, o excesso de prazo no término da instrução probatória é justificável em um procedimento complexo e com número elevado de réus, o que impõe o alargamento dos prazos.

3. A enorme quantidade de droga apreendida, sessenta quilos, denota a periculosidade do agente; também a organização do grupo criminoso evidencia a possibilidade de reiteração criminosa.

4. Ordem denegada.

(HC 97.238/PA, Rel. Ministra JANE SILVA (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 22/04/2008, DJe de 12/05/2008)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

O DIREITO E AS LEIS DE PROTEÇÃO À MULHER NO BRASIL

Historicamente, a mulher exercia as funções de procriação, manutenção do lar e educação dos filhos. Oprimida, era uma espécie de “apêndice do homem”, nunca sua parceira. Essa situação de inferioridade só começaria a mudar a partir das primeiras décadas do século XX, quando as mulheres, progressivamente, em vários países, passaram a lutar por seus direitos e obtiveram suas primeiras conquistas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 declara, em seu art. 5º, I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. No art. 226, § 8º, dispõe que o Estado “assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Não obstante, como afirma a filósofa Márcia Tiburi, “a violência contra a mulher é uma constante cultural, porque é repetida”.¹

Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), no Brasil, uma mulher é agredida e morta a cada 90 minutos. Muitas vezes, dentro da própria casa.² O crime de lesão corporal decorrente de violência doméstica está na lista das ações penais mais distribuídas nos juizados especializados no tema.³

De acordo com a médica perita do INSS, Adriana Maria Hilu, começou-se a constatar os múltiplos pedidos de afastamento do trabalho de mulheres, por motivos externos. O INSS suspeita de que esses casos, na verdade, sejam fruto de violência doméstica, *i.e.*, mulheres chegam machucadas e relatam que se acidentaram, caíram da escada, escorregaram, bateram com a cabeça, queimaram-se, etc. Desse modo, os procuradores do INSS, no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, cogitam da possibilidade de valer-se de ações regressivas, contra os agressores, responsáveis pelos afastamentos.⁴ Com essas ações, o INSS pretende contribuir no combate à violência doméstica e familiar, que acarreta enorme ônus para os cofres da Previdência Social, ao gerar a concessão de benefícios por incapacidade, em todo o Brasil.

O estupro é, entre todas, a forma mais degradante de violência contra a mulher. Segundo a enfermeira Ruth Mesquita, da Secretaria Municipal de Saúde da Cidade do Rio de Janeiro, o termo “cultura do estupro” foi cunhado por ativistas americanas, e se refere a uma construção social baseada em normas que devem ser seguidas pelas mulheres, motivadas por conceitos de determinação de poder e propriedade do corpo feminino. Essa cultura é propagada por uma educação

1 Seminário “A Cultura do Estupro e suas Repercussões para a Mulher e a Sociedade”, realizado pela EMERJ, em 12/07/2016.

2 Artigo de autoria da Deputada Estadual Martha Rocha, intitulado “Todos na luta contra o feminicídio no país”, publicado no jornal *O Dia*, de 8/03/2016.

3 Reportagem do jornal *A Tribuna de Niterói*, intitulada “TJ tem 7,5 mil processos de lesão corporal contra mulheres”, de 9/03/2016.

4 Ver nota 1.

sexista de base, que inibe a queixa das mulheres vítimas de agressões físicas e sexuais. Afirma, ainda, que a “cultura do estupro” estimula a crença de que se a mulher foi estuprada, de alguma maneira a culpa foi dela. Se não são encontradas as razões, aponta-se uma patologia, o homem é chamado de “monstro”.

Recente caso de estupro coletivo ganhou repercussão após vídeo divulgado em redes sociais. De acordo com a jornalista Maria Laura Neves, em reportagem na revista *Marie Claire*, intitulada “Covardia de gangue: o drama de vítimas de violência sexual que o Brasil não conhece”, a frequência com que a crueldade acontece deixa claro que: “Há muito mais casos de abuso coletivo do que se notifica no Brasil”.⁵

Para a assistente social Lúcia Xavier, coordenadora do grupo CRIOLA, o racismo guarda, também, estreita relação com a opressão e a violência contra a mulher, pelo modo como a estruturação de poder é determinada. “As mulheres negras se tornam vítimas preferenciais, porque a elas é imposta a condição ‘objeto’. Às mulheres negras é concedida a violência. Por elas, nem sempre todos se levantam em defesa”, afirma Lúcia.

Outra forma de violência por que passa a mulher é o assédio sexual no trabalho. Segundo a OIT, órgão das Nações Unidas, ocorre assédio de tipo sexual no trabalho, em presença, ao menos, de uma das seguintes alternativas: o envolvimento sexual for, claramente, uma condição para conseguir ou manter o emprego; ou influir nas promoções e/ou na carreira. Resulta prejudicado o rendimento profissional dessas vítimas, que se sentem humilhadas, insultadas e intimidadas.⁶

Texto elaborado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo caracteriza o assédio por constrangimentos e ameaças, com a finalidade de obter favores sexuais, feitos por alguém de posição hierárquica superior à vítima, nos termos do art. 216-A do Código Penal.⁷ Ademais, “o assédio sexual tem causado impactos sérios e negativos na saúde física e emocional das mulheres. Entre os efeitos negativos relatados pelas vítimas, os mais citados são: ansiedade, depressão, perda ou ganho de peso, dores de cabeça, estresse e distúrbios do sono. Além disso, muitas delas podam sua própria liberdade e seu direito de escolha – deixando de usar uma roupa ou de frequentar ambientes comuns, por exemplo – por medo de sofrer tais abordagens”.⁸

Já o assédio moral, forma de violência muito comum e prejudicial à saúde dos trabalhadores, é considerado, na visão dos especialistas, no caso das trabalhadoras, como uma agressão que se dá pela necessidade de autoafirmação do chefe, que teme ser subjugado pela capacidade da assediada, ou por preconceito de gênero. O fato de a maioria das mulheres desempenhar dupla jornada e, na maioria dos casos, ser responsável por questões familiares, pode se tornar uma fonte de desculpas para o assediador.⁹

5 Revista *Marie Claire*, julho de 2016.

6 CNJ Serviço: “Assédio sexual não é cantada e tem punição”. Matéria de 7/03/2016. Acesso em: 27/09/2016.

7 Cartilha elaborada pelo Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher. Coordenadoria de Comunicação Social e Assessoria de Imprensa da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

8 Ver em: www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/FolderAssedio.pdf/.

9 Ver em: www.sindjustica.org.br – Revista Edição Especial *Fala Sind-Justiça*, “Assédio Moral Mata!”, nº

Em âmbito nacional, dentre as iniciativas do Poder Legislativo em defesa das mulheres, destaca-se a Lei nº 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”), que, vem a completar dez anos. Segundo a educadora e ex-ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire, essa lei é exemplar, pois foi trabalhada e discutida com a sociedade civil, com mulheres vítimas e com representantes de várias categorias. É exemplar, portanto, no sentido de representar um modelo de participação social na elaboração das leis.¹⁰

Surgiu com o intuito de salvaguardar a mulher de todas as formas de violência, não só física, mas moral e psíquica, inclusive naquelas hipóteses em que a agressão possa não parecer tão violenta. Não se pode negar que a “Lei Maria da Penha” trouxe muitos benefícios essenciais à defesa dos direitos das mulheres. Desde sua implementação, as mulheres estão mais informadas e com mais coragem para denunciar. Já não têm tanto medo de levar o companheiro à Justiça ou à prisão, nem podem desistir da denúncia, em virtude de lesão corporal.

A Lei nº 11.340/2006 dedica alguns artigos às medidas protetivas, com a finalidade de cessar a violência, dentre elas, o afastamento do lar, a proibição de aproximação da vítima e a fixação de alimentos provisionais ou provisórios.

Ainda existe número significativo de mulheres que desistem de dar continuidade aos processos, seja por medo, vergonha, pressão familiar ou dependência financeira do acusado. Para que uma mulher procure a ajuda do Estado, há de confiar nas consequências desse ato e ir adiante. Se hesitar, voltará ao alcance do agressor, submetendo-se à possibilidade de uma violência ainda maior.

É inquestionável que a “Lei Maria da Penha” foi um avanço conquistado pelas mulheres. Contudo, somente com a discussão da criminalização do feminicídio, as mulheres passaram a ter suas dignidades garantidas diante da violência.

Sobreveio a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que alterou o artigo 121 do Código Penal, referente ao crime de homicídio, para estabelecer as circunstâncias que configuram o feminicídio e incluí-lo no rol dos crimes hediondos. Homicídio se torna feminicídio quando o assassinato ocorre no âmbito da violência doméstica e familiar, e a motivação do criminoso é fruto de menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima.

O direito ao aborto engloba, nos termos do art. 128 do CP, os casos de aborto legal, ou seja, quando ocorrem circunstâncias que tornam lícitas a prática do fato. São o aborto necessário e o aborto da vítima de estupro. Segundo o artigo mencionado, “(...) não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

13-jan/fev de 2014.

10 Seminário “10 anos da Lei Maria da Penha: Avanços e Retrocessos”, EMERJ, 3/08/2016.

Várias são as leis que garantem outros direitos às mulheres. Na página do Ministério da Justiça e Cidadania,¹¹ podemos citar a Lei nº 13.109/2015, que concede licença à gestante e à adotante; medidas de proteção à maternidade para militares grávidas, além da licença-paternidade, no âmbito das Forças Armadas; a Lei nº 13.112/2015, que permite à mulher o registro do filho; a Lei nº 13.239/2015, que garante a realização, pelo SUS, de cirurgia plástica reparadora de sequelas de lesões em mulheres que sofreram atos de violência; a Lei nº 12.812/2013, que dá estabilidade provisória às mulheres gestantes em seus trabalhos; a Lei nº 12.895/2013, que concede direito de acompanhante à parturiente; a Lei nº 12.121/2009, que determina efetivo de segurança com agentes do sexo feminino em estabelecimentos penais destinados a mulheres; a Lei nº 11.942/2009, que prevê às mães presas e aos seus filhos recém-nascidos condições mínimas de assistência; a Lei nº 11.804/2008, que concedeu o pagamento dos alimentos gravídicos, e a Lei nº 11.664/2008, que criou ações de saúde e tratamento continuado, nos casos de câncer de colo de útero e de mama.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro vem contribuindo bastante para fazer valer a Lei nº 11.340/2006: capacitou juizes e criou, no Estado, o que hoje corresponde a onze Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher; a Central Judiciária de Abrigamento Provisório da Mulher Vítima da Violência Doméstica (CEJUVIDA); o Projeto Violeta, que diminuiu para quatro horas o tempo de adoção de medidas protetivas de urgência; a Sala Lilás - espaço voltado para a realização de exames periciais em mulheres violentadas; a Ouvidoria da Mulher – um canal para facilitar a intermediação para mulheres que tenham alguma questão sobre processos existentes; e a criação do Observatório Judicial da Mulher – um portal no *site* do TJRJ que reúne informações relacionadas à violência de gênero.¹²

O Projeto Violeta, de autoria da Juíza de Direito ADRIANA RAMOS DE MELLO, foi vencedor da XI Edição do Prêmio Innovare. O reconhecimento obtido com o prêmio permitiu ao projeto consagrar-se como exemplo a ser seguido na proteção das mulheres contra a violência de gênero.

A violência precisa de punição, para que não seja incentivada. No entanto, os fatos demonstram que as leis não bastam para coibir a violência de gênero. Todos nós precisamos trabalhar por uma cultura que acabe com a visão patrimonialista, sexista e patriarcal da sociedade, promovendo assim a equidade e igualdade, objetivando o fim da discriminação e da violência contra as mulheres nos âmbitos público e privado.

A seguir, seleção de julgados pesquisados no Superior Tribunal de Justiça, e no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pertinentes ao tema do Direito e as Leis de Proteção à Mulher no Brasil.

11 Ver em: www.justica.gov.br.

12 Ver em: www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher.

LEI MARIA DA PENHA. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. TÉRMINO. FATOS ATERRORIZANTES. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. REVOGAÇÃO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

EMENTA

Lei Maria da Penha. *Habeas Corpus*. Medida protetiva. Relação de namoro. Decisão da 3ª Seção do STJ. Afeto e convivência independente de coabitação. Caracterização de âmbito doméstico e familiar. Legitimidade do Ministério Público para a medida. Princípio da isonomia. Decurso de trinta dias sem ajuizamento da ação principal. Ausência de manifestação do Tribunal *a quo*. Supressão de instância. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir os Conflitos nºs. 91980 e 94447, não se posicionou no sentido de que o namoro não foi alcançado pela Lei Maria da Penha, ela decidiu, por maioria, que naqueles casos concretos a agressão não decorria do namoro.

2. Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei nº 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação.

3. O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica.

4. O princípio da isonomia garante que as normas não devem ser simplesmente elaboradas e aplicadas indistintamente a todos os indivíduos, ele vai além, consi-

dera a existência de grupos ditos minoritários e hipossuficientes, que necessitam de uma proteção especial para que alcancem a igualdade processual.

5. A Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, justificando-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar.

6. O Ministério Público tem legitimidade para requerer medidas protetivas em favor da vítima e seus familiares.

7. Questão ainda não analisada pela instância *a quo* não pode ser objeto de análise por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

8. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *Habeas Corpus* nº 92.875 – RS, em que são Impetrante: F.B.P, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Paciente: C.F., acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente da ordem de *habeas corpus* e nesta parte a denegar, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros NILSON NAVES, PAULO GALLOTTI, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA e OG FERNANDES votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.

Brasília (DF), 30 de outubro de 2008.
(Data do Julgamento)

MINISTRA JANE SILVA
(Desembargadora convocada do TJ/MG)
Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (Relator): Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, impetrado por procurador legalmente habilitado em favor de C.F., contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, alegando coação ilegal porque lhe foi imposta proibição de se aproximar da vítima, sua ex-namorada, em um raio de 50m.

Alega que a Lei nº 11.340/2006 é inconstitucional porque privilegia a mulher em detrimento do homem, sufragando o direito constitucional da igualdade; que não havia relação doméstica entre eles, tendo em vista que namoraram por curto espaço de tempo, sem a intenção de constituir família e que, portanto, o Ministério Público não teria legitimidade para propor a medida protetiva, por fim, sustenta que a medida cautelar já ultrapassou trinta dias e até hoje não foi proposta a ação principal, determinando a cessação da medida protetiva que lhe impõe a proibição de aproximar-se da vítima.

O pedido de liminar foi indeferido pelo então Relator, o Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS, f. 70/72.

As informações foram devidamente prestadas pela autoridade apontada coatora, f. 76/79.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem, f. 135/138.

É o relatório.

Em mesa para o julgamento.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA

DO TJ/MG) (Relator):

Analisei atentamente as razões da impetração, as informações prestadas, a documentação acostada, o parecer do Ministério Público Federal e entendo que a ordem não merece ser concedida, pelos motivos que passo a expor:

Consta dos autos que foi instaurado inquérito policial tendente a apurar a prática de crime, que teria ocorrido no âmbito doméstico, por parte do paciente contra S.R.F.P., sua ex-namorada.

Pelo que dos autos exsurge, f. 36, é possível constatar que a vítima trabalhava com o paciente, em determinado momento iniciaram um namoro, que, segundo ela, durou quatro anos; ao término desse relacionamento o paciente, depois de um certo tempo, passou a espalhar panfletos difamatórios contra ela, pichar o muro de sua residência e até de seu quarto, culminando com o incêndio na garagem de sua casa em que até os bombeiros foram acionados. Segundo a vítima, vizinhos viram o paciente circulando em frente a sua casa no dia dos fatos, além do que, panfletos foram também fixados no muro da empresa de um amigo da vítima, pessoa tida pelo paciente como suposto namorado dela e objeto de seu ciúme.

O Ministério Público ao tomar conhecimento dos fatos narrados pela vítima propôs medida protetiva de proibição de aproximação do paciente em relação a ela e a seus familiares a uma distância de 100m.

Realizada audiência de conciliação, a ofendida manifestou interesse em prosseguir com a ação, nessa oportunidade, a delimitação da proibição de aproximação foi reduzida para 50m.

O inquérito policial que busca prova da existência do crime e os indícios de autoria, ao que parece, ainda está em curso.

O juízo monocrático determinou a medida impugnada nesse ato sob os seguintes fundamentos, f. 42/43:

Com efeito, ao comparecer na Promotoria de Justiça, a vítima relatou a sequência de fatos aterrorizantes praticado pelo requerido, aduziu que teme pela sua vida e de seu filho, uma vez que não foi à primeira vez que ocorreram fatos desse tipo, entretanto as outras vezes a vítima não representou, tendo em vista que Carlos prometeu não importuná-la.

Conforme o artigo 798 CPC, o juiz pode determinar medidas protetivas que julgar adequada, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, possa causar lesão e grave e de difícil reparação à outra.

Destarte, se faz estritamente necessária a presente medida liminar, uma vez que presentes seus requisitos.

Dessa forma acolho a promoção do Ministério Público e determino liminarmente a proibição do requerido C.F. de aproximar-se da ofendida, de seus familiares e de testemunhas, a menos de 100 metros, com fulcro no artigo 22, II e III, b da Lei Maria da Penha, sob pena do mesmo responder por crime de desobediência e multa no valor de R\$ 300,00 em caso de descumprimento.

(...).

Irresignada com a determinação da medida, a defesa impetrou junto ao Tribunal de Justiça estadual *habeas corpus*, o qual restou denegado sob a seguinte ementa, f. 131:

HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA PROTETIVA DE PROIBIÇÃO DO PACIENTE DE APROXIMAR-SE A MENOS DE 50 METROS DO ENDEREÇO PROFISSIONAL DA VÍTIMA. MEDIDA ADEQUADA AO CASO CONCRETO, INEXISTINDO CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO. ORDEM DENEGA-

DA, DECISÃO UNÂNIME.

A vítima afirma que namorou durante quatro anos com o paciente, este, por sua vez, alega que referido namoro foi ocasional e sem pretensões de desenvolver-se para algo definitivo e duradouro.

Nesse momento, como não é permitido adentrarmos nas provas dos autos, vez que esta ação constitucional de *habeas corpus* não comporta dilação probatória, cabendo a instrução criminal delimitar, sob o crivo do contraditório, com maior precisão qual é a versão dos fatos que mais se aproxima da prova colhida por meio da tomada de depoimentos de testemunhas, que certamente tiveram a oportunidade de conviver com o casal, vamos considerar a palavra da vítima como suficiente a configurar os indícios de autoria necessários para a fase procedimental em que o processo se encontra.

Nesse diapasão, podemos considerar que quatro anos de namoro, configura, para os efeitos da Lei Maria da Penha, relação doméstica ou familiar, não simplesmente por terem sido quatro anos de relacionamento, mas porque o namoro configura um relacionamento íntimo.

Ressaltamos que mantemos esse entendimento porque a 3ª Seção desse Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar os conflitos de competência nº 91980 e 94447, embora tenha decidido, por maioria, por remeter a causa a julgamento pelo Juízo de Direito do Juizado Especial e não para o Juízo de Direito da Vara Criminal, o fez por entender que, naqueles casos específicos sob julgamento, a violência praticada contra a mulher não decorria da relação de namoro.

A 3ª Seção não decidiu na oportunidade do julgamento dos conflitos que a relação de namoro não é alcançada pela Lei Maria da Penha.

As disposições preliminares da Lei nº 11.340/2006 dispõem em seu artigo 4º que a lei deverá ser interpretada tendo por escopo os fins sociais a que ela se destina, considerando-se, especialmente, as mulheres nas suas condições peculiares em situação de violência doméstica.

Cito artigo 4º da Lei nº 11.340/2006:

“Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.”

Depois de o legislador chamar a atenção para a interpretação correta, dispõe em seguida o que configura violência doméstica para os efeitos da lei.

Preceitua que a unidade doméstica refere-se a todo e qualquer espaço de convívio, ainda que esporádico, que a família é considerada a união de pessoas, dentre outras, por vontade expressa e que o âmbito doméstico e familiar é caracterizado por qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação.

Transcrevo o artigo 5º da Lei nº 11.340/2006:

“Para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimentos físicos, sexuais ou psicológicos e dano moral ou patrimonial:

I. No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II. No âmbito da família, compreendida como a unidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por

laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III. Em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

Não se trata de saber se a relação do casal caracterizou união estável ou não, se o convívio já cessou ou não, basta que os elementos apontem para a direção de que ambos, em determinado momento, por vontade própria, ainda que esporadicamente, tenham tido relação de afeto, independente de coabitação.

A lei não exige grande esforço de interpretação para essa conclusão, pelo contrário, ela é expressa, não deixa margem de dúvidas.

Isso porque, seu escopo de proteção às mulheres, constantemente vítimas de agressões em suas relações domésticas e familiares, gira em torno de algo maior do que o casamento ou uma possível união estável, ele gira em torno da necessidade de resguardo daquela que é colocada em situação de fragilidade frente ao homem em decorrência de qualquer relação íntima que do convívio resulta.

Aquele que namora quatro anos por vontade expressa manteve, por óbvio, vínculo íntimo de afeto com a namorada, ainda que com ela não tenha coabitado ou que da relação não resulte união estável.

Penso que o intuito da legislação compromete-se com a realidade em que vivemos. Realidade que nos assalta todos os dias pelo noticiário com a violência de todo tipo, mas, especialmente nos últimos tempos, com aquela dirigida à mulher, em muitos casos, contra a mulher que manteve relação íntima com seu

agressor “tão somente” no âmbito do namoro.

Afastar o namoro do âmbito de proteção da Lei Maria da Penha é corroborar com o estado de coisas que nos apresenta diuturnamente os telejornais.

Pudemos, nos últimos dias, acompanhar pelos meios de comunicação casos de grande repercussão que nada mais refletiam do que a violência praticada contra a mulher em decorrência da relação íntima resultante do namoro, ainda que não houvesse coabitação entre vítima e agressor, ocasionando, aos olhos de quem quisesse ver, a morte da vítima. Situações assim, não podem persistir.

Por oportuno, há de se ressaltar que um dos princípios comezinhos de direito, no que tange à interpretação da norma, preconiza que ela não utiliza palavras inúteis e, nesse caso, qualquer relação íntima de afeto, ainda que não tenham morado sob o mesmo teto, caracteriza âmbito doméstico para a Lei nº 11.340/2006, abarcando, por corolário, também o namoro.

Nesse caso, podemos concluir com certa facilidade que o Ministério Público, caracterizada a violência no âmbito doméstico, é o legítimo titular da proposição da medida protetiva, conferida com o intuito de manter afastado o paciente da vítima e de seu filho, os quais, ao que parece, estão aterrorizados pelas constantes ameaças a suas incolumidades, supostamente utilizadas pelo agente. Tal legitimidade decorre do texto expresso da lei, vejamos:

Artigo 19 da Lei nº 11.340/2006. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

Quanto à constitucionalidade da lei, entendemos que tal matéria deve ser apreciada por aquele que é o guardião da Constituição

desse Estado, intitulado República Federativa do Brasil, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, conforme comando constitucional previsto em seu artigo 102.

Cabe a este Superior Tribunal de Justiça interpretar a lei federal e, tomada a questão dessa perspectiva, não vislumbramos qualquer irregularidade na intitulada Lei Maria da Penha que visa, tão somente, a dar cumprimento a preceitos constitucionais, efetivando direitos fundamentais por meio do processo.

A Constituição da República em seu artigo 226 estabelece que a família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; o parágrafo 8º desse dispositivo assegura que a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Também não descuida a Constituição, artigo 227, de atribuir à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade pelas crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, assegurando-lhes:

O direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Lei Maria da Penha nada mais é que o instrumento legal apto ao alcance desse escopo constitucional.

Não se trata na espécie de aplicação do princípio da igualdade, mas sim, de aplicação da garantia da isonomia, oriunda da acepção aristotélica lançada na obra *Ética a Nicômaco*, que nela enxerga a necessidade de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”. (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**,

p. 124-125).

Tal princípio garante o sentido de que as normas não devem ser simplesmente elaboradas e aplicadas indistintamente a todos os indivíduos, ele é mais profundo, considera a existência de grupos ditos minoritários e hipossuficientes, que necessitam de uma proteção especial para que alcancem a igualdade processual.

Nesse contexto, a Lei Maria da Penha é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, justificando-se pela situação de vulnerabilidade e hipossuficiência em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar.

Dessa forma, por entendermos que a suposta violência praticada contra a vítima pelo paciente decorre do namoro e que esta relação, independente de coabitação, pode ser considerada íntima, verificamos a necessidade de incidência da Lei Maria da Penha à espécie, apta a estipular o procedimento adequado para o caso.

Por tais considerações, sendo o namoro alcançado pela Lei Maria da Penha e tendo a violência nesse caso se dado em decorrência dessa relação íntima de afeto, é que o Ministério Público torna-se o titular para requerer medida protetiva da vítima e seus familiares, como disciplinado na Lei n° 11.340/2006.

Por fim, no que se refere à revogação da medida protetiva, porque esta teria natureza cautelar, exigindo, assim, o início da ação principal em trinta dias, já tendo este prazo escoado, entendo que esta questão não pode ser aqui analisada porque ainda não foi submetida à instância *a quo*, fato que resultaria em indevida supressão de instância.

Posto isto, conheço parcialmente do pedi-

do e, nessa extensão, o denego.

É como voto.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CRIMES DE LESÃO CORPORAL, AMEAÇA, RESISTÊNCIA E DESOBEDIÊNCIA. USO DE SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS. UTILIZAÇÃO DE FACA DE COZINHA. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PERICULOSIDADE CONCRETA. DIGNIDADE HUMANA DA MULHER.

Ementa

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Crimes de lesão corporal. Ameaça. Resistência e Desobediência. Violência doméstica contra a mulher. Prisão em flagrante convertida em prisão preventiva. Fundamentação idônea. Garantia da ordem pública. Acautelamento da integridade física da vítima. Constrangimento ilegal não evidenciado. Crime apenado com detenção. Possibilidade de decretação da custódia. Inteligência do art. 313, inciso IV, do CPP. Recurso provido.

1. É legal a decisão que decretou a prisão preventiva que, partindo da singularidade do caso concreto, assevera a necessidade de acautelamento da integridade, sobretudo física, da vítima, a qual, ao que consta dos autos, corre risco de sofrer novas agressões, em se considerando o histórico do recorrente, pessoa violenta e dada ao consumo de drogas.

2. A despeito de os crimes pelos quais responde o recorrente serem punidos com detenção, o próprio ordenamento jurídico – art. 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 11.340/2006 – prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva nessas hipóteses, em circunstâncias especiais, com vistas

a garantir a execução de medidas protetivas de urgência.

3. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros MARCO AURÉLIO BELLIZZE, MOURA RIBEIRO e REGINA HELENA COSTA votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro JORGE MUSSI.

Brasília (DF), 27 de maio de 2014. (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ: Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de D.A.A., em face de acórdão denegatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, assim ementado:

HABEAS CORPUS – AMEAÇA, LESÃO CORPORAL, RESISTÊNCIA E DESOBEDIÊNCIA – CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NÃO FORMULADO PERANTE O JUIZ DE PRIMEIRO GRAU – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – INEXISTÊNCIA – PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO – ORDEM DENEGADA.

A ausência de formulação de pedido de liberdade provisória no juízo de primeiro grau

não obsta ao conhecimento do *habeas corpus* impetrado contra a decisão que converte o flagrante em prisão preventiva, seja porque a decretação pode, por si só, configurar constrangimento ilegal a ser sanado, ou porque a autoridade já nessa ocasião analisa os pressupostos previstos para a segregação cautelar, externando seu íntimo convencimento quanto à necessidade desta.

A prisão preventiva tem contornos diferenciados em casos de violência doméstica, podendo ser aplicada independentemente de outras medidas protetivas de urgência previamente aplicadas e descumpridas, desde que, sob a ótica do princípio da adequação, a medida extrema se mostre necessária para resguardar, de imediato, a integridade física da vítima de violência de gênero, em observância aos objetivos almejados pela Constituição Federal (art. 226, § 8º), pela Lei Maria da Penha e por Convenções Nacionais e Internacionais atinentes às garantias de segurança da mulher.

Ordem denegada, em parte com o parecer. (f. 106)

Narram os autos que o ora recorrente foi preso em flagrante, no dia 06 de dezembro de 2013, como incurso nos arts. 129, § 9º, 147, 329 e 330, todos do Código Penal.

Consoante o acórdão recorrido, sob efeito de substâncias psicotrópicas, o recorrente acusou sua companheira de traição e a ameaçou de morte, na posse de uma faca de cozinha. Em seguida, teria passado a apertar o pescoço da ofendida, que conseguiu desvencilhar-se, e investido contra os Policiais que lhe deram voz de prisão. O MM Magistrado de primeiro grau converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva.

No *writ* denegado na origem, sustentou o recorrente, preliminarmente, supressão de instância na decisão que decreta a prisão pre-

ventiva antes de a defesa pugnar pela liberdade provisória. No mérito, aduziu a desproporcionalidade da prisão preventiva e o desatendimento ao disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

No presente recurso, defende que a ilegitimidade da prisão preventiva, porque “decorre da suposta periculosidade apontada na prática do delito, já que além de não trazerem qualquer elemento concreto capaz de embasar a grave segregação cautelar [...] não houve, sequer, descumprimento de medida protetiva” (f. 127).

Busca, assim, a concessão de alvará de soltura.

Contrarrazões a f. 146/154.

Despacho positivo de admissibilidade a f. 156.

O pedido liminar foi indeferido a f. 162/164.

As judiciosas informações foram prestadas a f. 172/191, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se a f. 195/199, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE LESÃO CORPORAL. AMEAÇA. RESISTÊNCIA E DESOBEDIÊNCIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA

ORDEM PÚBLICA. ACAUTELAMENTO DA INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CRIME APENADO COM DETENÇÃO. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 313, INCISO IV, DO CPP. RECURSO DESPROVIDO.

1. É legal a decisão que decretou a prisão preventiva que, partindo da singularidade do caso concreto, assevera a necessidade de acautelamento da integridade, sobretudo física, da vítima, a qual, ao que consta dos autos, corre risco de sofrer novas agressões, em se considerando o histórico do recorrente, pessoa violenta e dada ao consumo de drogas.

2. A despeito de os crimes pelos quais responde o recorrente serem punidos com detenção, o próprio ordenamento jurídico – art. 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006 – prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva nessas hipóteses, em circunstâncias especiais, com vistas a garantir a execução de medidas protetivas de urgência.

3. Recurso desprovido.

Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA): O recurso não comporta provimento.

O MM Juiz da 2.^a Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Campo Grande/MS converteu a prisão em flagrante do recorrente, ocorrida no dia 06 de dezembro de 2013, em prisão preventiva com a seguinte fundamentação, *in verbis*:

“Primeiramente, da análise do respectivo auto é possível perceber que foram preenchidos os requisitos legais e constitucionais necessários à custódia do flagrado, estando formalmente em ordem, motivo pelo qual ho-

mologo o presente flagrante.

Na hipótese em tela, considerando que a custódia preventiva é excepcional, há que se analisar se estão presentes os requisitos que justificam a segregação cautelar do acusado.

Nos termos do art. 311 do Código de Processo Penal “Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

O art. 313, III, por sua vez, prevê que poderá ser decretada a prisão preventiva, dentre outros motivos, “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

No mesmo sentido, o art. 20 da Lei nº 11.340/06 dispõe que: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial”.

No caso, verifica-se dos autos e do conjunto probatório, especialmente pelo termo de declaração da vítima e dos depoimentos das testemunhas, que estão presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, bem como evidenciado que as infrações foram praticadas em infringência às disposições da Lei Maria da Penha.

A vítima M.F.B. narrou que no dia dos fatos ao chegar à sua residência se deparou com o atuado sob efeito de substâncias psicotrópicas, momento em que o mesmo passou a acusar a ofendida de traição, oportunidade em que, de posse de uma faca de cozinha, passou a ameaçar a vítima de morte.

Não bastasse, ao atuado passou a apertar o pescoço da ofendida, tentando esganá-la, momento em que esta conseguiu desvencilhar-se.

Ainda, consta dos autos que após atendimento policial e tendo estes dado voz de prisão ao atuado, Daniel investiu contra os mesmos, tendo sido utilizada a força necessária para detê-lo.

Demonstra-se assim que a ofendida teme por sua segurança pessoal caso o réu seja colocado em liberdade, demonstrando que a soltura representa um risco real a sua vida, integridade física e segurança, uma vez que os elementos constantes dos autos evidenciam ser ele pessoa violenta e dada ao consumo de drogas.

Nesse sentido, a prisão inclusive é uma forma eficaz de evitar que o atuado venha praticar outras infrações penais, haja vista a sua inclinação a condutas delitivas.

Quanto ao fundamento, vê-se que segue presente o *periculum in libertatis*, configurado na proteção da ofendida, que teme efetivamente que a soltura do atuado coloque em risco sua vida, tendo em vista que reiteradamente vem sendo vítima de práticas delitivas em situação de violência doméstica e familiar, aliado à necessidade de garantia da ordem pública, que se encontra abalada face a personalidade do réu voltada a comportamento violento e propenso ao cometimento de infrações penais.

No que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, não se pode deixar de observar que a reforma processual penal considerou acentuadamente a “proibição de excesso” no uso das medidas cautelares, preocupando-se de forma especial com a prisão preventiva, ao reconhecer que deve ser utilizada apenas como medida extrema, a ser adotada “em último caso”. Logo, para legitimá-la, deve ser a medida adequada e necessária à hipótese.

Convém explicitar que a outra face da proporcionalidade está contida na “proibição de deficiência”, identificada por exemplo na manutenção da prisão preventiva como instrumento de proteção da ordem pública, visto que, estando intimamente ligada aos critérios de adequação do art. 282 CPP, visa evitar a prática de outras infrações penais, tendo como pressu-

postos a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e a periculosidade do agente. Resta demonstrando nos autos, assim, a necessidade e adequação da decretação da prisão preventiva, para proteção da vítima e em garantia da ordem pública, encontrando-se atendido o princípio da proporcionalidade.

[...]

Por derradeiro, convém observar que um dos principais objetivos da Lei n. 11.340/06 é tutelar a dignidade humana da mulher vítima de violência doméstica e familiar, protegida internamente e internacionalmente pela “Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher” e “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”.

Nesse sentido, a ordem pública encontra-se abalada, bem como a ofendida necessita de proteção imediata e efetiva, sendo necessário se concretizar o Princípio da Proteção previsto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, impondo-se a realização de um juízo de ponderação entre o direito de ir e vir do réu e o direito à proteção da ofendida, de forma que no caso ora tratado prevalece, por ora, a proteção da vítima.

Portanto, os requisitos da prisão preventiva seguem preenchidos, bem como os fundamentos que a autorizam, no caso notadamente a garantia da ordem pública e para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência, em proteção da mulher em situação de violência doméstica.” (f. 71/74)

O acórdão denegatório recorrido foi motivado da seguinte forma:

“[...] convém observar que um dos principais objetivos da Lei n. 11.340/06 é tutelar a dignidade humana da mulher vítima de violência doméstica e familiar, protegida internamente e internacionalmente pela “Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher” e “Convenção In-

teramericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Nesse sentido, a ordem pública encontra-se abalada, bem como a ofendida necessita de proteção imediata e efetiva, sendo necessário se concretizar o Princípio da Proteção previsto no art. 226, § 8º, da Constituição Federal, impondo-se a realização de um juízo de ponderação entre o direito de ir e vir do réu e o direito à proteção da ofendida, de forma que no caso ora tratado prevalece, por ora, a proteção da vítima.

Portanto, os requisitos da prisão preventiva seguem preenchidos, bem como os fundamentos que a autorizam, no caso notadamente a garantia da ordem pública e para assegurar o cumprimento das medidas protetivas de urgência, em proteção da mulher em situação de violência doméstica”. (p. 71-74).

No caso, observa-se que a conduta supostamente praticada pelo paciente foi grave, pois, em tese, sob o efeito de psicotrópicos tentou esganar a vítima e a ameaçou de morte na posse de uma faca de cozinha, indicando, assim, que é dotado de periculosidade concreta, com destaque ao fato de que foram necessários vários policiais para contê-lo, tendo alguns deles, aliás, sofrido lesões em virtude dos supostos golpes do paciente, conforme se extrai do auto de prisão em flagrante e testemunho do condutor da prisão, colacionados a pp. 43-46, sobresaindo o grande risco a que se submete a vítima, a qual foi, vale frisar, ameaçada de morte por aquele, de modo que a segregação cautelar mostra-se indispensável, ao menos por ora.

Nesse sentido, não há como deferir outras medidas cautelares, como alega a impetrante.

No que se refere à tese de que a prisão preventiva, nos casos de violência doméstica, só caberia se houvesse medida protetiva de urgência descumprida, chamo a atenção para as particularidades que apresentam a legislação de proteção à vítima de violência doméstica, justificando a adoção de medidas protetivas

para delitos que, *a priori*, seriam considerados de menor gravidade.

E para bem demonstrar tais particularidades, creio ser necessário relembrar as razões que levaram o Congresso Brasileiro a editar a Lei nº 11.340/06, após a odisseia de sofrimento de Maria da Penha contra os constantes abusos praticados pelo marido, que por mais de uma vez tentou matá-la, o que na matéria é mais apropriado do que simplesmente se ater às lições de processo penal.

Apesar de, formalmente, a Lei nº 11.340/06 não conter nenhuma referência expressa ao nome desta notável brasileira, a legislação, desde seu nascedouro ficou assim conhecida em reconhecimento à sua luta pela efetividade de seus direitos, cujo sofrimento, inconformismo e determinação foram, e permanecem sendo, o principal estandarte da histórica luta para se coibir a violência doméstica praticada contra vítimas do sexo feminino, as quais, mesmo amparadas pela legislação, lamentavelmente ainda sofrem com o descaso do Poder Público que, por vezes, acaba por chancelar uma cultura retrógrada, machista e desumana que segue vitimando mulheres em situação semelhante à da que deu nome à Lei.

[...]

Repiso. A despeito de os crimes imputados ao paciente terem penas máximas que não ultrapassam 4 (quatro) anos de reclusão, a interpretação sistemática do artigo 282, inciso II, com redação dada pela Lei n. 12.403/2011, e artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.340/2006, apontam para a possibilidade de decretação de prisão preventiva em casos dessa natureza, sem exigir, como prévia condição, eventual descumprimento de medida alternativa anteriormente imposta. Na realidade, a preventiva pode ser decretada de maneira originária ou autônoma, quando o juiz entender que a prisão é, desde logo, a única adequada e proporcional para a

situação concreta. Deveras, o que deve guiar o magistrado é o princípio da adequação, para verificar se bastará a imposição de uma medida alternativa para resguardar a segurança da vítima, ou se, desde logo, somente a prisão servirá ao desiderato, como no caso em tela.

De outro lado, as condições pessoais favoráveis, ainda que estivessem presentes, não são suficientes por si sós para elidir a prisão preventiva devidamente decretada.

Anoto ademais, que a prisão ocorreu há pouco tempo (6 de dezembro de 2013), podendo a magistrada *a quo* revogar a prisão tão logo entenda desaparecido o perigo eminente à vítima.” (f. 107/115)

Como se vê, a decisão que decretou a prisão preventiva do Recorrente demonstra, com elementos concretos dos autos, a necessidade da medida constritiva, como forma de preservar a ordem pública.

O acórdão recorrido, por sua vez, ressaltou “o grande risco a que se submete a vítima, a qual foi, vale frisar, ameaçada de morte por aquele, de modo que a segregação cautelar mostra-se indispensável, ao menos por ora” (fl. 110), o que não destoa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, partindo da singularidade do caso concreto, evidente a necessidade da custódia preventiva para o acautelamento da integridade, sobretudo física, da vítima, a qual, ao que consta dos autos, corre risco de sofrer novas agressões, em se considerando o histórico do recorrente, pessoa violenta e dada ao consumo de drogas.

Nesse contexto, a decisão judicial ora impugnada encontra-se satisfatoriamente fundamentada, em observância ao disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

A despeito de os crimes pelos quais responde o Recorrente serem punidos com detenção, não se perca de vista que o próprio

ordenamento jurídico – art. 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 11.340/2006 – prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva mesmo diante de crimes apenados com detenção, em circunstâncias especiais, tais como a hipótese ora em apreço, com vistas a garantir a execução de medidas protetivas de urgência.

Nesse sentido:

“[...] VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. REINCIDÊNCIA. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DAS VÍTIMAS. CONSTANTES AMEAÇAS. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA PARA O ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CONDENADO RECOLHIDO NO REGIME SEMIABERTO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.

1. Não fere o princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição a vedação do direito de recorrer em liberdade, se ocorrentes os pressupostos legalmente exigidos para a custódia do paciente na prisão.

2. Mostra-se devida a vedação do apelo em liberdade em razão da necessidade de se preservar a integridade das vítimas, quando há notícias de constantes ameaças, inclusive de morte, e o risco de que essas ameaças se concretizem é efetivo, dada a personalidade violenta do condenado, agravada pela sua condição de dependente químico.

3. Verifica-se a necessidade da prisão antecipada para acautelar a ordem pública da reiteração criminosa, já que há informação de que o paciente é reincidente, revelando a propensão a atividades ilícitas e demonstrando a sua periculosidade social e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.

4. Estando o condenado recolhido em re-

gime semiaberto e verificando-se que está sendo respeitada a necessária compatibilização da manutenção da custódia cautelar com o modo inicial de execução determinado no édito repressivo, não há ilegalidade a ser reparada por este STJ.

5. *Habeas Corpus* não conhecido.» (HC 256.535/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 20/06/2013.)

“CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL. AMEAÇA. RESISTÊNCIA. DESACATO. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ACUSADO QUE RESPONDE OUTRO PROCESSO POR LESÕES CORPORAIS E AMEAÇA CONTRA A MESMA VÍTIMA. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A ESPOSA. NECESSIDADE DE MAIOR CAUTELA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. Explicitado no acórdão recorrido que o paciente responde a outro processo por ameaça e lesões corporais contra a mesma vítima, além de ter sido explicitado que o mesmo agride e ameaça sua esposa de morte há aproximadamente 08 meses, resta demonstrada a periculosidade concreta do acusado, denotando ser sua personalidade voltada para o cometimento de delitos, além de evidenciar a possibilidade concreta de reiteração criminosa, o que é suficiente para obstar a revogação da medida constritiva para garantia da ordem pública.

II. Havendo elementos hábeis a justificar a prisão do réu, não há ilegalidade na decretação de sua custódia, pois a fundamentação encontra amparo nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

III. Se o crime doloso cometido pelo

agente envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, a prisão preventiva se legitima como forma de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, bem como recomenda maior cautela a fim de evitar nova incidência delituosa, como no caso dos autos. Precedentes.

IV. Condições pessoais favoráveis não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, quando a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos, como na hipótese dos autos.

V. Ordem denegada.” (HC 235.146/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 01/08/2012).

“PROCESSUAL PENAL – *HABEAS CORPUS* – VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO ÂMBITO FAMILIAR – POSSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA – AUSÊNCIA DE DECISÃO TERATOLÓGICA – *WRIT* ORIGINÁRIO AINDA NÃO JULGADO PELO TRIBUNAL *A QUO* – PEDIDO NÃO CONHECIDO. É possível, em tese, a prisão preventiva nos crimes punidos com detenção, se resultam de violência contra a mulher no âmbito familiar (inteligência do artigo 313, IV do CPP).

Se a matéria ainda não foi examinada pelo Tribunal Estadual, porquanto ainda não foi julgado o *habeas corpus* originariamente ali interposto, não pode o pedido ser conhecido, sob pena de supressão de instância salvo decisão teratológica (inteligência da Súmula 691 do STF).

Ordem não conhecida.” (HC 89.937/PR, 6.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJ de 11/02/2008.)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÕES FÍSICAS, APÓS DOAÇÃO COM RESERVA DE USUFRUTO VITALÍCIO. MEDIDAS PROTETIVAS PLEITEADAS DE FORMA AUTÔNOMA. RELAÇÃO FAMILIAR ENTRE MÃE E FILHO. NATUREZA SATISFATIVA. CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ. PREVENÇÃO.

EMENTA

Direito Processual Civil. Violência doméstica contra a mulher. Medidas protetivas da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Incidência no âmbito cível. Natureza jurídica. Desnecessidade de inquérito policial, processo penal ou civil em curso.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. “O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas” (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

3. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Especial nº 1.419.421 – GO (2013/0355585-8) em que é Recorrente: C.A.S e Recorrido: Y.S., os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros RAUL ARAÚJO (Presidente), MARIA ISABEL GALLOTTI, ANTONIO CARLOS FERREIRA e MARCO BUZZI votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2014.
(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator): 1. Y. S. ajuizou em face de seu filho, C.A.S., “ação protetiva dos direitos da mulher, com pedido de aplicação de medida cautelar”, com fundamento no art. 230 da Constituição Federal e arts. 5º, inciso II, 6º, 7º, incisos II e V, 19, § 1º, e 22, incisos II e III, todos da Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha.

A autora noticiou que, desde o ano de 2008, em razão de doação realizada por ela e seu falecido esposo aos seis filhos, com reserva de usufruto vitalício, o réu teria passado a dispensar tratamento violento aos pais, com xingamentos, ofensas, ameaças de toda ordem - inclusive de morte - e pressão psicológica, de modo que a situação atual é de verdadeira falência da relação familiar entre mãe e filho.

Em razão disso, com a finalidade de ver cessadas as alegadas violações, a requerente

pleiteou: a) as medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei n. 11.340/2006; b) a proibição de que o réu se aproxime da ofendida e de seus filhos, no limite mínimo de 100 (cem) metros de distância; c) proibição de que o requerido mantenha contato com a autora ou com seus filhos por quaisquer meios de comunicação até a audiência; e d) a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).

O Juízo de Direito do Juizado da Mulher da Comarca de Goiânia/GO extinguiu o processo sem resolução de mérito, entendendo que as medidas protetivas da Lei Maria da Penha têm natureza processual penal e sempre instrumentais ao processo-crime, inexistindo ação penal no caso (f. 1.162-1.166).

Em grau de apelação, a sentença foi casada por acórdão assim ementado:

Apelação Cível e Recurso Adesivo. Ação protetiva dos direitos da mulher com pedido de aplicação de medida cautelar. Deferimento de medidas protetivas. Natureza cível das medidas aplicadas à espécie. Aplicação das normas do CPC. Tempestividade do apelo. Caráter satisfativo. Desnecessidade de interposição da ação principal. Cassação da sentença. Recurso adesivo prejudicado.

I - Possuem as medidas protetivas impostas à espécie, previstas na Lei nº 11.343/2006, caráter eminentemente civil, devendo, pois, ser aplicado subsidiariamente ao caso em comento o Código de Processo Civil, o qual dispõe ser de quinze dias o prazo para a interposição de recurso de apelação.

II - As medidas de proteção em apreço possuem natureza satisfativa, ou seja, encerram, por si mesmas e por sua natureza, a finalidade desejada, independentemente de propositura de qualquer outra ação, não havendo

falar, pois, em necessidade de ajuizamento da demanda principal em trinta dias.

III - Cassada a sentença, como o provimento da apelação interposta, resta prejudicado o recurso adesivo. Apelo conhecido e provido. Sentença cassada. Recurso Adesivo prejudicado (f. 1.270-1.271).

Opostos embargos de declaração (f. 1.276-1.281), foram rejeitados (f. 1.299-1.319).

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, no qual se alegou, além de dissídio, ofensa ao art. 13 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), art. 593 do Código de Processo Penal (CPP) e arts. 3º e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil (CPC).

O recorrente sustenta ser intempestivo o recurso de apelação manejado pela recorrida, tendo em vista que a ação ajuizada com fundamento na Lei Maria da Penha ostenta natureza criminal, devendo as regras do Código de Processo Penal prevalecer em relação aos prazos processuais.

Por outro lado, aduz ser a autora carecedora de ação por ausência de interesse jurídico na demanda, já que nem a autora nem o Ministério Público ofereceram queixa-crime ou denúncia em face do requerido, ora recorrente, circunstância que, segundo entende, impede o prosseguimento da presente ação - que seria acessória ao processo criminal.

O recurso especial não foi admitido (f. 1.398-1.401), tendo sido seu trânsito viabilizado pela conversão do AREsp. Nº 417.663/GO, de minha relatoria, para melhor exame da controvérsia (f. 1.440-1.441).

É o relatório.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI Nº 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.

1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. “O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas” (DIAS. Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

3. Recurso especial não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator): 2. As questões veiculadas no presente recurso especial são duas:

a) intempestividade da apelação interposta pela recorrida, ao argumento de que o prazo aplicável é o previsto no art. 593 do Código de Processo Penal, por se tratar de ação de natureza criminal e não cível; b) a autora é

carecedora de ação, uma vez que as medidas protetivas pleiteadas na inicial e previstas na Lei Maria da Penha são de natureza criminal, não subsistindo sem que se ajuíze a ação penal correspondente.

Com efeito, as duas teses se entrelaçam e, se bem analisadas, dizem respeito ao mesmo fundamento jurídico: a possibilidade de agregar caráter cível às medidas protetivas à mulher, tal como previstas na Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Penha -, independentemente de processo penal ou inquérito policial em curso.

3. De modo a permitir melhor visualização da questão, transcreve-se o art. 22 da Lei Maria da Penha, dispositivo que contém as medidas protetivas buscadas pela autora:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas na *caput* e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no *caput* e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

O acórdão recorrido, modificando a sentença de piso, invocando vasta doutrina, abraçou entendimento segundo o qual as medidas protetivas pleiteadas têm natureza satisfativa que dispensam a propositura de outra ação, seja ela cível ou penal.

Nesse sentido, confira-se a conclusão do voto condutor:

As medidas de proteção em apreço possuem natureza satisfativa, ou seja, encerram, por si mesmas e por sua natureza, a finalidade desejada, independentemente de propositura de qualquer outra ação.

Não sendo, portanto, o caso de cautelar preparatória, mas em se tratando de cautelar satisfativa, em que nem mesmo é obrigatório o ajuizamento da ação principal, incabível a

extinção do feito sem resolução do mérito por ausência de ajuizamento da ação principal no prazo legal, devendo as questões debatidas ser decididas nos próprios autos.

[...]

Assim sendo, em se tratando de medida protetiva no âmbito da Lei de Violência Doméstica, e sendo referida cautelar de natureza satisfativa, merece reforma a sentença atacada (f. 1.265-1.270).

4. No âmbito da controvérsia aqui travada, cumpre destacar que a especial atenção conferida à violência doméstica constitui providência de estatura constitucional e é pauta permanente de debates nacionais e internacionais, tamanha a relevância do problema e a extensão dos danos causados ao longo da história.

Em trabalho elaborado no final da década de 1980 pela Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar - PNAD, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, constatou-se que 63% das agressões físicas contra a mulher aconteciam nos espaços domésticos e eram praticadas por pessoas que detinham relação pessoal ou afetiva com a vítima.

A Fundação Perseu Abramo, mediante pesquisa realizada em 2005, constatou taxa de espancamento de 11%, o que significava, à época, que pelo menos 6,8 milhões de brasileiras vivas já haviam sofrido espancamentos ao menos uma vez. Considerando-se que, entre as que admitiram ter sido vítimas de violência, 31% declararam que a última vez ocorrera no período dos 12 (doze) meses anteriores à pesquisa, chegou-se à proporção de 175 mil espancamentos por mês, 5,8 mil/dia, 243/ hora, 4/minuto, redundando em uma mulher espancada a cada 15 segundos no Brasil (Exposição de Motivos da proposta legislativa - número 016-SPM/PR).

Por outro lado, os danos resultantes da

violência contra a mulher, para além da sequelas física e psicológica experimentada pela vítima, alcançam também consequências financeiras em todo o mundo. Segundo Flávia Piovesan, em análise de estudo realizado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, uma em cada cinco mulheres que faltam ao trabalho o faz por ter sofrido agressão física; a violência doméstica compromete 14,6% do Produto Interno Bruto (PIB) da América Latina, cerca de US\$ 170 bilhões; no Brasil, custa ao País 10,5% do seu PIB (PIOVESAN, Flávia. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres**. In. R. EMERJ. Rio de Janeiro, v. 15, n. 57, jan-mar. 2012. p. 81).

No caso brasileiro, a Constituição Federal previu, no art. 226, § 8º, que o “Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, sendo certo que, historicamente, a vítima dessas violações é, via de regra, a mulher, seja nas relações conjugais, seja nas relações parentais, seja, ainda, nas relações privadas de natureza diversa.

Em escala internacional de proteção dos direitos humanos - além da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela ONU, em 1993 -, a Convenção Interamericana para “Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher” - “Convenção de Belém do Pará” -, aprovada pela OEA, em 1994, reconhece que a violência contra a mulher, no âmbito público ou privado, constitui grave violação dos direitos humanos e limita, total ou parcialmente, o exercício de outros direitos fundamentais.

4.1. Portanto, diante desse cenário e da preocupação com a histórica violência a que as mulheres estão submetidas é que a Lei Ma-

ria da Pena foi promulgada, inclusive sob a tensão de responsabilização internacional do Brasil, com o reconhecimento da negligência e omissão no combate à violência de gênero.

Nesse passo, o primeiro dado a ser considerado para compreensão da exata posição assumida pela Lei Maria da Pena no ordenamento jurídico pátrio é observar que o mencionado diploma veio objetivando ampliação dos mecanismos jurídicos e estatais de proteção da mulher. É a própria norma em comento que expressamente traz esse guia hermenêutico em seu art. 4º, segundo o qual, na “interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Por outra ótica de análise acerca da incidência da Lei, mostra-se sintomático o fato de que a Convenção de Belém do Pará - no que foi seguida pela norma doméstica de 2006 -, preocupou-se sobremaneira com a especial proteção da mulher submetida a violência, mas não somente pelo viés da punição penal do agressor, mas também pelo ângulo da prevenção por instrumentos de qualquer natureza, civil ou administrativa, como fica claro da leitura do art. 7º do mencionado diploma:

Artigo 7

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empregar-se em:

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam em conformidade com essa obrigação;

b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;

h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

A Lei nº 11.340/2006, na esteira das disposições internacionais vocacionadas à punição, prevenção e erradicação da violência contra a mulher, traz, logo de saída, norma semelhante, ao afirmar que “cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, [...] e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar” (art. 1º).

4.2. Ora, parece claro que o intento de prevenção da violência doméstica contra a mu-

lher pode ser perseguido com medidas judiciais de natureza não criminal, mesmo porque a resposta penal estatal só é desencadeada depois que, concretamente, o ilícito penal é cometido, muitas vezes com consequências irreversíveis, como no caso de homicídio ou de lesões corporais graves ou gravíssimas.

Vale dizer, franquear a via das ações de natureza cível, com aplicação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha, pode evitar um mal maior, sem necessidade de posterior intervenção penal nas relações intrafamiliares.

Na verdade, a Lei Maria da Penha, ao definir violência doméstica contra a mulher e suas diversas formas, enumera, exemplificadamente, espécies de danos que nem sempre se acomodam na categoria de bem jurídico tutelável pelo direito penal, como o sofrimento psicológico, o dano moral, a diminuição da autoestima, manipulação, vigilância constante, retenção de objetos pessoais, entre outras formas de violência (arts. 5º e 7º).

Nesse sentido, confira-se a lição de MARIA BERENICE DIAS sobre o tema:

A violência doméstica normatizada pela Lei Maria da Penha não guarda correspondência com qualquer delito tipificado no Código Penal. A Lei primeiro identifica as ações que configuram violência doméstica ou familiar contra a mulher (art. 5º): qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Depois define os espaços onde o agir configura violência doméstica (art. 5º, I, II e III): no âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação de afeto. Finalmente, de modo didático e bastante minucioso, são descritas as condutas que configuram violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral.

As formas de violência elencadas deixam

evidente a ausência de conteúdo exclusivamente criminal no agir do agressor. A simples leitura das hipóteses previstas na Lei mostra que nem todas as ações identificadas como violência doméstica correspondem a delitos. Configuram um ato ilícito, pouco importa se ilícito penal ou civil. [...]

Assim, é possível afirmar que a Lei Maria da Penha considera violência doméstica as ações que descreve (art. 7º) quando levadas a efeito no âmbito das relações familiares ou afetivas (art. 5º). Essas condutas, mesmo que sejam reconhecidas como violência doméstica, nem por isso tipificam delitos com possibilidade de desencadear uma ação penal.

[...]

Este é o verdadeiro alcance da Lei Maria da Penha. Conceitua a violência doméstica divorciada da prática delitiva e não inibe a proteção da vítima e nem impede a atuação da autoridade policial e nem a concessão das medidas protetivas pelo juiz (DIAS. Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 45-46).

Por outro lado, fica clara a inexistência de exclusividade de aplicação penal da Lei Maria da Penha quando a própria lei busca a incidência de outros diplomas para a realização de seus propósitos, como, por exemplo, no art. 22, § 4º, a autorização de aplicação do art. 461, § § 5º e 6º, do Código de Processo Civil; ou no art. 13, ao afirmar que “ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais [...] aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitem com o estabelecido nesta Lei”.

5. Analisada de outra forma a controvérsia, se é certo que a Lei Maria da Penha permite a incidência do art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil para a concretização das

medidas protetivas nela previstas, não é menos verdade que, como pacificamente reconhecido pela doutrina, o mencionado dispositivo do diploma processual não estabelece rol exauriente de medidas de apoio, o que permite, de forma recíproca e observados os específicos requisitos, a aplicação das medidas previstas na Lei nº 11.340/2006 no âmbito do processo civil.

O art. 461, § 5º do CPC, norma cuja abertura é revelada pela expressão exemplificativa “tais como”, autoriza o aplicador do direito a exercer sua motivada e regrada discricionariedade, com vistas a atingir a “tutela específica”, inclusive criando outras formas de medidas de apoio aptas a tanto.

Nesse sentido, é o lapidar magistério de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO acerca do tema:

Com vista a promover a efetiva realização dos direitos e conseqüente plenitude da tutela jurisdicional executiva, o § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil contém uma abertura muito grande para as medidas a serem impostas sobre a vontade do obrigado ou sobre seu patrimônio (medidas de coerção ou de sub-rogação. Ele manda o juiz “determinar as medidas necessárias” e, sem ressalvas ou restrições, passa à enumeração puramente exemplificativa dessas medidas, dizendo “... tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva”. Isso significa que, para obter o cumprimento do preceito contido em sentença mandamental, o juiz tem o poder de impor qualquer das medidas contidas na exemplificação e mais qualquer outra que as circunstâncias de cada caso concreto exijam e não destoem da razoabilidade inerente ao devido processo legal. Essa é a função sistemática das normas de encerramento - permitir que o intérprete vá além da exemplificação, não se prendendo aos limites das tipificações contidas no texto le-

gal. “Deve-se ter por admissível todo modo de atuação da lei e todo meio executivo que seja praticamente possível e não contrarie uma norma geral ou especial de direito” (CHIOVENDA). O limite das medidas a serem impostas é ditado pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, que não têm contornos fixos mas devem servir de guia para a atuação ao mesmo tempo enérgica e prudente do juiz; não chegar ao ponto de degradar o obrigado, humilhando-o com medidas incompatíveis com a dignidade humana, nem ceder a temores e preconceitos irracionais que são óbices ilegítimos à efetividade da tutela jurisdicional (como era o dogma da intangibilidade da vontade) (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume IV. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 453).

Com efeito, nessa linha de raciocínio, não há como negar que uma demanda com os contornos da que ora se examina tem características de ação de obrigação de não fazer, consistente em que o réu se abstenha de praticar as diversas formas de violência doméstica narradas na inicial.

E assim, para a consecução da mencionada tutela específica inibitória, valendo-se o magistrado da fórmula aberta inculpada no art. 461, § 5º, do CPC, das normas de acoplamento previstas nos arts. 22, § 4º, e 13 da Lei Maria da Penha, não há óbice para que, se preenchidos os requisitos autorizadores, sejam deferidas as medidas acauteladoras a que, exemplificadamente, faz referência o diploma protetivo sob análise.

6. Assim, as medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006 - notadamente as dos arts. 22, 23 e 24 -, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente

da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. As regras aplicáveis são as do Código de Processo Civil (inclusive quanto a prazos recursais), e obedecerão às normas de competência do *codex* e das leis locais.

Incorporo, uma vez mais, o magistério de MARIA BERENICE DIAS sobre a questão:

Debate-se a doutrina sobre a natureza jurídica das medidas protetivas. Não se trata de discussão meramente acadêmica, pois significativos são os reflexos de ordem processual. Uns afirmam que, se a medida for de natureza penal, pressupõe um processo criminal. Outros pregam sua natureza cível, só servindo para resguardar um processo civil. Mas há mais. Enquanto consideradas acessórias, só funcionariam enquanto perdurar o processo cível ou criminal. FAUSTO RODRIGUES DE LIMA afirma que a discussão é equivocada e desnecessária, pois as medidas protetivas não são instrumento para assegurar processos. O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas.

[...]

Já se encontra pacificado na jurisprudência que, em sede de direito familiar, a medida cautelar não perde a eficácia, se não intentada a ação no prazo legal. A própria Lei Maria da Penha não dá origem a dúvidas, de que as medidas protetivas não são acessórias de proces-

sos principais e nem a eles se vinculam. Assemelham-se aos *writs* constitucionais que, como o *habeas corpus* ou o mandado de segurança, não protegem processos, mas direitos fundamentais do indivíduo. São, portanto, medidas cautelares inominadas, que visam garantir direitos fundamentais e “coibir a violência” no âmbito das relações familiares, conforme preconiza a Constituição Federal (art. 226, § 8º).

As tutelas inibitórias e reintegratórias que cabem ser asseguradas como medidas protetivas de urgência são espécies de tutela específica: modalidade de tutela jurisdicional em que se busca viabilizar à parte um resultado específico. Têm por finalidade impedir atos ilícitos, o que justifica a possibilidade de o juiz impor ao agressor deveres de fazer, não fazer ou de entregar coisa, no intuito de tutelar especificamente o resultado almejado pela ofendida (DIAS. Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 147-149).

7. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

Voto

O Exmo. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA: o Sr. Presidente, o voto apresentado pelo eminente Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO é primoroso e paradigmático na jurisprudência desta Corte. Representa, com certeza, uma enorme contribuição para o aprimoramento e maior efetividade na aplicação da Lei Maria da Penha. Cumprimento S. Exa. e subscrevo integralmente seu voto.

Nego provimento ao recurso especial.

VOTO - VOGAL

O Exmo. Sr. Ministro RAUL ARAÚJO: Srs. Ministros, muito interessante o caso e, como sempre, S. Exa., o Sr. Ministro LUIS

FELIPE SALOMÃO, abordou muito bem a questão.

Acompanho o voto do eminente Relator, pois se verifica que na própria Lei Maria da Penha há diversos dispositivos referindo-se à jurisdição cível, à natureza cível de determinadas medidas. Sobre a atuação do Ministério público, o art. 25, por exemplo, diz:

“ o Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher. ”

Ora se o Ministério Público pode nem ser parte, é porque, realmente, nem toda ação envolvendo violência contra a mulher terá que ser da seara do Direito Penal.

Entendo que S. Exa., como sempre, traz o voto muito bem concebido e com conclusão de muito acerto. Nego provimento ao recurso especial.

DELITOS DE INJÚRIA RACIAL E LESÃO CORPORAL. HUMILHAÇÃO À EX-COMPANHEIRA. PRECONCEITO. EXPRESSÕES PEJORATIVAS REFERENTES À RAÇA E COR DA PELE. INQUESTIONÁVEL VALOR DA PALAVRA DA VÍTIMA. RECURSO NEGADO.

Apelante solto e condenado, pela prática dos crimes de lesão corporal e injúria racial (art. 129, § 9º e 140, § 3º, n/f do 69, todos do Código Penal), 03 meses de detenção e 01 ano e 02 meses de reclusão e a satisfação de 11 dias multa, em regime aberto, concedido o *sursis* e o apelo em liberdade.

Inconformismo defensivo objetivando a absolvição aduzindo a suposta insuficiência do acervo probatório.

Impossibilidade. Todas as provas cole-

tadas ao longo da instrução criminal paten-tearam seguramente a prática dos delitos. Caracterizam-se as duas notas do evento ilícito, a saber, a materialidade consubstanciada no registro de ocorrência e no laudo técnico e a autoria alicerçada no depoimento da lesada. Inquestionável o valor da palavra da vítima neste tipo de crime geralmente perpetrado à sorrelfa.

***In casu*, após a mulher indagar ao ex-companheiro sobre o pagamento da pensão alimentícia, este empurrou-a, arranhou-a, deferiu-lhe um tapa bem como ofendeu a sua dignidade usando expressões chulas. Nítida a intenção de humilhá-la com locução pejorativa referente à raça e a cor da pele.**

Recurso defensivo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0004761-31.2014.8.19.0050, sendo Apelante J.D.R.R. e Apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores componentes da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer do recurso, negando provimento ao apelo defensivo, na forma do voto do Desembargador Relator.

O Ministério Público denunciou J.D.R.R. por supostamente encontrar-se incurso nas penas dos artigos 140, § 3º, com a incidência da circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, “f” e 129, § 9º, n/f do 69, todos do Código Penal.

Em 16 de outubro de 2015, o magistrado *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva, condenando-o pela prática dos delitos previstos nos artigos 129, § 9º e 140, § 3º, c/c 61, inciso II, “f”, n/f do artigo 69, todos do Código Penal, às penas de 01 ano e 02 meses de reclusão e 11 dias-multa, à razão de 01 trigésimo do valor do salário-mínimo vigente ao tempo do fato deli-

tuoso e 03 meses de detenção, devendo aquela ser executada em primeiro lugar, por ser a mais gravosa. Concedida a suspensão da execução da pena privativa de liberdade por 02 anos, mediante determinadas condições: (a) no primeiro ano do período de prova, o condenado deverá prestar serviços à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação suspensa, em local a ser designado pela CPMA; (b) comparecimento mensal e obrigatório ao Juízo, para informar e justificar suas atividades (c) proibição de afastamento da Comarca em que reside por mais de 30 (trinta) dias, sem autorização judicial. Deferido o apelo em liberdade.

Inconformada com o *decisum*, a Defesa recorreu.

Em suas razões de apelação, a defesa pretende a absolvição pela suposta insuficiência de provas.

Contrarrazões do Ministério Público pelo desprovimento do recurso defensivo com a manutenção da sentença.

O douto Procurador de Justiça JOSÉ AUGUSTO GUIMARÃES exarou parecer pelo desprovimento do apelo defensivo.

Relatados.

Voto

Apelação tempestiva, preenchendo os demais requisitos de admissibilidade.

Narra a denúncia que:

“No dia 10 de maio de 2014, por volta de 20h30min, na Rua Arthur Silva, s/n, bairro Centro, Santo Antônio de Pádua/RJ, o denunciado, de forma livre e consciente direcionada à prática do injusto penal, injuriou sua ex-companheira, L.A.N.D, ofendendo a dignidade da

mesma com a utilização de elementos referentes à raça negra e à respectiva cor da pele da ofendida.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado, com vontade livre e consciente direcionada à prática do injusto penal, ofendeu a integridade corporal de sua ex-companheira, L.A.N.V., causando-lhe as lesões retratadas no AECD de f. 17/18.

Naquela oportunidade, a vítima teria encontrado por acaso o denunciado na Rua Arthur Silva, bairro Centro, nesta cidade. Ato contínuo, L. foi ao encontro do indiciado, indagando ao mesmo sobre o pagamento de pensão alimentícia em benefício dos filhos comuns. Neste momento, o denunciado injuriou sua ex-companheira, dizendo: “puta negra, piranha, vagabunda”. Em seguida, o indiciado ainda ofendeu a integridade física de L., agarrando-a, empurrando-a, arranhando-a e desferindo-lhe tapas.

Necessário ainda apontar que as condutas do denunciado consistem em ações baseadas no gênero, caracterizadas como violência física e moral, praticadas no contexto da relação doméstica, familiar e íntima de afeto, autorizando a disciplina prevista na Lei nº 11.340/06, conforme as disposições contidas nos artigos 50, I, II e III, e 701 I e V, do mencionado diploma.”

Observo apresentarem-se os elementos de convicção carreados aos autos suficientes para ensejar a condenação de J.D.R.R.

Todas as provas produzidas ao longo da instrução criminal comprovaram, seguramente, a prática dos delitos injúria racial e lesão corporal. Caracterizam-se as duas notas do evento ilícito, a saber, a materialidade consubstanciada pelo registro de ocorrência de f. 03/04 (documento eletrônico 00007), no auto de exame – lesão corporal de f. 17/18 (documento eletrônico 000027/000028).

Em juízo, a vítima L.A.N.D. declarou que:

“eu não fui casada, eu morei com ele 25 anos, tivemos dois filhos homens, tinha mais ou menos um mês que ele tinha saído de casa; nesse dia, ele já tinha saído de casa, sem nada, situação difícil, aí, ele não me procurou. fiquei aguardando, pelo tempo, eu fui atrás dele, ele tava trabalhando com Van, eu fui, esperei que ele guardasse o carro, ele tá morando agora ali no Centro; na rua mesmo, na rua da delegacia, no Centro; ele não aceitou que eu conversasse com ele; perguntei a ele como acertar a nossa situação porque estava sem alimentos em casa, preciso que me dê algum dinheiro, ele não aceitou; me chamou de piranha, puta, negra, me deu pescoção, tava com umas garrafas de cervejas; ele usou essa expressão; foi, foi; ele começou a falar e começou a ficar assim alterado, eu falei: se acalma, que a a gente tem que se entender, temos dois filhos; ele começou a gritar comigo, me jogou contra a parede e começou a me dar uns arranhões no braço, me arranhou nos peitos; eu falei que não esperava, que eu não esperava que vc fizesse isso comigo; me deu tapa na cara, me deu um tapa na cara e as garrafas de cerveja que tavam na mão dele ainda caiu; fiquei nos braços e nos peitos; botando a mão assim e empurrando ele para trás; ele saiu com as garrafas de cerveja na mão e fui na delegacia; ele nunca fez isso, nunca tinha feito; verbalmente, ele falava uns palavrões; ofensa racial já falou várias vezes; agressão física também antes, mas, eu nunca registrei devido ao problema de tá convivendo junto; depois que ele largou de casa, eu não fui a procura, só nesse dia; agora que ele tá com essa mulher, tem ligações no meu telefone, ela escrevia assim: Vc tá com medo? Tá correndo, por quê?, de telefone desconhecido; não falava isso, falava em termos de briga; ele chegou a ficar na porta da prefeitura com ela me esperando para me pegar; ele não chegou a falar que ia me pegar.”

“O apelante J.D.R.R., em seu interrogatório, negou a autoria do delito dizendo que:

“não aconteceu isso; eu não encontrei com ela nesse dia; tive; vivemos por cerca de 20 e poucos anos; fomos companheiros; tenho um filho de 23 anos e outro de 18 anos; eles moram com ela; foi mais ou menos de janeiro para fevereiro do ano passado (2014), acredito que no final de janeiro; desconheço isso, não estive com ela nesse dia; depois que nos separamos, eu não encontrei com ela; ela vai até o ponto, eu trabalho com Van, ela faz tipo assim ameaças, faz coisas ridículas, me chamando vagabundo, que vou pagar tudo, que eu vou ter o que eu preciso, que a guerra não acabou; nesse dia, eu estava, que ela tá dizendo ai, dia 10, eu sinceramente, não gravo essas coisas; depois que nós separamos, eu encontrei assim; nesse dia, eu já tinha acabado de trabalhar, tinha ido em casa tomar banho, e eu estava no bar do Sukita jogando sinuca e tomando cerveja; eu tenho certeza; isso me chama atenção, porque logo assim me chamaram na delegacia; eu estava nesse dia lá; eu acho que sim; não houve agressão nem dela nem da minha parte; não houve, houve da parte dela isso que eu estou falando pelo senhor, ela se descontrola, ela chega perto mais ou menos uns 3 metros e começa a me xingar; algumas vezes; eu acredito que seja um descontrole dela; de maneira nenhuma; a gente não consegue conversar com ela; ela é uma pessoa agressiva nas palavras, eu acredito que ela não consegue aceitar a nossa separação; não tenho nem ideia do que aconteceu; eu peguei o meu carro e as minhas roupas, saí, fui para a casa do meu pai, depois, que eu saí da nossa casa, eu não tive nenhum contato com ela, dessa forma, que eu falei para o senhor; falando que vc vai ter que pagar a faculdade, o meu filho vai fazer faculdade, eu pago R\$ 326,00; a minha pensão é correta, eu deposito antes; não tive contato nenhum com ela, nós nunca nos ofendemos em agressão física, ofensa verbal, durante nossa união, tivemos várias; depois, que nos separamos não tivemos nenhum contato; o ponto da Van fica ao lado da igreja católica, é na outra praça. Defesa; o bar é na Rua São Luís.”

O relato da vítima se mostra preciso e seguro, sem contradições, condizente com o apurado na peça técnica, o qual atesta que:

“Informação: Informa agressão por parte de seu ex-companheiro, em via pública localizada em S. A. de Pádua, por volta das 20:30 horas do dia 10 de maio de 2014, em decorrência de desavenças relacionadas à pensão alimentícia. Exame: Ao exame revela: equimose de coloração violácea localizada em face anterior de braço direito, em seu maior eixo possuindo 90mm; equimose de coloração violácea localizada em face anterior de braço esquerdo, em seu maior eixo possuindo 63mm; presença de escoriação de coloração avermelhada, coberta parcialmente por crosta sanguínea, em face anterior de hemitórax esquerdo, medindo em seu maior eixo 43mm, assim como escoriação de coloração avermelhada, coberta parcialmente por crosta sanguínea, localizada em face anterior de hemitórax direito, em seu maior eixo possuindo 32mm. Findo o exame, o Perito Legista conclui que há nexos temporais entre o alegado e o presente exame pericial, passando às respostas aos quesitos: Ao Primeiro: Sim; Ao Segundo:..., Ação Contundente; Aos Demais: Não.”

Por sua vez, o acusado se limitou a dizer em seu interrogatório que na data dos fatos não teria se encontrado com a vítima, porém, nenhum elemento de prova foi produzido nos autos que corroborasse com a versão apresentada. Ademais, o réu nem ao menos foi capaz de explicar como poderia associar que estaria em um determinado bar na data dos fatos, sem a ocorrência de qualquer evento especial que pudesse lembrá-lo do álibi apresentado.

Neste contexto, a defesa nada trouxe aos autos no sentido de ilidir a veracidade dos fatos narrados na peça vestibular, bem como, não se encontra presente qualquer causa de exclusão da ilicitude da conduta do réu ou que venha

afastar sua culpabilidade.

Assim, ao contrário do alegado pela defesa, a autoria mostrou-se incontroversa, devendo ser destacado o depoimento da vítima, esclarecedor de toda a dinâmica dos fatos.

Sem dúvida, resultou comprovada que o apelante utilizou-se das expressões “puta, piranha, negra” com a nítida intenção de humilhar a ex-companheira, demonstrando preconceito racial, ofendendo a sua dignidade com a utilização de expressão pejorativa referente à raça e cor de sua pele, amoldando-se a sua conduta à figura típica descrita no art. 140, § 3º do Código Penal.

Ademais, acerca da possibilidade do juízo condenatório se fundar exclusivamente na palavra da vítima em crimes de violência doméstica, é tranquila a orientação dos Tribunais, dada a clandestinidade como tais delitos acontecem.

Considerando tal contexto, não acolho a tese da absolvição por insuficiência probatória, pois, precisamente patenteada a conduta típica do apelante, restando devidamente fundamentado o decreto condenatório.

Correta e adequada a dosimetria das penas e o regime prisional impostos pelo sentenciante.

Por fim, quanto ao prequestionamento, ausentes quaisquer violações aos dispositivos constitucionais e legais.

Pelo exposto, voto pelo desprovemento do apelo defensivo.

Rio de Janeiro, 19 de julho de 2016.

DES. ROBERTO TÁVORA
Relator

FEMINICÍDIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AGRESSÃO À COMPANHEIRA. BRUTAL VIOLÊNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA.

Habeas Corpus. Homicídio qualificado (Meio cruel. Femicídio). Roubo circunstanciado pelo emprego de arma. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Condução de veículo automotor sob a influência de álcool. Prisão cautelar. Pronúncia. Reclama o impetrante que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal no seu direito de ir e vir alegando que o mesmo foi preso em flagrante, tendo sido convertida a prisão flagrancial em preventiva, e posteriormente pronunciado pela prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, incisos III e VI, este último inciso na forma do art. 121, § 2º-a, inciso I, todos do CP, art. 157, § 2º, inciso I do CP, artigo 16 da Lei nº 10.826/03 e no artigo 306 da Lei nº 9.503/97, a qual foi mantida por ocasião da sentença de pronúncia, sustentando que no caso concreto não se encontram presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar, inexistindo qualquer elemento fático concreto a evidenciar a necessidade da prisão preventiva do paciente como forma de garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a futura aplicação da lei penal. Acrescenta que o paciente é primário, possui bons antecedentes, exerce atividade laborativa lícita (empresário) e possui residência fixa, e diante da total ausência do *periculum libertatis* faz jus ao mesmo a substituição da prisão preventiva. Requereu a concessão da ordem para substituir a prisão preventiva por medida cautelar prevista no art. 319 do CPP. Não assiste razão ao impetrante. No caso, em apreço, o pacien-

te foi denunciado pela suposta prática dos delitos de homicídio duplamente qualificado, roubo majorado, porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e condução de veículo automotor sob influência de álcool verificando-se, pela análise aprofundada dos autos que a higidez da custódia cautelar exsurge dos elementos produzidos até o presente momento durante a primeira fase do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do júri, tendo em vista a presença de indícios suficientes da autoria delitiva e de sua materialidade, em cotejo com a ausência de circunstâncias outras a indicarem a desnecessidade da medida preventiva extrema. No caso concreto entende-se que deva ser mantida a custódia preventiva, eis que conforme se infere dos autos e de acordo com a prova até então coligida, o acusado teria agredido sua companheira com invulgar violência, agarrando-lhe os cabelos, e estando a mesma jogada ao chão, bateu com seu crânio ao solo por várias vezes, e, após, com a pistola, teria golpeado a vítima e, em seguida, atirado na cabeça da mesma por diversas vezes, o que veio a provocar-lhe a morte, sendo que, outrossim, consta que o paciente em fuga efetuou o roubo de um veículo, com emprego de arma de fogo, e conduzindo o mesmo sob influência de álcool, veio a colidir, sendo então encontrado com o mesmo quatro armas de fogo de calibres variados e munições, estando a demonstrar, pois, as condutas imputadas ao paciente um enorme desvalor ao regramento social. *In casu*, a natureza dos crimes e a mecânica delitiva deixam evidente a necessidade da manutenção da custódia cautelar, sendo que a garantia da ordem pública é fundamento que se enquadra perfeitamente aos fatos articulados na denúncia. Com efeito, não há como confundir a gravidade do fato em abstrato com a gravidade em concreto, posto que o fato concreto justifica a manutenção da medida excepcional, pois quem comete as condutas descritas na exordial, gravemen-

te atenta contra a ordem pública. Por outro lado, não se vislumbra no caso concreto que as medidas substitutivas (diversas da prisão) serão suficientes para cumprir a mesma finalidade da prisão preventiva, sem a efetiva necessidade do encarceramento, razão pela qual se observa a necessidade da manutenção da custódia cautelar já que a liberdade do paciente traria abalo a garantia da ordem pública. Ademais, o fato de o paciente possuir residência fixa, bons antecedentes e exercer atividade laborativa lícita não são suficientes para a concessão da liberdade, se concorrerem os demais pressupostos ensejadores da prisão cautelar. Constrangimento ilegal inexistente. Denegação da ordem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0004330-79.2016.8.19.0000, em que figura como Impetrante, o Advogado Dr. Edison Ferreira de Lima, Paciente M.S.V., e Autoridade Coatora, Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçu.

Acordam os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto do Desembargador Relator.

O advogado Dr. Edison Ferreira de Lima impetrou a presente ordem de *Habeas Corpus* em favor de M.S.V., aduzindo na peça de interposição respectiva de f. 02/26, em síntese, que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal no seu direito de ir e vir por parte do MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Nova Iguaçu, alegando que o mesmo foi preso em flagrante, tendo sido convertida a prisão flagrancial em preventiva, e posteriormente pronunciado pela prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, incisos III e VI, este último inciso na forma do art. 121, § 2º-A, inciso I, todos do CP, art. 157, § 2º, inciso I do CP, artigo 16 da Lei nº 10.826/03

e no artigo 306 da Lei nº 9.503/97, a qual foi mantida por ocasião da sentença de pronúncia. Sustenta o impetrante que no caso concreto não se encontram presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar, inexistindo qualquer elemento fático concreto a evidenciar a necessidade da prisão preventiva do paciente como forma de garantir a ordem pública, a conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a futura aplicação da lei penal. Acrescenta que o paciente é primário, possui bons antecedentes, exerce atividade laborativa lícita (empresário) e possui residência fixa, e diante da total ausência do *periculum libertatis* faz jus o mesmo a substituição da prisão preventiva. Requereu o impetrante, o deferimento de pedido liminar para aplicação de medida cautelar prevista no art. 319 do CPP, e a concessão da ordem convalidando a liminar deferida.

A inicial veio instruída com os documentos contidos a f. 01/76 do Anexo 1.

Petição do impetrante a f. 33/46 e a f. 52/53 reiterando o pleito de liminar.

Solicitadas, as informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora a f. 60/62.

Decisão deste Relator a f. 64 indeferindo a liminar.

A d. Procuradora de Justiça a f. 67/75 opinou pela denegação da ordem.

VOTO

A tese central que fundamenta a presente ação mandamental é a inexistência nos autos dos elementos ou requisitos ensejadores da manutenção da custódia cautelar do paciente.

Nos termos do artigo 5º, LXVIII da Constituição da República,

“Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

Não assiste razão ao impetrante, conforme se demonstrará.

Da leitura atenta dos autos e das informações apresentadas se depreende que o paciente foi preso em flagrante em 16/04/2015, pela suposta prática dos crimes de homicídio qualificado, roubo circunstanciado pelo emprego de arma e porte ilegal de arma de fogo, sendo a mesma convertida em preventiva, nos seguintes termos, *in verbis*:

“Versa a hipótese comunicação de prisão em flagrante de M.S.V. como incurso nas penas dos arts. 121, §2º, VI, art. 157, §2º, I, ambos do Código Penal e art. 16, da Lei nº 10.826/03. Da análise das peças levadas ao conhecimento deste Juiz Natural depreende-se que a prisão em flagrante em tela se reveste de legalidade, não havendo quaisquer vícios ou irregularidades que a maculem. É de se impor, na espécie, a imediata conversão da prisão flagrancial em preventiva, conforme requerido pelo Ministério Público. Isto se justifica, não só para a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal, como também para assegurar a aplicação da lei penal, na medida em que o investigado empreendeu fuga e tentou se esquivar da situação flagrancial. A prisão cautelar ora decretada foi analisada em fiel observância ao princípio da necessidade estrita, após cuidadoso exame de proporcionalidade. A prisão preventiva deve ser imposta para rechaçar qualquer perturbação ou intimidação de testemunhas, bem como assegurar a aplicação da lei penal, afastando o risco efetivo e concreto de nova evasão por parte do investigado. Não se trata de simples fato do investigado ter deixado o distrito da culpa, mas a prisão se lastreia tam-

bém na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal e preservar a ordem pública, prevenindo, com isso, a reprodução de fatos criminosos, acautelando o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e da segurança da atividade jurisdicional. É certo que o estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática penal, não deve justificar, por si só, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso. No entanto, a medida cautelar em questão se justifica para a tutela, inclusive, do bom andamento da persecução penal e da eficácia de seu resultado. O *periculum libertatis* também está presente e, no caso concreto, ao que tudo indica, o mesmo encontra-se sinalizado pelo próprio *modus operandi*, em tese, utilizado pelo investigado para perpetração do crime de homicídio, haja vista a existência de informações razoáveis e coerentes de que o investigado teria segurado a cabeça da vítima pelos cabelos, com esta já jogada ao chão, batido seu crânio com toda a força ao solo por umas onze vezes, após, com a pistola, teria golpeado a vítima e, em seguida, atirado na cabeça da mesma por diversas vezes. A manutenção da custódia cautelar do indiciado no caso vertente também se afigura indispensável para garantir o sucesso da instrução criminal. Vale lembrar que estando o investigado em liberdade poderá intimidar as testemunhas, que se sentiriam receosas com a prematura liberdade do mesmo, havendo relatos de diversas testemunhas, inclusive amigos e ex esposa, de que se afigura pessoa agressiva e explosiva. Por tudo que acima foi dito, Converte-se a prisão flagrancial em preventiva, na forma dos arts. 310, II, art. 312 e art. 313, I, todos do Código Processo Penal, com a ressalva de que não se encontram presentes os requisitos ensejadores da concessão das medidas cautelares dispostas no art. 319 do CPP, máxime em razão dos fundamentos supramen-

cionados, eis que não seriam suficientes para garantir a ordem pública e a assegurar a instrução criminal, ante a gravidade do crime e das circunstâncias do caso concreto. Dê-se ciência. Comunique-se. Expeça-se o mandado de prisão em desfavor do indiciado M.S.V.”

Na sequência, o mesmo foi denunciado em 29/04/2015, com posterior aditamento, como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos II, III, IV e VI, este último inciso combinado com o artigo 121, § 2º-A, inciso I, ambos do Código Penal, e também como incurso nas penas do artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, artigo 16 da Lei nº 10.826/2003 e do artigo 306 da Lei nº 9.503/97, tudo em concurso material. A denúncia foi recebida e mantida sua custódia cautelar, através de decisão proferida em 30/04/2015, nos seguintes termos, *in verbis* (f. 01/16 do anexo 1):

“Trata-se de ação penal pública incondicionada ajuizada pelo Ministério Público em face de M.S.V, na qual é imputada ao réu a prática dos crimes previstos nos artigos 121, §2º, II, III e VI, este último c/c o artigo 121, §2º-A, I, todos do Código Penal, bem como do artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, do artigo 16 da Lei nº 10.826/03 e do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Alega a Promotora de Justiça, na inicial acusatória, o seguinte: que, no dia 16 de abril de 2015, por volta das 16:50 horas, no interior da residência situada na Rua da Constituição nº 240, em Nova Iguaçu, o denunciado, com vontade livre e consciente de matar, teria segurado de forma brutal a vítima C.A.S, conhecida como A., e arremessado seu crânio contra o solo por várias vezes, golpeando-a com uma pistola e, depois, efetuado vários disparos de arma de fogo contra a cabeça da mesma, o que causou lesões corporais que, por sua natureza e sede, foram a causa única e eficiente de sua morte. Imputa, ainda, o Ministério Público ao réu as qualificadoras, de que tratam os incisos II, III e IV, do § 2º, do artigo

121, do Código Penal, sendo o último inciso combinado com o artigo 121, § 2º-A, I, do Estatuto Repressivo, sob o argumento de que o crime teria sido cometido por motivo fútil, em razão de discussão ocorrida momentos antes dos fatos entre o denunciado e a vítima, após esta ter descoberto um relacionamento extra-conjugal do acusado com a testemunha A.L.C. Argumenta o Ministério Público que a qualificadora do meio cruel também se configura, diante das fotografias sangrentas, nas quais se verifica partes do cérebro da vítima espalhadas pelo quintal da residência do casal, bem como pelas imagens apreendidas pelos equipamentos de segurança a demonstrar a alegada brutalidade e crueldade da dinâmica delitiva. Quanto à qualificadora do feminicídio, sustenta a Promotora de Justiça que a mesma se configura, eis que o crime envolve violência doméstica e familiar, sendo a vítima companheira do denunciado, imputando o Ministério Público ao réu, outrossim, a perpetração do crime de roubo majorado, de que cuida o artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, por alegar que, no mesmo dia, logo após extirpar a vida da vítima, o denunciado teria, consciente e voluntariamente, mediante grave ameaça exercida através de palavras de ordem e exibição de arma de fogo, subtraído, para si, o veículo VW Gol, cor cinza, ano 2008/2009, descrito no auto de apreensão de f. 40 de propriedade da vítima P.D.G.V., bem como a prática do crime previsto no artigo 16 da Lei nº 10.826/03, sob a tese de que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado, consciente e voluntariamente, portava um revólver Taurus, calibre 38, com número de série BP602576, uma pistola Taurus, calibre 380, com número de série KBP05360, com um carregador, uma espingarda calibre 12, número de série 233330, uma pistola Taurus calibre 40, número de série SBS52630, com um carregador, quatro componentes de munição CBC calibre 40, 54 munições CBC calibre 12, 21 munições CBC calibre 38, 14 munições CBC calibre 40, 23 munições CBC calibre 380 e um

colete a prova de balas, tudo descrito no auto de apreensão de f. 41/45, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Sustenta a representante do *Parquet* na denúncia, também, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado, com vontade livre e consciente, conduziu o veículo automotor VW Gol, cor cinza, ano 2008/2009, placa KUY 7999, com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool vindo, inclusive, em razão de determinada conduta a causar um acidente automobilístico. Segundo a denúncia, o acusado, após ingerir grande quantidade de bebida alcoólica, chegou a sua residência, local em que se iniciou uma discussão com a vítima motivada por ciúmes, consignando-se que, durante esta discussão, o denunciado teria agredido fisicamente a vítima, batendo a sua cabeça contra o solo por diversas vezes, vindo, em seguida, a efetuar diversos disparos de arma de fogo, todos na direção da cabeça da ofendida. Ao perceber que a vítima estava morta, teria o denunciado, segundo a imputação ministerial, recolhido as armas de fogo que possuía em sua residência, a fim de fugir. Ao sair de casa, teria o denunciado se deparado com P.D.G.V., oportunidade em que, exibindo uma espingarda calibre 12, mandou que este deixasse as chaves do seu veículo Gol descrito no auto de apreensão de f. 40, na ignição, momento em que subtraiu o referido bem, evadindo-se do local. De acordo com a tese ministerial, após o denunciado empreender fuga, conduzindo o veículo subtraído, envolveu-se em um acidente, colidindo com veículo VW Voyage, de propriedade da testemunha F.A.N., sendo que Policiais Militares em patrulhamento de rotina foram alertados sobre o acidente e, chegando ao local indicado, lograram êxito em capturar o réu em poder de armas de fogo e munições, conforme auto de apreensão de f. 41/45, ocasião em que foi preso em flagrante. Sabe-se que o Juiz deve receber a denúncia que preencher os requisitos do artigo 41 e não se encontrar em qualquer das situações

previstas no artigo 43, ambos do Código de Processo Penal. Esta é a hipótese que se apresenta no feito vertente. Isto porque, para o recebimento da denúncia, basta a descrição de crime em tese e indícios suficientes da autoria, devendo a inicial estar apoiada em elementos contidos nas peças informativas. É o que ocorre na espécie. *In casu*, a denúncia, além de descrever o fato típico, com todas as suas circunstâncias, revela a presença da justa causa para o seu recebimento, uma vez que está em perfeita correspondência com elementos mínimos, capazes de autorizar a formação da *opinio delicti* do seu subscritor. Contém a denúncia ora analisada a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação dos crimes a ele imputados, e não estando presentes nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 43 do Código de Processo Penal, é de se impor o Recebimento da denúncia ofertada. Justifica-se plenamente a manutenção da prisão preventiva do réu, levando-se em consideração que restam inalterados os fundamentos que ensejaram a prolação da decisão de f. 154/155. A prisão preventiva regularmente imposta almeja rechaçar qualquer perturbação ou intimidação de testemunhas, bem como assegurar a aplicação da lei penal, afastando-se o risco efetivo de nova evasão por parte do acusado, que, frise-se, foi preso em flagrante, após se envolver em um violento acidente, quando se encontrava em fuga, oportunidade em que, com o mesmo, foram apreendidos, além de um veículo subtraído, várias armas de fogo, incluindo uma espingarda calibre 12 e farta munição de diversos calibres, além de um colete a prova de balas. No caso em análise, há prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria, sendo certo que os elementos até então colhidos são mais do que suficientes para a manutenção da prisão provisória decretada, cuja necessidade restou demonstrada à sociedade. Por outro lado, a manutenção da prisão cautelar é claramente recomendada para garantir a ordem pública, evitan-

do-se que o denunciado pratique novos crimes, com a ressalva de que o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua intensa repercussão. Muito embora se saiba que a mera repercussão do fato não constitui motivo suficiente para a decretação de custódias cautelares, encontra-se plenamente justificada se o acusado é dotado de periculosidade manifesta ou quando denuncia na prática do crime perversão, cupidez, malvadez e insensibilidade moral. O decreto de prisão preventiva se mostra plenamente justificado, diante de dados objetivos informados nos autos do inquérito policial, demonstrativos da periculosidade do acusado, não havendo que se falar consequentemente em constrangimento ilegal. A prisão preventiva deve ser mantida, outrossim, pela conveniência da instrução criminal, com vistas a assegurar a prova processual, destacando-se que o acusado tentou apagar vestígios da infração penal ao recolher, antes de imprimir fuga, todas as diversas armas de fogo que possuía em sua residência, dentre elas um revólver Taurus, calibre 38, uma pistola Taurus calibre 380, uma espingarda calibre 12, uma pistola Taurus calibre 40, um colete à prova de balas, além de farta quantidade de munição dos mais variados calibres. A prematura soltura do acusado, eis que não demonstrados os requisitos autorizadores da concessão de liberdade provisória ou substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares, pode propiciar o suborno, aliciamento ou ameaça a testemunhas, não se podendo perder de perspectiva a afortunada capacidade econômica do denunciado. Com a manutenção da prisão cautelar do acusado também se tem por objetivo garantir a aplicação da lei penal, obstaculizando o desaparecimento do mesmo e a subtração dos efeitos de eventual condenação, com a ressalva de que estando presentes os pressupostos exigíveis na espécie e havendo o fundamento que

torna possível a prisão preventiva, não afastam a sua decretação as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ter ele eventualmente profissão definida e residência fixa. Por tudo o que acima foi dito, não há que se falar em revogação da prisão preventiva suficientemente fundamentada e imposta, mantendo-se, por seus próprios e jurídicos fundamentos, a decisão de f.154/155(...)"

O paciente foi pronunciado em 19/11/2015 e remetido a julgamento pelo E. Tribunal do Júri como incurso nas penas dos crimes previstos no artigo 121, § 2º, incisos III e VI, este último inciso na forma do art. 121, § 2º-A, inciso I, todos do CP, art. 157, § 2º, inciso I do CP, no artigo 16 da Lei nº 10.826/03 e no artigo 306 da Lei nº 9.503/97, sendo que o Ilustre Magistrado sentenciante manteve a segregação cautelar do ora paciente, sob os seguintes fundamentos, *in verbis* (f. 01/16 do Anexo 1):

"(...) Mantenho a prisão cautelar de M.S.V, visto que permanecem hígidos os motivos que justificaram a decretação de sua prisão preventiva, cuja extensa fundamentação encontra-se íntegra nas decisões proferidas a f. 154/155 e 175/180. Saliente-se, ainda, que estão presentes os requisitos consistentes no *fumus comissi delicti*, prova da existência dos crimes e indícios suficientes da autoria, e no *periculum libertatis*, consubstanciado na necessidade da manutenção da prisão como garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, máxime nesse momento processual em que o réu encontra-se pronunciado, acolhendo-se parcialmente a acusação. Ressalte-se que não houve qualquer modificação fática na situação evidenciada nos autos até então. A manutenção da prisão cautelar é recomendável para garantir a ordem pública, evitando-se que o denunciado pratique novos crimes, com a ressalva de que o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a re-

produção de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua intensa repercussão. Muito embora se saiba que a mera repercussão do fato não constitui motivo suficiente para a decretação de custódias cautelares, encontra-se plenamente justificada se o acusado, em tese, é dotado de periculosidade manifesta ou quando denuncia na suposta prática do crime perversão, cupidéz, malvadez e insensibilidade moral. O decreto de prisão preventiva se mostra plenamente justificado, diante de dados objetivos informados nos autos do processo, demonstrativos da periculosidade do acusado, não havendo que se falar conseqüentemente em constrangimento ilegal. Com a manutenção da prisão cautelar do acusado também se tem por objetivo garantir a aplicação da lei penal, obstaculizando o desaparecimento do mesmo e a subtração dos efeitos de eventual condenação, com a ressalva de que estando presentes os pressupostos exigíveis na espécie e havendo o fundamento que torna possível a prisão preventiva, não afastam a sua decretação as circunstâncias de ser o acusado primário e de bons antecedentes, de ter ele eventualmente profissão definida e residência fixa. Por tudo o que acima foi dito, não há que se falar em revogação da prisão preventiva suficientemente fundamentada e imposta, mantendo-se, por seus próprios e jurídicos fundamentos, das decisões de f. 154/155 e de f. 175/180. Não há que se falar em não observância pelo julgador do princípio constitucional da presunção de inocência, já que este não impede a decretação ou mesmo a manutenção de prisões cautelares, conforme reiteradamente já se manifestaram os tribunais pátrios, inclusive o Colendo Supremo Tribunal Federal.(...)”

Em exame aprofundado do contexto probatório constante dos autos, observo que o decreto de prisão está lastreado em fundamentação suficiente e adequada no que toca à necessidade da segregação cautelar do paciente.

No caso, em apreço, o paciente foi denunciado pela suposta prática dos delitos de homicídio duplamente qualificado, roubo majorado, porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e condução de veículo automotor sob influência de álcool verificando-se, pela análise aprofundada dos autos que a higidez da custódia cautelar exsurge dos elementos produzidos até o presente momento durante a primeira fase do procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, tendo em vista a presença de indícios suficientes da autoria delitiva e de sua materialidade, em cotejo com a ausência de circunstâncias outras a indicarem a desnecessidade da medida preventiva.

Narra a denúncia que no dia 16 de abril de 2015, no interior de sua residência, o denunciado, ora paciente, livre e conscientemente, com vontade de matar, “segurou de forma brutal a vítima C.A.S, conhecida como A., e arremessado seu crânio contra o solo por várias vezes, golpeando-a com uma pistola e, depois, efetuado vários disparos de arma de fogo contra a cabeça da mesma, o que causou lesões corporais que, por sua natureza e sede, foram a causa única e eficiente de sua morte”, e que o crime foi cometido por meio cruel, pois segundo consta, partes do cérebro da vítima foram encontrados espalhados pelo quintal da residência do casal, e ainda, presente a qualificadora do feminicídio, pois o crime envolveria violência doméstica e familiar, eis que a vítima seria companheira do acusado.

Atribui-se ainda ao acusado, a prática do delito de roubo majorado, pois teria subtraído mediante grave ameaça exercida por palavras de ordem e exibição de arma de fogo, veículo de propriedade da vítima P.D.G.V., bem como a prática do delito de porte ilegal de arma de fogo, eis que nas mesmas condições de tempo e local, estaria portando um revólver calibre 38, uma pistola calibre 380, uma espingarda calibre 12, uma pistola calibre 40, variadas

munições e um colete a prova de balas. E ainda, a prática do crime de condução de veículo automotor sob a influência de álcool, tendo inclusive causado acidente automobilístico.

É certo que de acordo com a ordem constitucional vigente, a prisão cautelar constitui medida de exceção em nosso ordenamento jurídico, só devendo ser decretada quando extremamente necessária.

Todavia, os crimes imputados ao paciente são de extrema gravidade, sendo de regra a manutenção da prisão, somente se justificando a liberdade provisória quando demonstrada cabalmente a sua desnecessidade, o que não ocorreu na hipótese vertente.

Em que pese não vislumbrar elementos seguros nos autos do *writ* a sugerirem a existência de risco real de fuga do paciente ou de qualquer outra circunstância que impediria a imposição da pena no caso de condenação, não se mostrando idônea a fundamentação do decreto prisional a justificar a medida extrema para assegurar a aplicação da lei penal, assim como da mesma forma não se verifica nenhum fato concreto que possibilite presumir que o paciente prejudicará a instrução criminal, todavia, entendendo correta a decretação da segregação cautelar do agente em razão da necessidade de resguardo da ordem pública, tendo em vista a gravidade dos delitos, a periculosidade do agente e a possibilidade concreta de reiteração da prática criminosa.

Com efeito, verifica-se que a fundamentação do decreto que decretou a prisão preventiva é idônea, sendo que a garantia da ordem pública é fundamento que se enquadra perfeitamente aos fatos articulados na denúncia, de extrema gravidade.

É cediço que na vigência de um

Estado de Direito a prisão cautelar ganha contornos de excepcionalidade, devendo ser determinada, todavia, quando preenchidos seus pressupostos legais, após cuidadoso exame de sua proporcionalidade diante do caso concreto apreciado.

Neste sentido, existente o *periculum libertatis*, que se traduz na situação de perigo criada pela conduta do imputado, cuja liberdade poderá comprometer o desenvolvimento do processo, e o *fumus comissi delicti*, que significa a própria ocorrência do delito, ou a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, legítima será a declaração da custódia cautelar com assentos nos requisitos delineados no art. 312 do CPP.

A par de tais considerações em cotejo com a análise dos documentos adunados aos autos, vê-se que presentes estão os requisitos fundadores da custódia cautelar do paciente, pois, restando configurados indícios suficientes de materialidade e autoria delitiva pelo mesmo, mostra-se legítima a manutenção da decisão atacada.

Não se mais se discute sobre a indispensável fundamentação das razões que formam a convicção do Magistrado da necessidade de decretação da custódia do réu, como imperativo o § 3º do artigo 413 do CPP, que assim dispõem, *in verbis*:

“Art. 413 – O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º - (...)

§ 2º - (...)

§ 3º - O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade de decretação da prisão ou imposição de quaisquer das me-

didadas previstas no Título IX do Livro I deste Código.”

A exigência de fundamentação do decreto judicial de prisão cautelar tem atualmente o inegável respaldo da doutrina jurídica mais autorizada e da jurisprudência dos tribunais do país, sendo, em regra inaceitável que a só gravidade do crime imputado à pessoa seja suficiente para justificar a sua segregação, antes da decisão condenatória penal transitar em julgado, em face do princípio da presunção de inocência.

Por conseguinte, é fora de dúvida que a manutenção ou decretação da constrição cautelar há de explicitar a necessidade dessa medida vexatória, indicando os motivos que a tornam indispensável, dentre os elencados no art. 312 do CPP, como, aliás, impõe o art. 315 c/c 310 do mesmo Código, mormente em face da entrada em vigor da Lei nº 12.403/11.

Consta da decisão guerreada e das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora que ainda se encontram presentes os pressupostos da prisão do acusado, vez que se imputa ao mesmo a prática dos delitos previstos no artigo 121, § 2º, incisos III e VI, este último inciso na forma do art. 121, § 2º-A, inciso I, todos do CP, art. 157, § 2º, inciso I do CP, artigo 16 da Lei nº 10.826/03 e no artigo 306 da Lei nº 9.503/97, podendo a liberdade do paciente, segundo o MM Juízo *a quo*, por em risco a ordem pública e a aplicação da lei penal.

Registre-se que acompanho o entendimento de que a garantia da ordem pública, como motivo da preservação da prisão em flagrante ou no caso de decretação da prisão preventiva, deve residir na audácia criminosa, na habitualidade de violação da lei penal e na periculosidade social do agente, servindo para a prevenção da reprodução de fatos criminosos.

No caso em tela, entendeu a autoridade

apontada como coatora que a custódia cautelar deveria ser decretada e mantida, uma vez que presentes os requisitos da prisão preventiva, ressaltando-se que a soltura do paciente representaria risco para a ordem pública, em virtude da conduta grave perpetrada mediante violência imputada ao ora paciente.

No caso concreto entendo que deva ser mantida a custódia preventiva do paciente, eis que conforme se infere dos autos e de acordo com a prova até então coligida, o acusado teria agredido sua companheira com invulgar violência, agarrando-lhe os cabelos, e estando a mesma jogada ao chão, bateu com seu crânio ao solo por várias vezes, e, após, com a pistola, teria golpeado a vítima e, em seguida, atirado na cabeça da mesma por diversas vezes, o que veio a provocar-lhe a morte, sendo que, outrossim, consta que o paciente em fuga efetuou o roubo de um veículo, com emprego de arma de fogo, e conduzindo o mesmo sob influencia de álcool, veio a colidir, sendo então encontrado com o mesmo quatro armas de fogo de calibres variados e munições, estando a demonstrar, pois, as condutas imputadas ao paciente um enorme desvalor ao regramento social.

Não há como confundir a gravidade do fato em abstrato com a gravidade em concreto. O fato concreto justifica a manutenção da medida excepcional. Quem como o paciente comete as condutas descritas na exordial, gravemente atenta contra a ordem pública.

O Supremo Tribunal Federal reconhece que a custódia cautelar se torna necessária quando demonstrada a periculosidade do agente derivada do *modus operandi*, objetivando dessa forma evitar que o agente, continue a delinquir e como uma forma de se evitar a ocorrência de novos delitos. Nesse sentido:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM

PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU PRONUNCIADO POR DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL GRAVE. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PRISÃO PREVENTIVA EMBASADA EM FATOS CONCRETOS. PERICULOSIDADE CONCRETA. ACAUTELAMENTO DO MEIO SOCIAL. ORDEM DENEGADA. 1. O fundamento da garantia da ordem pública é suficiente, no caso, para sustentar o decreto de prisão preventiva do paciente. Decreto, afinal, mantido pela sentença de pronúncia, com o reconhecimento de que permanecem incólumes os fundamentos da preventiva. Não há como refugar a aplicabilidade do conceito de ordem pública se a concreta situação dos autos evidencia a necessidade de acautelamento do meio social. 2. Quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública. 3. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto, esse, revelador da gravidade concreta da conduta (de violência incomum) e da periculosidade do paciente. 4. O decreto prisional, para além de apontar o paciente como investigado em vários outros delitos (f. 60), encontra apoio, ainda, na fuga do acusado. Fuga, essa, que se deu logo após o cometimento do delito, a demonstrar o claro intento de se frustrar a aplicação da lei penal. O que, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, materializa a hipótese descrita no art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Ordem denegada. (HC nº 97688, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 divulg 26-11-2009 public 27-11-2009 ement vol-02384-03 PP-00506)

Ora, como bem salientado pela autori-

dade apontada como coatora, a natureza dos crimes e a mecânica delitiva deixam evidente a necessidade da manutenção da custódia cautelar, já que a liberdade do paciente, apresenta risco à ordem pública.

Ademais, não se pode olvidar que em matéria de conveniência de decretação de prisão cautelar, vige o chamado princípio da confiança nos Juízes, mais próximos dos fatos e das pessoas envolvidas no episódio.

Assim sendo, constatada a excepcional necessidade de resguardo de valores constitucionais de igual relevância à liberdade do paciente, justifica-se a flexibilização do princípio do estado de inocência.

De fato, na hipótese dos autos, não há que se falar em afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, porquanto a própria Constituição prevê a possibilidade de prisão em flagrante ou decorrente de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária (art. 5º, LXI).

A presunção de inocência, ao contrário, é princípio de direito penal, devendo vigorar até o advento de sentença condenatória transitada em julgado. Sua observância objetiva consagrar o devido processo legal no âmbito do processo penal, sem, contudo, impedir a adoção de medidas que visem à efetivação da instrução criminal, como é o caso da decretação de prisão cautelar.

Considera-se, pois o lastro factual que leva ao indubitável reconhecimento dos requisitos que autorizam a prisão preventiva. Vislumbra-se a necessidade da manutenção da custódia cautelar já que a liberdade provisória traria abalo a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal.

Cediço que com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11 a decretação ou a manutenção

de uma prisão cautelar deve estar embasada não somente na presença dos requisitos dos arts. 312 e 313, do CPP, como também na demonstração da insuficiência e desnecessidade da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão contidas no novo art. 319, do Código de Processo Penal. Entretanto, na forma da fundamentação supra não se vislumbra que no caso concreto que as medidas substitutivas (diversas da prisão) serão suficientes para cumprir a mesma finalidade da prisão preventiva, sem a efetiva necessidade do encarceramento.

De fato com o advento da novel legislação retromencionada, na hipótese de decretação de prisão preventiva mantêm-se os requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, não havendo, no caso dos crimes em tela (pena máxima superior a quatro anos), qualquer alteração quanto à adoção desta cautelar.

Saliente-se, que na hipótese em apreço, diante a gravidade dos crimes e a aplicação do binômio: necessidade x adequação, estão afastadas a adoção das medidas cautelares previstas no artigo 319 e seguintes, todos do Código de Processo Penal.

Apesar das alterações trazidas ao ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei nº 12.403/2011, verifica-se que no momento em que o paciente foi recolhido à prisão mediante decreto de prisão preventiva, havia previsão legal daquele título prisional; devendo, portanto, ser mantida a segregação cautelar do mesmo, já que presentes e evidentes os pressupostos autorizadores dispostos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Ademais, o que se exige é a presença de elementos concretos demonstrando a necessidade da prisão, devendo tal requisito estar estampado na decisão respectiva, o que efetivamente ocorreu na hipótese vertente, em per-

feita consonância com a disposição do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Por derradeiro, cumpre assinalar que o fato de o paciente ser primário, possuir residência fixa, bons antecedentes e exercer atividade laborativa lícita não são suficientes para a concessão da liberdade, se concorrerem os demais pressupostos ensejadores da prisão cautelar.

Desta sorte, não vislumbro, no caso presente, qualquer constrangimento ilegal, eis que demonstrado concretamente a existência de motivos que justificam a manutenção da prisão cautelar.

Por fim, verifica-se que a decretação da custódia cautelar é idônea, não se vislumbra razões posteriores que tenham alterado a situação de fato narrada nos autos, que deem ensejo à concessão da ordem de ofício.

Assim, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado por essa via, voto no sentido de ser denegada a ordem, pelos motivos acima expostos.

Rio de Janeiro, 08 de março de 2016.

DES. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA
Relator

LEI MARIA DA PENHA. EX-COMPANHEIRA. PAI IMPOSSIBILITADO DE LEVAR A FILHA EM COMUM PARA PASSEAR, POR MOTIVO DE DOENÇA DA MENOR. GRAVE AMEAÇA E INTIMIDAÇÃO À VÍTIMA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

Apelação. Violência doméstica. Ameaça de morte da ex-companheira dizendo que “iria encher de tiros”. Condenação 1 mês e

10 dias de detenção, em regime aberto. Sur-sis aplicado. Nulidade afastada. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Depoimentos da vítima e da testemunha detalhados e uníssonos. Absolvição re-pelida. Substituição da pena privativa por pena de multa que encontra óbice no art. 17 da Lei nº 11.340/06. Recurso conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0005754-27.2013.8.19.0077, em que é Apelante G.B e Apelado Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que integram a Colenda Terceira Câmara Criminal 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 apelação interposta pela defesa que impugna a sentença que condenou o apelante nas sanções do artigo 147 do Código Penal, na forma da Lei nº 11.340/06, fixando-lhe a pena em 1 mês e 10 dias de detenção, em regime aberto, sendo deferida suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade.

Postula a nulidade do feito por ausência de representação. No mérito, pugna pela absolvição por ausência de dolo ou, alternativamente, por fragilidade probatória. Subsidiariamente, requer a substituição da pena privativa por pena de multa.

Contrarrazões ministeriais pelo despro-
vimento do recurso

Parecer da Procuradoria de Justiça opinan-
do pelo conhecimento e desprovemento do apelo.

Voto

Presentes os requisitos de admissibilida-

de, conheço do recurso de apelação.

Em que pese a combativa defesa, a con-
denação deve ser mantida.

De início, impende afastar a nulidade ar-
guida sob a alegação de falta de representação.

Isso por que a representação, cuja nature-
za jurídica é uma condição de procedibilidade exigida nos crimes de ação penal pública condi-
cionada, prescinde de rigores formais, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima para fins de instauração da instância penal.

No caso dos autos, é patente que a víti-
ma foi à Delegacia na data dos fatos noticiar o crime e ainda requereu o deferimento de medi-
das protetivas, assinou registro de ocorrência e compareceu à audiência especial, ocasião em que externou a vontade de prosseguir com a
persecução criminal.

Desta feita, é inconteste que a vítima
exerceu o direito de representação tempestiva-
mente, não havendo que se falar em ausência
de representação.

A prova é contundente a justificar a con-
denação sofrida.

A denúncia assim narrou a imputada
ameaça:

“No dia 06 de outubro de 2013, por vol-
ta de 12h30min, na Rua Joana Rezende, lote
09, quadra 58, bairro Fazenda Caxias, nesta
cidade, o denunciado, consciente e voluntaria-
mente, ameaçou sua ex-companheira M.P.A.N.
dizendo “que iria encher de tiros”.

Não vingam as teses de absolvição por
fragilidade da prova ou ausência de dolo.

A autoria e a materialidade restaram su-

ficientemente provadas nos autos, com depoimentos da vítima e testemunha coerentes e uníssonos.

A vítima, quando ouvida em Juízo, sob o crivo do contraditório, ratificou o depoimento prestado em delegacia, afirmando que estava separada do réu há cerca de um ano quando os fatos ocorreram e que, em tal dia, o réu foi até sua residência para pegar a filha comum, o que não foi permitido pela vítima por estar a criança acometida de crise de bronquite, não tendo o acusado aceitado o fato de não poder levar a filha em comum para passear e, por isso, começou a gritar, ofendendo-a e ameaçando-a, razão pela qual fechou rapidamente a porta, impedindo sua entrada na residência. A vítima confirmou, ainda, que depois de a porta ter sido fechada o réu permaneceu do lado de fora da residência quando, por diversas vezes, disse: vou te matar, vou te encher de tiro e colocar fogo no seu corpo.

Outrossim, a conduta perpetrada, com efeito, abalou a tranquilidade da vítima, que se sentiu apavorada com as ameaças e que acreditava sinceramente que o réu poderia agredi-la, além de temer pela segurança das outras pessoas que estavam na residência naquele momento, por estar o réu muito alterado.

Acrescentou a vítima que, mesmo diante dos policiais, o réu permaneceu alterado, se recusando a entrar na viatura para ser conduzido à Delegacia de Polícia e, por fim, que até o presente dia o réu permanece ameaçando a vítima com o intuito de intimidá-la, fatos que nunca são registrados pela vítima.

Corroborou ainda o depoimento da testemunha E. que confirmou que no dia dos fatos o réu apareceu na casa da vítima para levar sua filha e que, ao lhe ser negado, o réu ficou muito exaltado gritando ofensas e palavrões afirmando, inclusive, que ela própria ficou muito nervosa e chorando por não saber o que o réu seria

capaz de fazer caso entrasse dentro da casa.

Pleito absolutório que não encontra eco na prova dos autos.

Substituição por pena de multa que encontra vedação legal expressa preconizada no art. 17 da lei nº 11.340/06.

Por tais razões, conheço e nego provimento ao recurso.

É como voto, senhor Presidente.

Rio de Janeiro, 7 de junho de 2016.

DES. PAULO RANGEL
Relator

LEI MARIA DA PENHA. RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO. PERSEGUIÇÕES, MONITORAMENTO CLANDESTINO E INTIMIDAÇÕES À VÍTIMA. SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. PALAVRAS DA VÍTIMA DE RELEVANTE VALOR PROBATÓRIO. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. PEDIDO DE CASSAÇÃO. HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA.

EMENTA

***Habeas Corpus.* Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência de proibição de aproximação, contato e frequência a determinados lugares decretadas em desfavor do Paciente. O eventual descumprimento de medidas protetivas arroladas na Lei Maria da Penha pode gerar sanções de natureza civil (arts. 22, § 4º, da Lei nº 11.340/2006, c/c 461, §§ 5º e 6º, do CPC), bem como a decretação de prisão preventiva, de acordo com o art. 313, III, do CPP (HC nº 271.267-MS, Quinta Turma, DJE**

de 18/11/2015). Tratando-se de medidas cautelares diversas da prisão, sobretudo aquelas regidas pela Lei Maria da Penha, que possuem caráter instrumental, há que se perquirir, somente, acerca da existência de seus pressupostos autorizadores: *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Considerando as declarações da ofendida e o laudo psicológico de f. 06 (autos originários), a conduta atribuída ao Paciente, consistente em perseguições, monitoramento clandestino e intimidações à vítima, pessoa com quem teria tido relacionamento amoroso, caracteriza violência doméstica e familiar suficiente para aplicação de medidas protetivas, notadamente a proibição de contato e de aproximação, já que evidenciado o *fumus boni iuris*. No tocante ao *periculum in mora*, há fundado receio que, diante de uma possível omissão estatal, ocorra dano grave ou de difícil reparação aos bens tutelados, já que o caso, em tese, versa sobre direitos à intimidade, à vida e à integridade física da ofendida. Há que se ressaltar que, em sede de cognição sumária, tratando-se de medidas cautelares, não há necessidade de provar a existência do direito, bastando a mera suposição de verossimilhança. Além disso, a via estreita do *Habeas Corpus*, no caso de restrição de aproximação fundada na Lei Maria da Penha, impede o revolvimento probatório, autorizando, somente, a verificação dos pressupostos legais da medida. Denegação da ordem.

Vistos, discutidos e relatados estes autos do *Habeas Corpus* nº 0021007-87.2016.8.19.0000, em que são Paciente C.C.V e Autoridade Impetrada o V Juizado da Violência Doméstica e Familiar da Comarca da Capital.

Acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em denegar a ordem nos termos do

voto do Desembargador Relator.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de C.C.B, contra ato do V Juizado da Violência Doméstica e Familiar da Comarca da Capital, pugnando pela imediata cassação das medidas protetivas de proibição de aproximação, contato e frequência a determinados lugares. Subsidiariamente, requer a concessão de idênticas medidas em seu favor.

Liminar indeferida a f. 15.

Informações prestadas pela autoridade impetrada a f. 17.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da ordem, conforme o Parecer de f. 21/23.

Voto

Trata-se de fatos praticados em razão do gênero que atraem, em tese, a incidência da Lei Maria da Penha, pois supostamente decorrente de relação íntima de afeto.

Vejamos o conceito de relação doméstica e familiar estampado pela Lei nº 11.340/06:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido

com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

Preliminarmente, ressalto que o HC é a via idônea para apuração de eventual ilegalidade na fixação de medida protetiva de urgência, consistente na proibição de se aproximar de vítima de violência doméstica e familiar, já que eventual descumprimento poderá gerar, por via reflexa, a decretação de prisão preventiva, de acordo com o art. 313, III, do CPP.

“Cabe *Habeas Corpus* para apurar eventual ilegalidade na fixação de medida protetiva de urgência, consistente na proibição de aproximar-se de vítima de violência doméstica e familiar. O eventual descumprimento de medidas protetivas arroladas na Lei Maria da Penha pode gerar sanções de natureza civil (arts. 22, § 4º, da Lei nº 11.340/2006, c/c 461, §§ 5º e 6º, do CPC), bem como a decretação de prisão preventiva, de acordo com o art. 313, III, do CPP (HC nº 271.267-MS, Quinta Turma, DJe de 18/11/2015). Ademais, prevê o CPP o seguinte: “Art. 647. Dar-se-á *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”. Se o paciente não pode aproximar-se da vítima ou de seus familiares, decerto que se encontra limitada a sua liberdade de ir e vir. Assim, afigura-se cabível a impetração do *Habeas Corpus*” (HC nº 298.499-AL, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 1º/12/2015, DJe de 09/12/2015).

Tratando-se de medidas cautelares diversas da prisão, sobretudo aquelas regidas pela Lei Maria da Penha, que possuem caráter instrumental, há que se perquirir, somente, acerca da existência de seus pressupostos autorizados:

res: fumus boni iuris e periculum in mora.

“(…) A ação de natureza cautelar possui cunho instrumental, pois consiste em um mecanismo para assegurar a efetividade de um provimento a ser produzido em outra ação, dita principal, ou seja, é um instrumento de proteção a outro processo (...)” (Apelação nº 0052063-87.2011.8.19.0203. Desª. MÁRCIA PERRINI BODART. Publicação: 08/01/2014).

Vejamos o posicionamento da doutrina:

“(…) Encaminhado pela autoridade policial pedido de concessão de medida protetiva de urgência – quer de natureza criminal, quer de caráter cível ou familiar – o expediente é atuado como medida protetiva de urgência, ou expressão similar que permita identificar a sua origem. (...) Não se está diante de processo crime e o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária (art. 13). Ainda que o pedido tenha sido formulado perante a autoridade policial, devem ser minimamente atendidos os pressupostos das medidas cautelares do processo civil, ou seja, podem ser deferidas *inaudita altera pars* ou após audiência de justificação e não prescindem da prova do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*” (DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**, p.140).

“Como tal, devem preencher os dois pressupostos tradicionalmente apontados pela doutrina, para concessão das medidas cautelares, consistentes no *periculum in mora* (perigo da demora) e *fumus boni iuris* (aparência do bom direito)” (CUNHA, Rogério Sanches. **Violência Doméstica**, pp. 121 e 136).

In casu, conforme se depreende dos autos, há evidências robustas da ocorrência dos delitos imputados, consoante se vê das declarações da vítima e do Laudo Psicológico de f. 06 (autos originários), tudo constituindo o *fumus boni iuris*.

Consta que o paciente, não aceitando o término do relacionamento, estaria importunando a vítima em seu local do trabalho, bem como realizando ameaças a um de seus amigos (f. 08).

Segundo a vítima, há fortes suspeitas de que o paciente *hackeou* seu celular. Declara, ainda, que seu ex-companheiro estaria monitorando todos os seus passos e exerceria constantes intimidações, dizendo possuir “muitos amigos traficantes e assassinos”.

Além disso, o laudo de f. 06 evidencia o temor gerado na ofendida em razão das investidas do paciente.

“(…) Há fundamentos suficientes para a decretação de medida protetiva se, como na espécie, o Juízo de primeiro grau proíbe a aproximação do réu, por ao menos 200 metros das vítimas, amparando-se no temor destas em relação àquele que as ameaçou (…)” (RHC 26.499/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 04/02/2010, DJe de 01/03/2010).

Tratando-se de violência doméstica, as palavras da vítima assumem relevante valor probatório, já que tais delitos são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas.

Nesse sentido:

“RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. (...) PALAVRA DA VÍTIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Em se tratando de casos de violência doméstica em âmbito familiar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em regra, na esfera da convivência íntima e em situação

de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas. (...) 4. Recurso em *Habeas Corpus* improvido” (RHC 34.035/AL, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 25/11/2013).

Assim, considerando as declarações da ofendida e o laudo psicológico de f. 06 (autos originários), a conduta atribuída ao paciente, consistente em perseguições, monitoramento clandestino e intimidações à vítima, pessoa com quem teria tido relacionamento amoroso, caracteriza violência doméstica e familiar suficiente para aplicação de medidas protetivas, notadamente a proibição de contato e de aproximação, já que evidenciado o *fumus boni iuris*.

No tocante ao *periculum in mora*, há fundado receio que, diante de uma possível omissão estatal, ocorra dano grave ou de difícil reparação aos bens tutelados, já que o caso, em tese, versa sobre direito à intimidade, vida e integridade física da ofendida.

Há que se ressaltar que, em sede de cognição sumária, tratando-se de medidas cautelares, não há necessidade de provar a existência do direito, bastando a mera suposição de verossimilhança.

Além disso, a via estreita do *Habeas Corpus*, no caso de restrição de aproximação fundada na Lei Maria da Penha, impede o revolvimento probatório, autorizando, somente, a verificação dos pressupostos legais da medida.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. AGRAVO. PROVIMENTO PARCIAL. LEI MARIA DA PENHA. LEI Nº 11.340/2006, ART. 22, III, “A” E “B”. CAUTELAR. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA QUE OBRIGAM O AGRESSOR. APROXIMAÇÃO. LIMITES. DIREITO DE VISITAÇÃO AOS FILHOS E FAMILIA-

RES PRESERVADOS. CONSTRANGIMENTO LEGÍTIMO. REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ASPECTOS FÁTICOS E PSICOSSOCIAIS INSOLÚVEIS NA VIA ESTRÉITA. I. O *Habeas Corpus* não é via processual idônea para impugnação de decisão tomada no Juízo familiar, competente para a apreciação dos fundamentos fáticos probatórios envolvendo a restrição de aproximação de pretensão agressor à mulher, resguardados os demais direitos familiares, tendo em vista o art. 22, III, letras “a” e “b”, da Lei nº 11.340/2006. II. Ordem denegada” (HC nº 163.835 – SP. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JÚNIOR. Julgamento: 16/11/10).

Quanto ao pleito de deferimento da medida cautelar de proibição aproximação, contato e frequência a determinados lugares em desfavor da ofendida, não merece acolhimento.

Além de o impetrante não ser objeto de proteção da Lei nº 11.340/06, sequer apontou, nos autos, o direito posto em perigo e o eventual dano grave ou de difícil reparação, o que impede sua concessão.

O fato de o paciente ter sua liberdade ambulatorial restringida pela cautelar deferida à vítima, não justifica, por si só, a concessão das medidas em seu favor.

Diante das circunstâncias pré-constituídas nos autos, tenho que estão presentes os pressupostos autorizadores das medidas impostas pelo juízo *a quo*.

Diante de todo o exposto, denego a ordem.

É como voto.

Rio de Janeiro, 17 de maio de 2016.

DES. FLÁVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA
FERNANDES
 Relator

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ESPECIAL PROTEÇÃO PELO PODER PÚBLICO. INOBSERVÂNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SITUAÇÃO PRECÁRIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROVIMENTO.

Apelação Cível. Ação civil Pública. Mulheres em situação de violência doméstica, necessitando da especial proteção do poder público. Inquérito civil público no qual restou apurado que os órgãos estaduais e municipais destinados a essa proteção não vêm cumprindo adequadamente o seu encargo. Afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana expressa na descontínua e precária prestação dos serviços. Equipamentos públicos que se mostram carentes de recursos humanos e materiais. Ausência de quadro fixo de pessoal, funcionando nas unidades de atendimento à mulher, em sua maioria, com mão de obra terceirizada e trabalhadores temporários. Inexistência, por outro lado, de capacitação profissional dos servidores. Agravamento do quadro verificado a partir do ingresso do Estado do Rio de Janeiro em grave crise econômico-financeira, culminando com a interrupção dos serviços em algumas de suas unidades. Pretensão deduzida com vistas à adoção de medidas por parte dos demandados, à estruturação adequada dos órgãos componentes da rede de assistência à mulher vítima de violência doméstica, quer relativamente ao dimensionamento dos recursos humanos, inclusive com a realização de concursos públicos, quer no que respeita às condições físicas e materiais necessárias para o funcionamento das unidades de proteção. Pedido, no entanto, julgado improcedente. Razões recursais aptas à reforma do julgado. Impossibilidade de denegação do pedido a pretexto de que o poder público necessita por vezes de fazer “escolhas trágicas” e observar o “princípio da reserva do possível”.

Argumentos em tela que se consubstanciam construções de juridicidade questionável, porquanto voltados a justificar o incabível descumprimento da lei pelo próprio ente público a quem incumbe, por razões óbvias. O inafastável dever de observância. Incidência à espécie, sobretudo, do artigo 226, § 8º da Constituição Federal e do artigo 3º da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Provimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0399092-79.2014.8.19.0001, em que é Apelante o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, sendo Apelados o Município do Rio de Janeiro e o Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de Ação Civil Pública, com tramitação originária na Central de Assessoramento Fazendário, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Município do Rio de Janeiro e do Estado do Rio de Janeiro.

Alegou o autor que o feito tem escora nos documentos obtidos no curso da investigação promovida no Inquérito Civil nº 200900323066, cuja finalidade foi a de acompanhar, fomentar e fiscalizar o cumprimento, por parte do Poder Público, dos programas e das políticas públicas voltadas à assistência da mulher vítima de violência doméstica.

Sustentou que o procedimento foi instaurado em 2009, sendo desenvolvido ao longo de 05 (cinco) anos com a participação da 2ª Promotoria de Justiça com atuação no I Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital.

Salientou que o Inquérito em apreço concluiu pela insuficiência das redes tanto municipal quanto estadual no que diz respeito a oferecer e manter o funcionamento adequado dos espaços de acolhimento destinados ao referido público alvo.

Assinalou que do exame dos relatórios produzidos a partir das diversas inspeções que foram realizadas nesses estabelecimentos, verificou-se que há um *deficit* permanente de recursos humanos que impede a prestação satisfatória e contínua do serviço face à demanda que se apresenta.

Foi observada, também, a carência de materiais imprescindíveis ao bom desenvolvimento dos trabalhos, o que se revela em desacordo com as Constituições Federal e Estadual, a Lei Orgânica Municipal e as normas técnicas reguladoras do assunto.

Disse que as deficiências relacionadas a recursos humanos decorrem, sobretudo, da falta de efetivo próprio na composição das redes de atendimento, uma vez que todos os envolvidos, tanto os que trabalham diretamente nos espaços de acolhimento quanto os que integram as Secretarias do Estado e do Município, responsáveis pelo funcionamento das unidades, possuem vínculo empregatício precário.

Consignou que, durante o Inquérito, medidas extrajudiciais foram tentadas pelo *Parquet* com vistas a solucionar a questão, tendo sido expedidas recomendações aos entes competentes, que se quedaram inertes.

Aduziu que a presente ação tem por objetivo o cumprimento, por parte dos réus, dos deveres que lhes são impostos pela legislação, consubstanciados não apenas na promoção da essencial estruturação político-administrativa de seus órgãos através da realização de concurso público, mas também na formação e perma-

nência das equipes de recursos humanos e, ainda, no fornecimento de materiais necessários aos espaços, tudo com vistas a garantir a continuidade e a qualidade aos serviços prestados.

Pleiteou ao Poder Judiciário a concessão de prazo razoável para que os demandados apresentem projeto de implementação desses equipamentos de acolhimento de mulheres vítimas de violência doméstica, principalmente nas regiões nas quais, segundo o que foi apurado no inquérito, incidem altos índices destes tipos de crime, encontrando-se totalmente desatendidas.

Traçado, em linhas gerais, o panorama ora descrito, detalhou o autor a insuficiência de recursos humanos e materiais nos centros de atendimento à mulher vítima de violência doméstica, tanto na rede estadual quanto na municipal.

Destacou que o Estado do Rio de Janeiro estabeleceu parâmetro mínimo de recursos humanos para o regular funcionamento de cada um dos três espaços que compõem a rede de atendimento estadual, que são o Centro Integrado de Atendimento à Mulher Márcia Lyra (CIAM Márcia Lyra), o Centro Integrado de Atendimento à Mulher da Baixada (CIAM da Baixada) e a Casa da Mulher de Manginhos.

Ressaltou que em conformidade com o projeto de implantação do CIAM Márcia Lyra, seu quadro mínimo de funcionários deve contar com uma coordenadora, uma diretora administrativa, três assistentes sociais, três psicólogas, duas advogadas e três auxiliares administrativas, mas não é o que acontece na prática.

Acrescentou que além da falta de pessoal, a estrutura física e material também não se mostra adequada, eis que o lugar não é acessível a usuárias com necessidades especiais ou mobilidade reduzida e carece de novos brin-

quedos para a brinquedoteca, arquivos para a guarda de pastas de atendimento, material para a divulgação dos serviços e aparelhos de ar condicionado. Ressaltou que a falta de refrigeração faz com que em dias quentes o atendimento seja feito de portas abertas, prejudicando a privacidade e o sigilo.

Assinalou que o CIAM da Baixada também carece de pessoal e melhoramentos em sua edificação, sobretudo no que respeita à parte elétrica, que vem apresentando sucessivos problemas. E, ainda, que a exemplo dos dois anteriores, no CIAM Manginhos há também falta de profissionais, a ponto de contar por um bom tempo apenas com uma diretora e duas estagiárias. Segundo o autor, não há acessibilidade para usuárias com necessidades especiais ou mobilidade reduzida, tampouco há espaço para atendimento individualizado.

Afirmou que as instalações elétricas do imóvel e os equipamentos de informática necessitam de manutenção, sendo que os vidros das janelas e das portas estão rachados, impondo-se a correspondente substituição. Assinalou que não há acesso à Internet e que faltam materiais de escritório, *tonner* de tinta para as impressoras e material para a divulgação dos serviços.

Disse que essas deficiências não foram apontadas apenas nas aludidas vistorias, visto que o próprio Poder Público estadual já as reconheceu em diversas ocasiões quando da resposta a ofícios enviados pelo Ministério Público com vistas ao cumprimento do que restou acordado em reuniões entre as partes.

Destacou que a forma extremamente instável pela qual a rede estadual de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica presta seus serviços pode ser atribuída, em primeiro lugar, à precariedade do vínculo de emprego das pessoas que a compõem. Somam-se a

isto os entraves com o atraso de pagamento de salários daqueles que são contratados temporariamente e a consequente flexibilização dos horários da jornada de trabalho, por vezes até suprimindo o funcionamento dos espaços por um dia útil semanal.

Aduziu como uma segunda causa da ineficiência dos serviços a falta de contingente técnico e assistencial, que prejudica o controle de dados e a boa organização dos arquivos estatísticos, além de impedir que haja a necessária capacitação continuada e a supervisão da equipe.

Registrou como terceira causa, a alta rotatividade de funcionários, salientando que tanto aqueles que trabalham nos Centros de Referência quanto os que integram a estrutura interna da Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos, responsável pelo serviço, são servidores cedidos de outros órgãos, contratados temporariamente ou ocupantes de cargo comissionado.

Acresceu que o Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro, divulga anualmente o “Dossiê Mulher”, pesquisa que apresenta informações consolidadas sobre a violência contra a mulher no Estado do Rio de Janeiro com base nas ocorrências registradas nas delegacias policiais fluminenses.

Consignou que o Dossiê em tela expressa a apuração dos crimes mais comuns contra a mulher, de modo que os números possibilitam identificar em quais regiões os delitos são mais frequentes, gerando dados que permitem planejar ações estratégicas que visem a implementação de políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher, especialmente nas áreas que se mostram mais vulneráveis.

Salientou que as pesquisas mais recentes revelam que a maior incidência dos delitos

mencionados se verifica na baixada fluminense e na zona oeste, sendo que esta última não conta com nenhum Centro de Referência ou Casa-Abrigo que possa oferecer o mínimo de suporte para as mulheres que são vitimadas na localidade.

Concluiu que os réus, aos quais incumbe a prestação de assistência à mulher de forma adequada, suficiente e contínua, devem cumprir com suas obrigações constitucionais e legais e instalarem equipamentos de acolhimento de mulheres vítimas de violência doméstica especialmente nessas regiões de maior número de ocorrências, sendo imprescindível que apresentem projetos de implementação de qualquer desses equipamentos de acolhimento de mulheres capazes de atender a esta demanda específica, respeitada, obviamente, a discricionariedade quanto à forma e o tempo razoável.

Postulou, em sede de antecipação da tutela, fossem os réus instados à apresentação de projeto para a estruturação adequada de seus órgãos que compõem a rede de assistência à mulher vítima de violência doméstica, inclusive com a realização de concursos públicos para provimento dos cargos.

Como medida de urgência, pleiteou, também, a apresentação em Juízo de plano de contingência com vistas a proporcionar as condições físicas e materiais adequadas para o funcionamento das Delegacias Especiais de Atendimento à Mulher (DEAM's), de competência do Estado do Rio de Janeiro, e dos espaços de acolhimento das mulheres vítimas de violência doméstica (de competência de ambos os entes públicos).

Ainda no campo da antecipação da tutela, requereu a apresentação em Juízo de projeto de implantação dos equipamentos de acolhimento das mulheres vítimas de violência doméstica, em especial, aqueles apontados no Plano Naci-

onal de Políticas para as Mulheres 2013-2015, que sejam capazes de atender à demanda da população do Estado do Rio de Janeiro, e em especial dos Municípios do interior.

Pugnou pela imposição de sanções, inclusive de caráter pessoal, aos agentes públicos responsáveis para o caso de descumprimento da tutela de urgência, pleiteando, também, a fixação de multa diária aos réus para o caso de descumprimento da medida, na forma do art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973. E, ainda, a confirmação, ao final, da antecipação dos efeitos da tutela e a procedência do pedido, para que os réus estruturarem adequada e efetivamente os equipamentos da rede de proteção à mulher vítima da violência doméstica em prazo a ser judicialmente fixado, com a condenação dos demandados nos ônus de sucumbência.

A f. 28, foi indeferida a antecipação da tutela, consignando o Juízo a necessidade de, antes, ser observado o contraditório.

O Município do Rio de Janeiro contestou o pedido a f. 46/52, sustentando que a rede de assistência à mulher vítima de violência doméstica cuja responsabilidade é atribuída ao Município é composta pela Secretaria Especial de Políticas para Mulheres (SPM-Rio), pelo Centro Especializado de Atendimento à Mulher Chiquinha Gonzaga e pela Casa Viva Mulher Cora Coralina, além dos hospitais de emergência.

Assinalou que a Casa Viva Mulher Cora Coralina (CVMCC) é uma instituição de acolhimento de mulheres vítimas de violência doméstica mantida pelo Município do Rio de Janeiro e está em funcionamento desde o ano de 2001.

Disse que a CVMCC tem capacidade de atendimento para 42 pessoas, destinando-se ao acolhimento de mulheres vítimas de violência doméstica e seus filhos menores, quando as acompanham. Salientou que o acolhimento ins-

tucional se dá por meio de encaminhamento realizado pelo Centro Especializado de Atendimento à Mulher (CEAM) Chiquinha Gonzaga, que pertence à estrutura da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, ou pelo CEJUVIDA do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ou pela Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM).

Descreveu cargos e funções das equipes que compõem o CEAM Chiquinha Gonzaga e o CVMCC, destacando que, neste último, além do quadro próprio, atuam duas assistentes sociais e uma psicóloga oriunda da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social (SIMAS), sendo que a atual cogestora do CVMCC é a organização Solazer – O Clube dos Excepcionais – vencedora do processo seletivo público SPM-RIO nº 01/2013.

Consignou que a reformulação e a ampliação do quadro de pessoal do CVMCC tem conferido nova dinâmica nas atividades desenvolvidas com os acolhidos, alterando de forma positiva a situação retratada na inicial.

Acresceu, outrossim, que a qualificação profissional é garantida por meio de cursos, seminários e palestras ministrados pela entidade cogestora em parceria com a SPM-Rio.

Ressaltou que a procura por um novo imóvel para a instalação do CVMCC tem sido o ponto central na atuação da SMP-RIO. Todavia, a necessidade de que referido imóvel reúna certas qualidades, como dimensões físicas adequadas, localização próximo à rede de serviços (como hospitais e escolas), aluguel em valor razoável, além de propiciar segurança, sigilo e privacidade em suas atividades, acaba por dificultar a implementação de seu objeto.

Salientou que a pretensão formulada pelo Ministério Público esbarra no princípio da independência dos Poderes, eis que ao Judiciário

não é permitido interferir na gestão da política pública.

Pugnou pela improcedência da pretensão deduzida.

O Estado do Rio de Janeiro também contestou o pedido, consoante f. 87/96, suscitando a preliminar de ausência de interesse processual, ao fundamento de que os Centros Integrados de Atendimento à Mulher que compõem a rede estadual, especificamente CIAM Márcia Lyra, CIAM da Baixada e Casa da Mulher de Manguinhos, não apresentam as deficiências listadas na peça exordial, sendo absolutamente regular a assistência prestada nos referidos estabelecimentos.

Sustentou que não há dever legal violado na medida em que apenas os direitos negativos podem ser exigidos em termos absolutos, visto que os direitos positivos, por demandarem recursos, estão sob a reserva do possível, a depender de mediação legislativa e orçamentária.

Disse que as normas constitucionais sobre prestações positivas são meramente programáticas, restringindo-se a fornecer diretivas ou orientações para o legislador e o administrador, desprovidas de eficácia vinculante.

Afirmou que as prestações positivas para a proteção desses direitos implicam sempre despesas para o Poder Público, insuscetíveis de ser imputadas aos impostos ou aos ingressos não contraprestacionais.

Destacou que a administração pública é a gestora de meios escassos para atender necessidades ilimitadas, havendo uma constante escolha.

Acrescentou que, num ambiente de escassez, a dependência às escolhas orçamentárias, sempre dramáticas, importa a exclusão de algumas despesas, o que nem sempre significará

descumprimento do Estado a um dever legal.

Aduziu que, ao contrário do que ocorre com a receita, sempre limitada, as despesas não param de crescer. Por isso, para uma adequada compreensão dos direitos de dimensão positiva, urge examiná-los à luz da reserva do possível, até porque, segundo afirma, o Estado não é o provedor universal, dotado de recursos inesgotáveis.

Postulou a improcedência do pedido.

Após réplica de f. 103/127, foi exarada a decisão de f. 166, pela qual afastou a preliminar suscitada, restando saneado o feito.

Pela douda sentença de f. 399/404, a pretensão deduzida foi julgada improcedente, não havendo condenação em custas e/ou honorários de advogado.

Apela o Ministério Público a f. 436/484, renovando as alegações de suas peças pretéritas.

O recurso foi recebido a f. 487, sendo objeto das contrarrazões de f. 494/502, ofertadas pelo Município do Rio de Janeiro, e de f. 504/514 apresentadas pelo Estado do Rio de Janeiro, ambas em prestígio do julgado.

A douda Procuradoria de Justiça se manifestou a f. 522/563 pelo provimento do recurso.

Uma vez que o pronunciamento do *Parquet* foi instruído com documentos, o feito foi retirado de pauta, abrindo-se vista aos apela-dos, tendo o Município do Rio de Janeiro se manifestado a f. 636/637 e o Estado do Rio de Janeiro a f. 638/639, ambos ratificando os argumentos constantes das contrarrazões.

VOTO

Como cedoço, a violência doméstica se

constitui problema mundial, sendo que, no Brasil, atinge números extremamente significativos.

A despeito dos avanços e conquistas no combate a esta prática, a sociedade brasileira ainda convive com este lamentável quadro, sendo que mesmo com a sanção da Lei nº 11.340/2006, denominada “Lei Maria da Penha”, é ainda expressivo o número de mulheres lesionadas e/ou ameaçadas por seus companheiros.

Como se pode verificar na literatura pátria, a violência doméstica acarreta sérias consequências para a saúde física e mental da mulher. As vítimas de violência tornam-se mais aptas a sofrerem de depressão, ansiedade, sintomas psicossomáticos, problemas de alimentação e traumas sexuais, sendo que, na maioria das vezes, o agressor é o homem com o qual elas mantêm - ou mantiveram - um relacionamento dito amoroso.

Várias são as formas de violência, podendo-se mencionar em breve resumo, a sexual, que é a cometida por meio de atos ou tentativas de relação sexual sob coação ou força física, abrangendo sexo forçado mesmo dentro do casamento ou do namoro, exigência de sexo como pagamento de favores, abuso sexual de mulheres mental ou fisicamente incapazes, negação do direito de usar anticoncepcionais ou de adotar outras medidas de proteção contra doenças sexualmente transmissíveis, além de aborto forçado.

É comum, ainda, a violência física, configurada na agressão com ou sem arma, incluindo-se nessa modalidade tapas, empurrões, socos, mordidas, chutes, queimaduras, cortes e estrangulamento, dentre outros.

Por fim, tem-se a violência psicológica, que se afigura tão prejudicial quanto à física e se caracteriza por toda ação ou omissão

que cause dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa. Inclui insultos constantes (xingamentos), humilhação, desvalorização, chantagem, isolamento, privação da liberdade, com impedimento, v.g., à mulher de trabalhar, estudar, cuidar da aparência, gerenciar o próprio dinheiro, sair com as amigas etc, incluindo-se nessa modalidade, ainda, as críticas ao seu desempenho sexual.

Assinale-se, por oportuno, que a violência doméstica não é aquela praticada somente contra a mulher. Todavia, no caso destes autos, o tema central especifica apenas a mulher como vítima e destinatária de proteção, daí não se expandir a análise para além dos limites da inicial.

O panorama ora exposto justifica a necessidade da adoção, pelo Poder Público, de políticas de proteção à mulher vítima de violência doméstica.

Em termos legislativos, cumpre registrar que a situação retratada nos presentes autos deve ser analisada à luz da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o artigo 1º da Constituição Federal consigna:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.”

Vale lembrar que o grande marco para os

direitos fundamentais no século XX foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da qual o Brasil é signatário, elaborada após a 2ª Guerra Mundial, que refletiu a união das nações para discutir e elaborar uma norma de proteção dos direitos humanos, comum a todos.

A partir da Declaração Universal em 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais, formando-se então, um sistema normativo global de proteção dos direitos humanos.

Tal sistema é integrado por instrumentos de alcance geral (como os pactos internacionais) e por instrumentos de alcance específicos como as Convenções Internacionais, celebrados com vistas à proteção de determinados grupos de pessoas mais vulneráveis a violações de direitos humanos, como é o caso dos negros, das crianças e das mulheres.

Na atualidade, coexistem dois sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, o sistema universal, de que fazem parte os Estados integrantes da Organização das Nações Unidas – ONU e o sistema regional em que são associados vários países agrupados como, v.g., a Organização dos Estados Americanos – OEA.

Cada sistema é autônomo em relação aos demais, embora sua estrutura tenha por base os princípios instituídos pela Declaração Universal e pelos Pactos Internacionais. As cláusulas firmadas entre as nações cujo objeto seja a violência doméstica praticada contra a mulher têm por escopo a violação da dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais.

Tenha-se presente que, no sistema legislativo pátrio, as normas definidoras dos direitos e

garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme o artigo 5º, § 1º da Carta Magna,

“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:

(...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como “Lei Maria da Penha”, em homenagem à biofarmacêutica que ficou paraplégica após duas tentativas de homicídio, com uso de arma de fogo, pelo seu então cônjuge e pai de suas três filhas, representa uma adequação aos documentos internacionais de proteção aos direitos das mulheres. Seu artigo 6º consigna:

“A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

A Lei em apreço alterou o Código Penal (artigo 129), possibilitando que agressores de mulheres em âmbito doméstico ou familiar sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada. Os agressores também não podem mais ser punidos com penas alternativas.

A norma em comento aumentou também o tempo de detenção, criou as chamadas medidas protetivas, que vão desde a remoção do agressor do domicílio à proibição de sua aproximação da mulher agredida, tendo alterado, também, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, dispondo, ainda, sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

De fato, a Lei Maria da Penha teve o condão de criar mecanismos para coibir a violên-

cia doméstica e familiar contra a mulher, nos termos das Convenções Internacionais que específica e do § 8º do art. 226 da Constituição Federal:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

A especial proteção do Estado à família, de que tratam as normas e disposições aqui mencionadas não tem por destinatário especificamente a entidade familiar, mas cada um de seus integrantes, segundo suas necessidade próprias, de modo que tal proteção pode se verificar até mesmo em prol de um em contraposição a outros membros.

A essência das normas legais em apreço reside, assim, na coibição, pelo Estado, da violência no âmbito das relações entre os integrantes da família, sendo seu dever intervir para fazer cessar a violência e punir o responsável por sua prática. Para tanto, é imperiosa a adoção de medidas que expressem a organização de uma estrutura voltada efetivamente para a proteção constitucionalmente prevista, sob pena de violação, pelo próprio Estado, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Registre-se que a violência doméstica contra a mulher vem sendo objeto da atenção do Conselho Nacional de Justiça desde 2007, empreendendo a realização de Fóruns de discussão e estimulando a implantação de Juízos especializados nos diversos Estados brasileiros.

Portanto, o *thema iudicandum* se configura matéria de interesse geral e que, à toda evidência, o Poder Judiciário não pode a ele

ficar indiferente, sobretudo quando, como na espécie, sua intervenção em prol de situação específica é requerida pelo Ministério Público, em cumprimento à sua função institucional prevista na Carta Magna no artigo 129:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;”

Vale lembrar que, de conformidade com o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal,

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Por sua vez, o escopo da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) linhas atrás mencionada, é o de garantir às mulheres em situação de violência doméstica e familiar toda a proteção necessária em um curto espaço de tempo, prezando por sua integridade, razão pela qual, o Poder Público deve envidar todos os esforços para fornecimento das condições que lhes confirmam essa proteção.

Nessa perspectiva, a inação daquele que tem o dever de implementar as políticas públicas pertinentes autoriza ao Poder Judiciário a competente intervenção, não se configurando a alegada violação à independência dos Poderes, mas o restabelecimento da ordem constitucional, à qual todos estão subordinados.

Como salientado pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, do Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745/MG:

“A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadas, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”

O julgado em apreço faz expressa referência ao venerando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que ensejou o pronunciamento daquela Corte Constitucional, o qual, na oportunidade, apreciou questão atinente às políticas públicas relacionadas à saúde. O digno prolator assim se manifestou:

“Ressalto que é certo que o Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo na prática do ato administrativo. A missão constitucional deste é a de exercer o controle judicial do referido ato. Deve distanciar-se do critério político, isto é, fica circunscrito apenas em verificar se o agente público atuou dentro dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, finalidade, bem como aos atributos do mesmo ato. Todavia, quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo o cumprimento de obrigação constitucional e legal, não está substituindo o Administrador Público, mas apenas determinando que se cumpra a lei. Não se pode perder de vista que o objetivo maior do Administrador é o bem-estar público. E, no caso, este bem-estar é a proteção das crianças e adolescentes em situação de risco, os quais, efetivamente, têm o direito de serem amparados pelo Poder Público. E este, insista-se, tem a obrigação, dentre outras, de garantir a assistência integral à saúde, conforme estabelece o § 1º, do art. 227, da Constituição da República. Está patenteado o desrespeito ao direito à saúde constitucional-

mente assegurado ao menor. E, na condição de executor das ações e serviços afetos ao sistema único de saúde, o apelante voluntário omitiu-se quanto ao seu dever elementar. Portanto, a sentença está correta e merece integral confirmação.”

E acrescenta o Ministro CELSO DE MELLO:

“Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.”

O Ministro faz expressa menção à obra da Conselheira do Conselho Nacional de Justiça, LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHERSEN, **Políticas Públicas - A Responsabilidade do Administrador e do Ministério Público**, transcrevendo trechos que guardam inteira pertinência com a questão tratada nos presentes autos:

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

(...)

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

(...)

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas

na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

(...)

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.”

Tenha-se presente, outrossim, que não prospera a alegação de que as providências postuladas na inicial estariam atreladas ao princípio da reserva do possível.

Tal princípio é comumente invocado pelo Poder Público com o condão de eximi-lo de suas funções e obrigações básicas, sendo de ordinário suscitado quando lhe é postulado o fornecimento de remédios, a internação de pessoas enfermas e, como se vê no feito sob apreciação, na adoção de medidas protetivas da mulher em situação de violência doméstica.

Sobre a matéria, vale o retorno ao julgado do Supremo Tribunal Federal, que faz importante observação ao princípio em comento, sendo perfeitamente aplicável à questão que ora se examina:

“Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da

Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

À vista das considerações precedentes, adentra-se ao exame das provas e do pedido formulado pelo autor, ora apelante.

Assim é que, o demandante adunou aos autos aproximadamente 2500 (dois mil e quinhentos) documentos que revelam, em sede de Inquérito Civil, o meticuloso exame das instalações dos órgãos de atendimento às mulheres em estado de violência doméstica, englobando Delegacias de Atendimento à Mulher – DEAM’s e Centros Integrados de Acolhimento às Mulheres - CIAM’s, sendo certo que todas as visitas efetuadas pelas equipes do Ministério Público foram objeto de Relatório circunstanciado, abrangendo área física (inclusive com arquivo fotográfico), recursos humanos, insu-
mos etc.

Consoante f. 278/379, há Relatórios acer-

ca das DEAM's Oeste, Centro, São Gonçalo, Nova Iguaçu, Belford Roxo, Jacarepaguá e Volta Redonda.

Os anexos 01 a 17 da árvore de documentos, expressam a investigação levada a efeito relativamente à Casa da Mulher de Manginhos, à Casa-Abrigo Viva Mulher Cora Coralina, à CIAM Márcia Lyra, à CIAM da Baixada, à CIAM Chiquinha Gonzaga e à Coordenadoria Especial de Promoção da Política para Igualdade de Gênero - CEPIG. Os abrigos recebem a denominação de “aparelhos” e também de “equipamentos”.

Na verdade, a inicial traça um perfil de cada uma das unidades destinadas à mulher vítima de violência doméstica, retratando, de forma resumida, o que foi objeto de levantamento nas diversas vistorias levadas a efeito no curso do Inquérito Civil.

Saliente-se, por oportuno, que os fatos constitutivos do direito alegado pelo autor, os quais se expressam, sobretudo, nos Relatórios das vistorias realizadas, não foram contrapostos pelos réus com a arguição de fatos obstativos e a correspondente comprovação.

Em linhas gerais, e consoante se verifica dos já mencionados anexos, a Casa-Abrigo Viva Mulher Cora Coralina é mantida com a subvenção da Prefeitura Municipal, que custeia as despesas referentes ao seu funcionamento. Trata-se de serviço vinculado à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Município do Rio de Janeiro / SPM-RIO; já os recursos humanos são mantidos pela Organização Não Governamental “Obra de Promoção dos Jovens” / ONG – O.P.J.

O objeto do órgão em apreço é a prestação de acolhimento institucional para a mulher vítima de violência doméstica e familiar, acompanhada ou não de seus filhos. Além do acolhi-

mento, presta serviço de natureza psicossocial.

As acomodações são satisfatórias, mas os servidores carecem de capacitação.

A alimentação, sobretudo a destinada às crianças que acompanham as mulheres abrigadas, não dispõe de nutrientes suficientes; os livros não são franqueados às abrigadas, que também não têm acesso à *Internet*.

Registre-se que as mulheres lá protegidas se mostraram interessadas na participação em cursos de informática e na retomada de seus estudos.

No anexo 03, encontra-se o Relatório de nova vistoria para reavaliação das condições de funcionamento do abrigo em apreço que, diga-se, é destinado às mulheres com risco de morte.

Assinala o relatório de vistoria que o número de acomodações no abrigo foi reduzido, e vem atravessando dificuldades, que podem fragilizar o serviço oferecido. Tais dificuldades decorrem da diminuição da verba que era destinada tanto para a aquisição de materiais permanentes quanto para a manutenção da estrutura física do imóvel.

Registra que a redução financeira fez com que a direção do abrigo, com a utilização de recursos próprios, adquirisse material de primeiros socorros e remédios com vistas a evitar a contaminação por doenças infectocontagiosas, sobretudo a escabiose (sarna) e a pediculose (infestação por piolhos).

Afirma que a redução brusca de valores também atingiu a ONG/OPG, que tem a responsabilidade de contratar profissionais para dar continuidade ao trabalho desenvolvido pelo abrigo.

O atual quadro de servidores não atende

a demanda.

O abrigo, que necessita de reformas internas, sobretudo por apresentar infiltrações, não está preparado para o recebimento de mulheres portadoras de necessidades especiais, pelo que não cumpre os padrões mínimos de acessibilidade, estando, pois, em desacordo com a legislação em vigor.

Quanto ao Centro Integrado de Atendimento à Mulher – CIAM Márcia Lyra, trata-se de unidade de atendimento multidisciplinar à mulher vítima de violência.

O Relatório consigna que, para o atendimento individual, somente há duas salas em boas condições de utilização, as quais possuem ar condicionado; as demais não possuem tal eletrodoméstico ou este não funciona, de modo que nos dias de temperaturas mais altas essas salas não podem ser utilizadas.

A vistoria se mostra conclusiva quanto à necessidade de melhor estruturação do CIAM, com o reparo e/ou manutenção de seus espaços, bem como de seus móveis e utensílios, sendo imperioso que seja ampliado o quadro de servidores (equipe técnica), com vistas ao atendimento satisfatório da demanda diária.

Assinala, ainda, o Relatório, que a única viatura destinada ao serviço do abrigo (para atendimento nos trabalhos agendados e em situações de emergência) atende, também, a um outro órgão público, tornando-se necessária a colocação à disposição da unidade de viatura para seu uso exclusivo.

O Centro também não possui acessibilidade para receber usuária com necessidades especiais ou mobilidade reduzida.

Verifica-se dos relatórios que o serviço apresenta variedade de vínculos trabalhistas,

consignando que a ausência de concurso público para o serviço leva à fragilização dos liames laborais e a flexibilizações no cumprimento da carga horária.

A f. 194/197, foi adunado o laudo concernente à Coordenadoria Especial de Promoção da Política para Igualdade de Gênero – CEPIG, órgão mantido exclusivamente pelo Município do Rio de Janeiro. Tem por finalidade fiscalizar e supervisionar o CREAS Simone de Beauvoir (Centro de Referência Especializado de Assistência Social, que se constitui unidade pública da política de Assistência Social onde são atendidas famílias e pessoas que estão em situação de risco social ou tiveram seus direitos violados).

O órgão em apreço possui pequeno número de utensílios próprios, sendo os móveis, computadores, telefones e impressoras pertencentes ao Centro de Artes Calouste Gulbenkian, nas dependências do qual tem seu funcionamento provisório. Inexistem veículos disponíveis para transporte em situações de emergência, visitas domiciliares etc, sendo utilizadas, quando necessário, viaturas cedidas pela Rede de Assistência e pelo próprio CREAS.

Segundo o relatório de vistoria, o espaço se encontra em boas condições de uso.

A Casa da Mulher Manguinhos, consoante, sobretudo os anexos 04 e 05, é um serviço de atendimento da Secretaria Estadual de Assistência Social e Direitos Humanos, vinculado à Secretaria da Mulher.

O equipamento está instalado nas dependências do complexo de obras do Projeto de Aceleração do Crescimento – PAC, em desenvolvimento no bairro de Manguinhos, integrando-se a uma rede de equipamentos que também oferece serviços essenciais para 3.600 (três mil e seiscentos) moradores que foram

assentados nos 4.800 (quatro mil e oitocentos) apartamentos erigidos no bairro.

Possui apenas uma sala para recepção e atendimento a todas as pessoas, ou seja, não há sala para atendimento individualizado, de modo que as mulheres não possuem ambiente adequado para que possam expor sua situação com privacidade.

Por meio desse órgão, as mulheres obtêm encaminhamento aos demais serviços disponíveis na rede de assistência.

Consignam os Relatórios que a falta de pagamento dos profissionais que atuam junto ao equipamento é fator de desestímulo e inviabiliza a continuidade do serviço, em prejuízo para a população local.

Como assinalado pela douda Procuradoria de Justiça, a configuração interna do imóvel é manifestamente inadequada para a prestação dos serviços. As instalações hidráulicas necessitam de manutenção; os aparelhos de informática precisam de reparos; as linhas telefônicas nem sempre estão operantes, não havendo acesso à *Internet*.

Os recursos materiais são atualmente insuficientes para o desenvolvimento do trabalho. Faltam suprimentos básicos para o desenvolvimento das atividades, tais como produtos de limpeza e materiais de escritório.

O equipamento público carece de segurança: suas portas e janelas de vidro oferecem pouca resistência a invasores, sendo certo que, durante a noite, usuários de drogas costumam ficar no entorno do prédio, utilizando-o até mesmo para fazerem suas necessidades fisiológicas.

A casa não possui acessibilidade para garantir o atendimento de pessoas com necessi-

dades especiais e mobilidade reduzida.

Inexistem, outrossim, servidoras concursadas, sendo a equipe contratada com base no Projeto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro voltado às ações e serviços de enfrentamento da violência contra a mulher. Trata-se de fator que também fragiliza os vínculos trabalhistas.

Um outro equipamento objeto do inquérito foi o Centro Especializado de Atendimento à Mulher Chiquinha Gonzaga, que tem a função de prestar assistência social, psicológica e jurídica, oferecendo atendimento, orientação e encaminhamento. Trata-se de serviço vinculado à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Município do Rio de Janeiro / SPM-RIO.

Os relatórios revelam que o CIAM funciona em espaço disponibilizado pela Secretaria Municipal de Cultura, sendo insuficientes os recursos materiais, principalmente os permanentes, cuja substituição se faz necessária. À época da vistoria havia somente uma linha telefônica em funcionamento.

A acessibilidade para o atendimento de pessoas com necessidades especiais e mobilidade reduzida se afigura comprometida, eis que as dependências de atendimento individualizado se situam no segundo pavimento, sendo certo que, embora exista elevador, as salas não apresentam espaço suficiente para cadeirantes.

Por derradeiro, tem-se o CIAM Baixada, cuja atuação abrange os 13 (treze) municípios da baixada fluminense.

De conformidade com os relatórios, apresenta instalações satisfatórias que, entretanto, necessitam de reparos e manutenção.

Possui acessibilidade para o acolhimento

de pessoas com necessidades especiais, havendo salas individualizadas para atendimento.

Está equipado com mobiliário, duas linhas telefônicas operantes, 05 (cinco) aparelhos de informática com acesso à Internet, televisões, bebedouro e geladeira. Possui transporte para atendimento integral das demandas do serviço.

Há segundo os relatórios, necessidade de renovação do contrato do serviço de monitoramento efetuado pela câmara de segurança e algumas obras de manutenção, principalmente da parte elétrica.

Diante do quadro ora resumidamente descrito, conclui o Inquérito que ensejou este feito:

“(…) Percebe-se a existência de situações que engessam os serviços e, conseqüentemente, obstaculizam o trabalho técnico desenvolvido, fundamental para o enfrentamento da violência contra a mulher”.

E acresce:

“(…) Houve um crescimento significativo dos inúmeros serviços prestados pelos Centros Integrados de Atendimento à Mulher. Não obstante tenha ocorrido uma ampliação da rede de serviços, no entanto há de se comentar, com base nas visitas realizadas, que no geral os serviços estão sucateados, necessitam de reaparelhamento, funcionam com ausência de materiais básicos para o trabalho, instalações em condições precárias, funcionárias se cotizam para aquisição de materiais, assumindo para si as responsabilidades e funções do poder público, ausência de acessibilidade para o atendimento de pessoas com necessidades especiais e mobilidade reduzida”.

Consigna o Ministério Público que há necessidade de recursos humanos adequados, equipe multidisciplinar e capacitação permanente.

Salienta que apesar de os serviços visitados contarem com equipe multidisciplinar formada, a maioria dos equipamentos funciona com equipe não efetiva, ou seja, os profissionais são contratados, em sua maioria, por meio de vínculos caracterizados pela precariedade, o que acaba por desestimular os profissionais a permanecerem em suas funções.

À vista, enfim, das precedentes razões, conclui-se que restou comprovada nos autos a deficiência das instalações públicas destinadas ao acolhimento da mulher em situação de violência doméstica, bem como a carência de profissionais e a necessidade de criação de quadro fixo de pessoal constituído por funcionários públicos, não se afigurando recomendável a atual prática da contratação de terceirizados e de empregados temporários, tampouco a nomeação de comissionados.

Como bem assinalado pela douta Procuradoria de Justiça, o serviço de proteção à mulher em situação de violência doméstica se mostra ausente em regiões com elevados índices de ocorrência. Salienta, ainda, que, durante o processamento da apelação, a situação da rede especializada estadual de proteção à mulher vítima de violência doméstica se deteriorou, com atrasos no pagamento de salários, redução do horário de atendimento e até mesmo a interrupção do serviço público, consoante os documentos de f. 564/618. As políticas públicas de proteção e assistência à mulher incorreram em retrocesso, sobretudo em razão do atraso no pagamento dos salários e dos vencimentos e na interrupção do cumprimento dos contratos de prestação de serviços.

Ressalta que as normas técnicas estaduais estabelecem que a segurança das casas-abrigos poderá ser oferecida pela Polícia Militar ou pela Guarda Municipal (f. 50 do anexo 12). Portanto, o encerramento do contrato de prestação de serviço de segurança não exime os entes públicos

de prestarem diretamente, por seus próprios recursos, a segurança dos equipamentos.

Constata-se que a interrupção dos serviços se deve à grave crise por que passa o Estado do Rio de Janeiro, sendo oportuna a reprodução da narrativa do Ministério Público de segundo grau acerca de fatos ocorridos à época do processamento da presente apelação:

“A Casa da Mulher Manguinhos interrompeu a prestação dos serviços de atendimento e direcionamento das mulheres vítimas de violência doméstica desde outubro de 2015, em virtude de atrasos de repasses e pagamentos de salários. Permite-se frisar que seu quadro de funcionários é composto integralmente por funcionários terceirizados vinculados à Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

O Centro Integrado de Atendimento à Mulher da Baixada funciona em regime de plantão, com revezamento de funcionários. Atualmente, apenas duas funcionárias trabalham no local, e as demais foram dispensadas pela própria coordenação em virtude dos atrasos dos salários.

O Centro Integrado de Atendimento à Mulher Márcia Lyra corre o risco de paralisar suas atividades, já tendo sido interrompida a atividade de acompanhamento pessoal das mulheres atendidas. Os funcionários da limpeza estão com o pagamento de benefícios de auxílio-transporte e alimentação atrasados há quatro meses. Recentemente, esses funcionários receberam os salários de outubro e novembro, bem como o décimo terceiro salário, embora persista a inadimplência das demais verbas.

O Centro Especializado de Atendimento à Mulher de Queimados está funcionando apenas três vezes por semana e os serviços não foram interrompidos em razão do comprometimento de seus funcionários, apesar da falta de repasses e inadimplência de salários”.

A douta Procuradoria de Justiça transcre-

ve, também, trecho de ofício que lhe foi encaminhado pelo Conselho Estadual de Direitos das Mulheres:

“(…) Estamos vivenciando no Estado do Rio de Janeiro uma grave crise que tem afetado significativamente o desenvolvimento das políticas para mulheres em vários aspectos, sendo que os casos mais urgentes são: cerca de 51 (cinquenta e um) funcionários/contratados através de convênio com a Fundação UERJ, lotados na Subsecretaria de Políticas para Mulheres – Superintendência de Políticas Inter-setoriais, Superintendência de Enfrentamento à Violência Contra Mulher, CEDIM, Centro Cultural Heloneida Studard, Casa Abrigo Lar da Mulher, Casa da Mulher Manguinhos, CIAM Márcia Lyra, CIAM Baixada e CEAM Queimados estão com os salários atrasados desde outubro de 2015; o contrato com a prestadora de serviços de segurança foi encerrado em 31 de dezembro de 2015 e até a presente data as unidades acima citadas estão sem esse serviço, o que torna inviável o seu funcionamento. Algumas unidades estão funcionando parcialmente com as portas fechadas e outras estão fechadas; o caso mais grave é da Casa Abrigo Lar da Mulher, que está funcionando sem a presença de seguranças, o que coloca em risco a integridade física das três mulheres e oito crianças que lá se encontram abrigadas como também da equipe de profissionais que lá trabalham.(…)”

Assinala que diante das provas adunadas não há dúvida de que a prestação do serviço público foi interrompido, sendo que tal circunstância, por si só, justifica o controle jurisdicional.

Na verdade, e *data venia* do posicionamento adotado pela douda sentença, não há como se denegar o pedido formulado na inicial a pretexto de “escolhas trágicas” e/ou da aplicação do “princípio da reserva do possível”,

que refletem construções voltadas a justificar o descumprimento da Lei pelo próprio ente público que, por razões óbvias, tem o inafastável dever de observância.

Nessa perspectiva, afigura-se aplicável o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

À conta de tais fundamentos, afigura-se imperiosa a condenação dos réus a diligenciarem e comprovarem nos autos o imediato retorno das atividades nos equipamentos que tiveram seus serviços interrompidos, sob pena de estabelecimento de multa diária.

Com espeque na inicial, acolhe-se o pedido de condenação do Estado do Rio de Janeiro a:

1.1 - apresentar em Juízo, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, projeto para a estruturação adequada dos órgãos que compõem a rede de assistência à mulher vítima de violência doméstica, incluindo a Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos, os Centros Especializados de Atendimento à Mulher (antigos Centros de Referência) e as Casas-abrigo.

1.2 - diligenciar a criação de carreira, se não houver, observando o dimensionamento adequado de recursos humanos destes espaços e o contingente mínimo estabelecido nas Normas Técnicas específicas.

1.3 - encaminhar o projeto ao Poder Legislativo com vistas à aprovação da realização de concursos públicos para provimento de cargos efetivos com vínculo estatutário.

2.1 - apresentar em Juízo, no prazo de 90 (noventa) dias, plano de contingência tendente a proporcionar as condições físicas e materiais adequadas e suficientes para o funcionamento das Delegacias Especiais de Atendimento à Mulher e dos espaços de acolhimento das mu-

lheres vítimas de violência doméstica instalados, observando-se as carências apontadas nos Relatórios de Vistoria e os padrões mínimos estabelecidos nas Normas Técnicas que regulam a matéria;

2.2 - apresentar em Juízo, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, projeto de implantação dos equipamentos de acolhimento das mulheres vítimas de violência doméstica, em especial, aqueles apontados no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres 2013/2015, que sejam capazes de atender à demanda reprimida da população do Estado do Rio de Janeiro, em especial, nos Municípios do interior.

Acolhe-se, também, a pretensão formulada com relação ao Município do Rio de Janeiro para que este:

3.1 - apresente em Juízo, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, projeto para a estruturação adequada dos órgãos que compõem a rede de assistência à mulher vítima de violência doméstica, incluindo a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, os Centros Especializados de Atendimento à Mulher (antigos Centros de Referência) e as Casas-abrigo, com a consequente criação de carreira, se não houver. Deve providenciar o dimensionamento adequado de recursos humanos destes espaços observando-se o contingente mínimo estabelecido nas normas técnicas específicas. Deve, outrossim, encaminhar o projeto ao Poder Legislativo com vistas à realização de concursos públicos para provimento de cargos efetivos com vínculo estatutário;

3.2 - apresente em juízo, no prazo de 90 (noventa) dias plano de contingência tendente a proporcionar as condições físicas e materiais adequadas e suficientes para o funcionamento dos espaços de acolhimento das mulheres vítimas de violência doméstica, observando-se as carências apontadas pelos relatórios de vistorias elaborados no inquérito civil que ensejou o presente feito, devendo observar os padrões

mínimos estabelecidos nas normas técnicas que regulam a matéria;

3.3 - presente em Juízo, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, projeto de implantação dos equipamentos de acolhimento das mulheres vítimas de violência doméstica, em especial, aqueles apontados no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres 2013/2015, que sejam capazes de atender à demanda reprimida da população da Cidade do Rio de Janeiro, em especial a Zona Oeste.

Na oportunidade, estabelece-se a condenação solidária dos réus nos ônus de sucum-

bência, observada a isenção quanto ao pagamento das custas, fixando os honorários em R\$1.000,00 (mil reais) em prol do Fundo Especial do Ministério Público, na forma do artigo 4º, XII da Lei Estadual nº 2.819 de 07/11/1997.

À vista de todo o exposto, dá-se provimento ao recurso, nos termos da presente fundamentação.

Rio de Janeiro, 09 de novembro de 2016.

DES. CLAUDIO DE MELLO TAVARES
Presidente/Relator

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

ÓRGÃO ESPECIAL

AGRAVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATUALIZAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO POR ENCARGOS ESPECIAIS. CORONÉIS DA POLÍCIA MILITAR. REAJUSTE DO BENEFÍCIO. PERCENTUAL. PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL. CARÁTER PERMANENTE.

Agravo Regimental em Mandado de Segurança. Decisão desta presidência do Tribunal de Justiça que determinou a atualização da gratificação por encargos especiais objeto da lide. Concessão da ordem para pagamento da GEE concedida a coronéis através do Processo Administrativo E-12/790/2004. GEE fixada no percentual de 60% da remuneração, excluída a gratificação adicional por tempo de serviço. Sendo o benefício fixado em termos percentuais, o reajustamento há que ser assegurado para preservação do valor real, com fulcro no art. 40, § 8º, da CRFB/88. Agravo a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos nestes autos o Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 0027916-78.1998.8.19.0000, em que é Agravante o Estado do Rio de Janeiro, Agravados: Odaly Cavalcante Soares e Outros.

Acordam os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em sessão realizada em 29 de agosto de 2016, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Excelentíssimo Desembargador Relator.

Cuida-se de agravo interposto por Estado do Rio de Janeiro, insurgindo-se contra a decisão de f. 1354, que determinou a intimação do agravante para atualização do valor da GEE – Gratificação de Encargos Especiais, no mês

subsequente à sua intimação, sob pena das cominações legais cabíveis.

Em suas razões, sustenta que o pedido formulado na inicial é o pagamento da gratificação nos mesmos moldes em que concedidos aos coronéis e tenentes-coronéis através do processo administrativo E-12/790/1994, o qual deverá ser interpretado restritivamente, não constando do pedido ou mesmo do acórdão concessivo da ordem acerca da atualização do valor do adicional ou mesmo sobre a sua inclusão na base de cálculo de outras verbas, sob pena de violação da ordem constitucional.

Intimada a parte agravada, a impetrante Lucy da Silva Gonçalves apresentou suas contrarrazões a f. 1379/1381, pugnando pelo desprovemento do recurso e prosseguimento do feito, com o cumprimento da ordem judicial emitida.

Parecer ministerial a f. 1383/1386, manifestando-se pelo desprovemento do recurso, sob o fundamento de que, se o valor da GEE foi fixado em termos percentuais, resta claro que a ordem está definida também em termos percentuais.

Voto

Conheço do presente recurso, porquanto atendidos os seus requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Pretende o agravante a reforma da r. decisão que determinou a atualização da gratificação objeto da lide, sob o argumento de que esta deve ser interpretada de forma restritiva, não tendo havido pedido ou mesmo decisão nesse sentido.

Em que pesem os argumentos expendidos no recurso em epígrafe, o pleito recursal não merece prosperar, devendo ser mantida a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

Isso porque a parte exequente obteve o

direito a incorporar aos seus proventos o benefício denominado Gratificação por Encargos Especiais (GEE), através decisão proferida nos autos deste mandado de segurança, através de acórdão já transitado em julgado.

É inconteste que o valor da GEE corresponde a 60% da remuneração bruta, excetuando-se a gratificação por tempo de serviço, conforme claramente evidenciado no teor do processo administrativo nº E-12/790/94.

A atualização da GEE encontra esteio no art. 40, § 8º da Constituição Federal, que estabelece o reajustamento dos benefícios para lhes preservar o valor real, sempre que houver variação da remuneração em decorrência de reajuste deferido em virtude de lei, *verbis*:

“§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.”

Portanto, a atualização da gratificação de encargos especiais concedida aos impetrantes deverá ser constantemente atualizada, de acordo com a variação de sua remuneração, sob pena de violação à coisa julgada, conferindo efetividade à decisão judicial que a deferiu.

Sobre o tema já se pronunciou o nosso E. Tribunal de Justiça:

“0482485-67.2012.8.19.0001 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO DES. JUAREZ FOLHES - Julgamento: 24/02/2016 - Décima Quarta Câmara Cível. APELAÇÕES CÍVEIS. ADMINISTRATIVO. CORONEL DA POLÍCIA MILITAR. PEDIDO DE REAJUSTAMENTO (ATUALIZAÇÃO) DA GRATIFICAÇÃO DE ENCARGOS ESPECIAIS (GEE) INCLUSIVE EXTENSIVO PARA AS PRÓXIMAS VEZES EM QUE HOUVER REAJUSTE GERAL. SENTENÇA RECONHECENDO O DIREITO À ATUALIZAÇÃO

DA GRATIFICAÇÃO QUE SE MANTÉM. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. DIREITO AO REAJUSTE DA GEE DECORRENTE DE SER SEU VALOR CORRESPONDENTE A 60% DA REMUNERAÇÃO BRUTA, EXCLUÍDA A GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. INCIDÊNCIA DO ART. 40, §8º, CF. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA. APELAÇÃO DO AUTOR PROVIDA TÃO SÓ PARA MAJORAR A VERBA HONORÁRIA. EM REEXAME NECESSÁRIO MODIFICA-SE OS JUROS E CORREÇÃO.

1. Trata a hipótese de demanda em que o autor objetiva o reajuste da Gratificação de Encargos Especiais, gratificação já concedida por sentença transitada em julgado nos autos do processo nº 0028897-05.2001.8.19.0000, no patamar fixado no processo E-790/94, qual seja, 60% da remuneração bruta de Coronel, exceto a gratificação de tempo de serviço, extensivo para as próximas vezes em que houver reajuste geral para os servidores públicos da categoria, concedido por lei, bem como o pagamento das diferenças devidas. Alega que o réu vem indevidamente mantendo fixo, sem reajuste, o valor da referida gratificação desde 2002, daí a presente ação visando à atualização do valor da gratificação e pagamento das diferenças pretéritas. 2. Como bem apreciado pela sentença recorrida, é inconteste que o valor da GEE corresponde a 60% da remuneração bruta de Coronel, excetuando-se a gratificação por tempo de serviço, conforme claramente evidenciado no teor do processo administrativo nº E- 12/790/94, devendo seu reajuste ou atualização obedecer o disposto no art. 40, § 8º da Constituição Federal. 3. Honorários que se majoram para R\$ 1.000,00, em consonância com os princípios da razoabilidade da proporcionalidade. Custas e taxa judiciária que devem ser reembolsadas pelo ente federado. 4. Em reexame, modifica-se a sentença a fim de determinar que os juros moratórios, contados da citação, sejam calculados no percentual estabelecido para a caderneta de poupança, nos termos da

atual redação da Lei nº 9.494/97, e a correção monetária seja calculada com base no IPCA, desde a data do vencimento de cada parcela. 5. Recurso do réu a que se nega provimento. Recurso da parte autora a que se dá provimento, para majorar os honorários de sucumbência para R\$ 1.000,00 e determinar o reembolso das despesas processuais pelo vencido. Sentença modifica em reexame quanto aos juros e correção monetária.”

“0033839-89.2015.8.19.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA DES. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO - Julgamento: 29/10/2015 – Quinta Câmara Cível - MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. PRETENSÃO DE ATUALIZAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE ENCARGOS ESPECIAIS GEE - RECEBIDA POR TENENTE CORONEL EM VIRTUDE DE SENTENÇA. DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A IMPLEMENTAÇÃO DE GEE EM FAVOR DO IMPETRANTE NO VALOR EQUIVALENTE A 60% DE SUA REMUNERAÇÃO BRUTA, EXCLUÍDO O ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. GRATIFICAÇÃO QUE NÃO SOFREU ALTERAÇÃO DESDE A SUA IMPLEMENTAÇÃO, OCASIONANDO DEFASAGEM EM DESFAVOR DO MILITAR. ATUALIZAÇÃO QUE DEVERÁ OCORRER SEMPRE QUE HOUVER VARIAÇÃO NA REMUNERAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE REAJUSTE LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 40, § 8º, DA CRFB/88. JURISPRUDÊNCIA DESTE TJRJ. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.”

“0176338-98.2012.8.19.0001 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA - Julgamento: 27/04/2015 - Quinta Câmara Cível - APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO ADMINISTRATIVO. CORONEL DA POLÍCIA MILITAR. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE ENCARGOS ESPECIAIS (GEE). DIREITO RECONHECIDO

EM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. VALOR CORRESPONDENTE A 60% DA REMUNERAÇÃO, EXCLUÍDA A GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. REAJUSTAMENTO SEMPRE QUE HOUVER VARIAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. ARTIGO 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.960/09. JULGAMENTO. MODULAÇÃO TEMPORAL DE SUA EFICÁCIA. 1- Direito à incorporação da GEE já reconhecido em sentença transitada em julgado 2- GEE correspondente a 60% da remuneração bruta de Coronel, excetuando-se a gratificação por tempo de serviço. 3- Reajustamento da GEE que deve ser realizado, nos termos do artigo 40, § 8º da Constituição Federal, sempre que houver variação da remuneração em decorrência de reajuste deferido em virtude de lei. 4- O STF declarou a inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com as alterações da Lei nº 11.960/2009. 5- Conclusão do julgamento sobre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.”

Ora, se a gratificação foi estabelecida em percentual incidente sobre a remuneração total do servidor, excluída a gratificação por tempo de serviço, há que se respeitar o referido percentual ao longo do tempo. Se tal determinação não mais está sendo cumprida pelo ente devedor, têm os exequentes direito à correção em razão do descumprimento da ordem concedida neste *mandamus*, a fim de que o valor da gratificação corresponda ao patamar de 60% de sua remuneração.

Com efeito, não importa se o exequente está ou não na ativa, vez que, por força do princípio da isonomia, resguardado no art. 40, §8º, da Constituição Federal, é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar seu valor real, em caráter permanente.

Assim, havendo omissão da Administração na aplicação dos aumentos posteriores concedidos àquela categoria de servidores aos proventos dos impetrantes, no que toca à aferição do valor a ser pago a título de GEE, resta configurado o descumprimento da ordem concedida neste *mandamus*.

À conta de tais fundamentos, conheço e nego provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2016.

DES. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO
Presidente do Tribunal de Justiça

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SHOPPINGS CENTERS. PRAÇA DE ALIMENTAÇÃO. RESERVA DE MESAS E CADEIRAS PARA IDOSOS, GESTANTES E DEFICIENTES. PERDA DO OBJETO. LEI Nº 6.878/94.

Arguição de Inconstitucionalidade. Lei estadual nº 6.878/2014. Praças de alimentação dos *shoppings centers* e restaurantes. Reserva de mesas e cadeiras para idosos, deficientes e gestantes. Constitucionalidade reconhecida em julgamento anterior de representação por inconstitucionalidade. Perda superveniente de objeto. Arguição de Inconstitucionalidade formulada pela Eg. Quarta Câmara Cível desta Corte, em 20/04/16, tendo por objeto a Lei Estadual nº 6.878, publicada em 03/09/14, que torna obrigatória a reserva de 5% (cinco por cento) de mesas e cadeiras para idosos, pessoas com deficiência e mulheres gestantes nas praças de alimentação dos *shoppings centers* e restaurantes no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Representação de Inconstitucionalidade nº 0030784- 33.2015.8.19.0000, ajuizada pela Associação Nacional de Restaurantes que, em julgamento realizado na data de 02/05/16, por unanimidade de votos, foi julgada improcedente, declarando-se a constitu-

tividade da Lei nº 6.878/14. Perda superveniente do objeto da presente Arguição de Inconstitucionalidade. Extinção sem resolução do mérito que se impõe. Arguição de Inconstitucionalidade prejudicada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0252976-70.2015.8.19.0001, em que figura como Arguente Egrégia Quarta Câmara Cível e como Interessado 1, Estado do Rio de Janeiro, e, como Interessado 2, Associação Brasileira de *Shopping Centers* – ABRASCE.

Acordam os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em julgar prejudicada a presente Arguição de Inconstitucionalidade, devolvendo-se os autos à Eg. 4ª Câmara Cível deste Eg. Tribunal de Justiça.

Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade formulada pela Egrégia Quarta Câmara Cível desta Corte, tendo por objeto a Lei Estadual nº 6.878, publicada em 03/09/14 que torna obrigatória a reserva de 5% (cinco por cento) de mesas e cadeiras para idosos, pessoas com deficiência e mulheres gestantes nas praças de alimentação dos *shoppings centers* e restaurantes no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Associação Brasileira de *Shopping Centers* – ABRASCE impetrou mandado de segurança preventivo objetivando a concessão da ordem para que a Lei Estadual nº 6.878/2014 não seja oponível aos seus associados, determinando-se à autoridade coatora que se abstenha do exercício do poder de polícia derivado da referida lei estadual (eJUD 2/33).

Ordem concedida para determinar que a autoridade coatora se abstenha de praticar o exercício de poder de polícia derivado da Lei Estadual nº 6.878/14 em relação aos *shoppings* associados da impetrante (eJUD 216/219).

Estado do Rio de Janeiro interpôs apelo visando a reforma da sentença com a negativa da segurança pretendida pelo impetrante, aduzindo, para tanto, a inadequação da via eleita e a inexistência de vícios de constitucionalidade da Lei nº 6.878/14 (eJUD 234/237).

Verificando indícios de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 6.878/14, de acordo com o art. 949, II do CPC/2015, proferiu a 4ª Câmara Cível Acórdão para suspender o julgamento do recurso de apelação cível nº 0252976-70.2015.8.19.0001, suscitando-se o presente incidente de inconstitucionalidade (eJUD 314/319).

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça opinando, preliminarmente, pelo não conhecimento do incidente, com base no art. 949, parágrafo único, do Novo CPC; e caso assim não se entenda, no mérito, pela rejeição da arguição, com o subsequente retorno dos autos ao órgão de origem, para o julgamento da Apelação Cível, partindo-se da premissa da constitucionalidade da Lei Estadual nº 6.878/2014 (eJUD 344/350).

É o relatório.

Voto

Com a presente arguição, suscitada em 20/04/16, busca-se analisar a compatibilidade, com a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, da Lei Estadual nº 6.878/2014 que torna obrigatória a reserva de cinco por cento de mesas e cadeiras para idosos, pessoas com deficiência e mulheres gestantes nas praças de alimentação dos *shoppings centers* e restaurantes no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, como se vê *in verbis*:

LEI Nº 6.878 DE 02 DE SETEMBRO DE 2014. TORNA OBRIGATÓRIA A RESERVA DE CINCO POR CENTO DE MESAS E CADEIRAS PARA IDOSOS, PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E MULHERES GESTANTES

NAS PRAÇAS DE ALIMENTAÇÃO DOS *SHOPPINGS CENTERS* E RESTAURANTES NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: Faço saber que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Os *shoppings centers* e restaurantes, estabelecidos no Estado do Rio de Janeiro, mantidos pela iniciativa pública ou privada, deverão destinar, no mínimo, cinco por cento de seus lugares para uso preferencial de pessoas com deficiência, idosos e gestantes.

Parágrafo Único - Os lugares reservados para o cumprimento ao disposto nesta Lei deverão ser identificados por avisos ou por alguma característica que os diferencie dos assentos destinados ao público em geral.

Art. 2º - Os estabelecimentos alcançados pela presente Lei deverão, de igual forma, adaptar-se para o acesso e uso por pessoas com deficiência.

§1º A adaptação referida no *caput* consubstancia-se na instalação de rampas ou de elevadores, de portas cuja largura comporte a passagem de cadeiras de rodas, e de aparelhos sanitários apropriados para o uso de pessoas com deficiência.

§2º Estão desobrigados do cumprimento da presente Lei, total ou parcialmente, aqueles estabelecimentos que apresentarem laudo técnico firmado por profissional habilitado, comprovando a impossibilidade de adaptar-se para os fins previstos nesta Lei.

§3º No caso previsto no parágrafo anterior, caberá ao Poder Executivo Estadual, através do órgão competente, verificar a veracidade das informações contidas no laudo técnico.

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, em 02 de setembro de 2014.

LUIZ FERNANDO DE SOUZA
Governador

Cedição que, nos termos do parágrafo único do art. 949 do CPC/2015 (reprodução do antigo 481, parágrafo único do CPC/1973) a arguição de inconstitucionalidade não deverá ser submetida ao Órgão Especial nos casos em que já houver pronunciamento deste ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão objeto de análise.

Ocorre que este Colendo Órgão, recentemente, se pronunciou acerca da Lei Estadual nº 6.878/2014.

Com efeito, em 02/05/06, no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 0030784-33.2015.8.19.0000, de Relatoria do ilustre Desembargador JESSÉ TORRES, este Órgão Especial, por unanimidade de votos, julgou improcedente a Representação de Inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 6.878, de 03 de setembro de 2014, como se observa pela ementa abaixo:

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. Lei de iniciativa do Legislativo estadual, que disciplinou a obrigatoriedade de reserva de 5% de mesas e cadeiras para idosos, pessoas com deficiência e gestantes, em praças de alimentação de *shoppings centers* e restaurantes, no Estado do Rio de Janeiro. Preliminares de ilegitimidade ativa e de inépcia da inicial que se rejeitam. Vício formal não configurado: norma que não confronta com as regras de distribuição de competências (CF/88, artigos 23, II, 24, XIV e 230 e CE/89, artigos 49 e 74, XIV), não se havendo de cogitar de usurpação da competência (CE/89, art. 112, § 1º, II, “d”). Vício material inexistente: ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não demonstrada; ao contrário, a norma confere equânime proteção ao idoso, à gestante e aos portadores de deficiência. Improcedência do pleito declaratório de inconstitucionalidade. (DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

0030784- 33.2015.8.19.0000 - DES. JESSÉ-TORRES - Julgamento: 02/05/2016 - ÓRGÃO ESPECIAL)

Logo, considerando a efetivação do exame da constitucionalidade da Lei nº 6.878/14 pela supramencionada Direta de Inconstitucionalidade, verifica-se a perda superveniente do interesse processual do presente incidente de inconstitucionalidade.

Neste sentido, julgados deste Órgão Especial:

Arguição de Inconstitucionalidade. Lei nº 4.151 de 2003. Reserva de cotas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Arguição de Inconstitucionalidade anterior, com idêntico conteúdo, em que por unanimidade de votos julgou-se prejudicado o incidente por perda do objeto, em razão da superveniente revogação da norma impugnada. O artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, por influxo da economia processual, determina que os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao Órgão Especial, a Arguição de Inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário, do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Em julgados recentes, o Egrégio Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, para ingresso em curso superior, especialmente em estabelecimento de ensinos públicos, inclusive quanto a garantir às universidades a autonomia didático-científica para deliberar sobre os critérios de seleção e admissão de estudantes, com esteio no artigo 207 da CRFB/88, conforme notícias veiculadas nos Informativos 663 e 665, de abril e maio/2012. Ademais, proferida sentença de mérito, a questão prejudicial aventada em sede de Agravo de Instrumento resta prejudicada, especialmente diante do trânsito em julgado do acórdão há mais de cinco

anos e o arquivamento definitivo do processo originário. Incidente prejudicado por perda superveniente do interesse processual. Precedentes deste Egrégio Órgão Especial e do STF. Arguição prejudicada. (ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 0021370-60.2005.8.19.0000 (2005.017.00029) - DES. MARIO ROBERT MANNHEIMER - Julgamento: 12/08/2013 - ÓRGÃO ESPECIAL)

ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1º F, DA LEI Nº 9.494/97, COM NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. INCONSTITUCIONALIDADE, POR ARRASTAMENTO, RECENTEMENTE DECLARADA PELO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERDA DO OBJETO. EFICÁCIA *ERGA OMNES* E EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO DA SUPREMA CORTE. INCIDENTE PREJUDICADO. EXTINÇÃO SEM EXAME DO MÉRITO. RETORNO DOS AUTOS À EGRÉGIA 13ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. (ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 0099102-41.2010.8.19.0001 - DES. LUIZ ZVEITER - Julgamento: 22/07/2013 - ÓRGÃO ESPECIAL)

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.258/2005 DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS, QUE VERSA SOBRE REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. RPV ESTIPULADO EM 02 SALÁRIOS-MÍNIMOS. SUSCITAÇÃO PELA 4ª CÂMARA CÍVEL DO TJRJ. ANTERIOR EXAME DE INCIDENTE COM IDÊNTICO CONTEÚDO, PROVOCADO PELA 1ª CÂMARA CÍVEL DO TJRJ, RESULTANDO, POR MAIORIA DE VOTOS, RECONHECIDA A REJEIÇÃO DA ARGUIÇÃO. PERDA DE OBJETO DO PRESENTE INCIDENTE, RESTANDO PREJUDICADO, POR CESSAÇÃO SUPERVENIENTE DO

INTERESSE PROCESSUAL, O RESPECTIVO EXAME. NÃO CONHECIMENTO DA REFERIDA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. (ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 0035413-60.2009.8.19.0000 (2009.017.00037) - DES. LUIZ FERNANDO DE CARVALHO - Julgamento: 05/04/2010 - ÓRGÃO ESPECIAL)

Desta feita, diante dos argumentos encimados, impõe-se a extinção do feito sem resolução do mérito, porquanto já declarada a constitucionalidade da lei estadual objeto da presente Arguição de Inconstitucionalidade.

Por tais fundamentos, julgo extinto o feito, sem exame de mérito, na forma do art. 485, VI do novo Código de Processo Civil, determinando-se o retorno dos autos à 4ª Câmara Cível para apreciação do apelo.

Rio de Janeiro, 05 de setembro de 2016.

DES. ELISABETE FILIZZOLA
Relatora

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. MUNICÍPIO DE MACAÉ. FINANCIAMENTO AO PROGRAMA PRÓ-TRATAMENTO DO CÂNCER. CONTRAPARTIDA SOCIAL. TRIBUTOS MUNICIPAIS NÃO PREVISTO NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. NÃO É TARIFA OU PREÇO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA ANTERIORIDADE.

Direito Constitucional e Tributário. Representação de Inconstitucionalidade ajuizada em face da Lei nº 4.054/2014 do Município de Macaé, que institui contrapartida social para financiar a implementação e manutenção do Programa Pró-tratamento do Câncer do Município de Macaé. Violação

aos arts. 5º, LIV, 30, III, 145, 146, III, “a”, 149 e 150, III, “b” e “c”, todos da Constituição da República, e arts. 9º, *caput*, 16, 25, 194, 196, III, “b” e “c”, 343 e 358, III, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

“[...] A lei impugnada, de toda a forma, viola o art. 194 da CE/RJ – seja porque inova na criação de espécie tributária estranha às hipóteses previstas em lei, seja porque, ainda que mantivesse remota relação com a espécie de contribuição especial, a instituição de tal tributo é de competência exclusiva da União.

Quanto à alegação da inexistência da regulamentação da forma de arrecadação do tributo, tal fato não impede a declaração de inconstitucionalidade da norma. Ocorre que a Lei nº 4.054/2014, do Município de Macaé, está plenamente em vigor. Por tal razão, o Poder Executivo poderia, a qualquer momento, editar norma regulamentadora, dispondo sobre o tema.

Verifica-se, ainda, a inconstitucionalidade do tributo, por violação ao princípio da proporcionalidade, previsto no art. 9º da CE/RJ c/c art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88” (Parecer ministerial, f. 147, da lavra da eminente Promotora de Justiça JOANA FERNANDES MACHADO, Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível).

Procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da lei objeto da presente ação, com eficácia *ex tunc* e efeitos *erga omnes*, nos termos do parecer ministerial.

Acordam os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em julgar procedente a ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0023797-78.2015.8.19.0000, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.054, de 17 de junho de 2014, do Município de Macaé, com eficácia *ex tunc* e efeitos *erga omnes*, nos termos do voto do Relator.

Representação de Inconstitucionalida-

de ajuizada em face da Lei nº 4.054, de 17 de junho de 2014, do Município de Macaé, que institui contrapartida social para financiar a implementação e manutenção do Programa Pró-tratamento do Câncer do Município de Macaé.

Alega o representante, em suma, a violação aos arts. 5º, LIV, 30, III, 145, 146, III, “a”, 149 e 150, III, “b” e “c”, todos da Constituição da República, e arts. 9º, *caput*, 16, 25, 194, 196, III, “b” e “c”, 343 e 358, III, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro; lei que apresenta características definidoras de tributo, em especial a sua compulsoriedade, inovando na criação de espécie tributária estranha às hipóteses previstas em lei; não se configura a contraprestação social em preço público.

Aduz que há nítida ofensa aos princípios da legalidade, da proporcionalidade, da contratação da proposta mais vantajosa por parte da administração pública e do princípio da anterioridade.

Informações prestadas pela Câmara Municipal, destacando que a legislação em comento não está relacionada à matéria tributária, pois tem conteúdo contraprestacional inerente à atividade administrativa do respectivo ente; não fora criado fato gerador de tributos, mas preço público, com natureza estritamente contratual, não tratando de matéria concernente a direitos fundamentais do cidadão.

Manifestação da Procuradoria Geral do Município, em que opina pela não criação do tributo, por sua inconstitucionalidade, entendendo que a contrapartida social poderia se enquadrar na espécie tributária de Contribuições Especiais, porém a sua instituição seria da competência privativa da União.

Informações prestadas pelo Senhor Prefeito, em que requer, preliminarmente, a retificação do polo passivo da demanda, para que

faça constar o nome do Município de Macaé; o reconhecimento e aplicação da teoria da encampação.

No mérito, sustenta que não houve qualquer movimento relativo à cobrança das empresas que mantém relação contratual com o Município; apesar de já fazer parte do arcabouço jurídico municipal, a norma em questão ainda não produziu seus efeitos, por se tratar de norma de eficácia limitada, dependente de regulamentação para a sua aplicabilidade plena; o objetivo da lei foi trazer recursos próprios para a municipalidade, com o fim de realizar os tratamentos oncológicos no Município, vez que os municípios têm de se dirigir a municípios distantes para realizar o tratamento.

Por fim, juntou aos autos cópia do processo legislativo às fls. 104/127, e do parecer da Contadoria do Município quanto à inexistência de arrecadação decorrente dos contratos a que se refere a Lei (f. 128/130).

Manifestação da Procuradoria Geral do Estado, no sentido da inconstitucionalidade apontada na inicial, em razão da criação, por lei municipal, de tributo inexistente no ordenamento jurídico.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça pela procedência do pedido.

Voto

Ação conhecida, uma vez presentes os requisitos para a sua admissibilidade.

Debate-se sobre a natureza jurídica das contrapartidas sociais objeto da Lei municipal em apreciação e, por conseguinte, sobre a constitucionalidade desta, tendo em vista estar-se diante da criação de novo tributo municipal, não previsto no ordenamento constitucional.

Rejeita-se a preliminar de retificação do polo passivo da demanda, pois, como acentua do pelo *Parquet*, em seu parecer a f. 143, nesta modalidade de ação, de natureza abstrata e objetiva, não há que se falar em “polos”, sendo os órgãos e autoridades intimados para prestarem informações, nos termos previstos no art. 106, IV, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Rejeita-se ainda a alegação de aplicabilidade da teoria da encampação no caso concreto, pois, no caso, não existe a presença de qualquer autoridade coatora, a violar direito líquido e certo individual e/ou coletivo em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentido:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.458 - DF (2015/0129403-5) - Decisão - MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES – Relatora – julgamento: 03/08/2015. [...] Sobre a teoria da encampação, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança quando preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (a) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (b) manifestação a respeito do mérito, nas informações prestadas; (c) ausência de indevida modificação ampliativa de competência jurisdicional absoluta.

Por fim, este Julgador suscita, como preliminar, o fato de que a douta Procuradoria Geral do Estado não defendeu o ato impugnado, como seria de regra.

A respeito da matéria, convém observar que consta do §3º do art. 103 da Constituição da República que: Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará,

previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Sobre o dispositivo em questão, ensina UADI LAMMÊGO BULOS:

Cumpra ao Advogado-Geral da União defender a norma, federal, distrital ou estadual, impugnada em ação direta de inconstitucionalidade. Sua tarefa é de natureza exclusivamente defensiva, pois a Carta de 1988 o impediu de se manifestar contrariamente à norma jurídica que se busca impugnar. Por isso, seus posicionamentos sempre devem ser no sentido de velar pela preservação da constitucionalidade dos atos normativos. Não poderá posicionar-se em desfavor da lei cuja constitucionalidade foi postulada pelo autor da ação direta, pois o múnus indisponível que a Constituição lhe reservou impede-o de admitir a invalidade da norma impugnada. Isso porque o Advogado-Geral da União é o curador da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos (Curso de Direito Constitucional, 3ª ed., 2009, p. 200).

Tal entendimento há de ser aplicado ao caso da Procuradoria Geral do Estado.

Em relação ao mérito, filia-se este Relator aos termos do douto parecer ministerial de f. 143/149, de lavra da eminente Promotora de Justiça JOANA FERNANDES MACHADO, Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível, conforme o permissivo constante do § 4º do art. 92 do Regimento Interno desta Egrégia Corte de Justiça.

Para tanto, extrai-se do parecer o seguinte trecho, que bem elucida a questão posta em julgamento, no sentido de ser declarada inconstitucional a lei objeto da presente ação:

[...] a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em petição de f. 137/142, anuiu expressamente às alegações de inconstitucio-

nalidade apontadas na petição inicial, por conta da criação, mediante lei municipal, de tributo inexistente no rol taxativo da Constituição da República e da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Além disso, aponta a Procuradoria do Estado que a “contrapartida social”, no limite, poderia ser entendida como imposto municipal, mas nesse caso haveria violação ao art. 200 da CE/RJ e ao art. 156 da CRFB/88, por inexistir a expressa previsão da competência do ente municipal em instituir imposto diverso do previsto em rol taxativo constitucional.

A Lei nº 4.054, de 17 de junho de 2014, do Município de Macaé, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, institui “contrapartida social” de natureza obrigatória, a ser suportada pelo particular que celebrar contrato administrativo com o Poder Público, no importe de 2% (dois por cento) sobre o faturamento bruto do contrato. Há, ainda, expressa vinculação dos recursos obtidos pelo pagamento da “contrapartida” para manutenção de programa de saúde do Município de Macaé.

Não resta a menor dúvida acerca da natureza jurídica da chamada “contrapartida social” instituída pela legislação municipal. O art. 3º do CTN define tributo da seguinte forma:

“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

No caso da legislação municipal ora analisada, estão presentes as características definidoras do tributo, em especial a sua compulsoriedade. A Lei nº 4.054/2014 é clara ao afirmar que a contrapartida é de natureza obrigatória, em seu art. 1º, *caput*.

Assim, diferente do que alegado pela Câmara Municipal de Macaé, em suas informações de f. 35/46, não se configura a “contraprestação social” em preço público. Cabe relembrar que a tarifa (ou preço público) con-

siste em pagamento devido por efetiva utilização de serviço.

Porém, não se vislumbra, na hipótese, qual serviço estaria a ser remunerado, pois o fato gerador da “contrapartida” instituída pela legislação municipal consiste na celebração de contrato entre o particular e o Poder Público. Cumpre lembrar que, nos contratos administrativos, existe um ajuste para a estipulação de obrigações recíprocas, não se assemelhando à hipótese de prestação de serviço público.

O parecer de f. 55/58 elaborado no processo legislativo do Projeto de Lei nº E-012/2014, que deu origem à legislação ora impugnada, explicita a questão, nos seguintes termos:

“[...] no caso em tela, não há qualquer prestação do Poder Público para que haja uma contraprestação do fornecedor, isso porque o lucro do empresário não se constitui um benefício em sentido estrito, mas uma obrigação do Poder Público pelo serviço prestado”.

Igualmente a Procuradoria-Geral do Município de Macaé exarou parecer (f. 85/92), opinando pela não criação do tributo, por sua manifesta inconstitucionalidade, entendendo que a “contrapartida social” poderia se enquadrar na espécie tributária de Contribuições Especiais, porém a sua instituição seria de competência privativa da União.

Por oportuno, destaque-se a existência de acórdão do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida, entendendo pela inconstitucionalidade de contribuição para finalidade específica de custeio de saúde, caso semelhante ao ora analisado. O acórdão foi assim ementado: CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA, HOSPITALAR, ODONTOLÓGICA E FARMACEÚTICA. ART. 85 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 62/2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. COMPULSORIEDADE. DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS. ROL TAXATIVO. IN-

COMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO. INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. I - É nítida a natureza tributária da contribuição instituída pelo art. 85 da Lei Complementar nº 64/2002, do Estado de Minas Gerais, haja vista a compulsoriedade de sua cobrança. II - O art. 149, *caput*, da Constituição atribui à União a competência exclusiva para a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas. Essa regra contempla duas exceções, contidas no arts. 149, § 1º, e 149-A da Constituição. À exceção desses dois casos, aos Estados membros não foi atribuída competência para a instituição de contribuição, seja qual for a sua finalidade. III - A competência, privativa ou concorrente, para legislar sobre determinada matéria não implica automaticamente a competência para a instituição de tributos. Os entes federativos somente podem instituir os impostos e as contribuições que lhes foram expressamente outorgados pela Constituição. IV - Os Estados membros podem instituir apenas contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores.

A expressão “regime previdenciário” não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos. (RE 573540, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2010, DJe-105 Divulg 10/06/2010 Public 11/06/2010 Ement Vol-02405-04 PP-00866 RTJ Vol-00217- PP-00568 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 175-184).

Além disso, tal norma cria regras gerais em matéria tributária, considerando que caracteriza o administrado, na qualidade de contratante com a administração pública, como sujeito passivo de tributo, além de definir alíquota e fato gerador, matéria reservada à disciplina de lei complementar.

Portanto, a lei impugnada, de toda a forma, viola o art. 194 da CE/RJ – seja porque

inova na criação de espécie tributária estranha às hipóteses previstas em lei, seja porque, ainda que mantivesse remota relação com a espécie de contribuição especial, a instituição de tal tributo é de competência exclusiva da União.

Quanto à alegação da inexistência da regulamentação da forma de arrecadação do tributo, tal fato não impede a declaração de inconstitucionalidade da norma. Ocorre que a Lei nº 4.054/2014, do Município de Macaé, está plenamente em vigor. Por tal razão, o Poder Executivo poderia, a qualquer momento, editar norma regulamentadora, dispondo sobre o tema.

Verifica-se, ainda, a inconstitucionalidade do tributo, por violação ao princípio da proporcionalidade, previsto no art. 9º da CE/RJ c/c art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88.

Quanto ao elemento da adequação, a instituição de tributo sobre os contratos administrativos gera uma indevida restrição ao princípio da contratação da proposta mais vantajosa por parte da administração pública. Tal princípio do procedimento licitatório, previsto no art. 3º, § 1º, I, da Lei Federal nº 8.666/93, consubstancia o princípio constitucional da eficiência administrativa, previsto no art. 37, caput, da CRFB/88, bem como do interesse coletivo previsto no art. 77, *caput*, c/c inciso XXV da CE/RJ.

Por outro turno, o Município de Macaé dispõe de amplos instrumentos de arrecadação, inclusive os tributos municipais constitucionalmente estipulados, além dos repasses obrigatórios de outras esferas federativas, com destinação exclusiva à saúde. Não se vislumbra, assim, a necessidade de criação de nova figura tributária.

No mais, a proporcionalidade em sentido estrito resta violada, pois os custos que serão suportados por toda a coletividade, decorrente da maior onerosidade dos contratos administrativos, supera os benefícios específicos pre-

tendidos pela norma.

Por fim, as informações prestadas pelo Poder Executivo municipal, acerca da inexistência da cobrança do tributo, em tese, não tornam insubsistente a arguição de violação ao princípio da anterioridade tributária, pois, verifica-se que a o tributo instituído é de incidência imediata, sobretudo de acordo com o que dispõe o seu art. 2º, §2º:

“Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, é vedada a amortização, inclusão ou compensação da contrapartida instituída no art. 1º nos custos ou na forma de prestação do objeto do contrato administrativo firmado. (...) §2º. A Procuradoria Geral de Licitações, Convênios e Contratos providenciará os meios jurídicos necessários para a imediata aplicação da contrapartida social em comento para os contratos administrativos de prestação de serviço de natureza contínua atualmente em vigor”.

Portanto, como na presente ação, o controle é abstrato e a análise da constitucionalidade da norma é objetiva e não subjetiva, na medida em que a lei não observou os prazos para a incidência do tributo, afigura-se inequívoca a violação ao princípio da anterioridade tributária, expresso no art. 196, inciso III, alíneas “b” e “c” da CE/RJ (f. 144/149).

Assim, com fundamento no parecer ministerial, há de ser acolhido o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei objeto da presente ação.

Ante o exposto, o voto é no sentido de julgar procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.054, de 17 de junho de 2014, do Município de Macaé, com eficácia *ex tunc* e efeitos *erga omnes*.

Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2016.

DES. NAGIB SLAIBI
Relator

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. COPA DO BRASIL. AUMENTO DO PREÇO DOS INGRESSOS. LEI DA OFERTA E DA PROCURA. JUSTA CAUSA. ABUSIVIDADE AFASTADA.

Administrativo. Consumidor. Espetáculo de futebol. Majoração excessiva do preço do ingresso para jogo decisivo da Copa do Brasil. Ação civil pública em que se questiona o aumento do preço dos ingressos da final da Copa do Brasil de 2013.

Rejeita-se a preliminar de inépcia da inicial, pois atendidos os requisitos legais, permitindo o exercício do direito de defesa.

Rejeita-se a preliminar de defeito na representação do autor por ser dotado de personalidade jurídica, com autonomia para nomear advogado.

Rejeita-se a preliminar de falta de interesse processual, pois se o autor afirma dano à coletividade em razão do aumento imposto pelos réus, isso basta para viabilizar a ação coletiva.

A livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica constituem fundamentos da ordem econômica que deve se compatibilizar com os direitos do consumidor.

O mercado se autorregula pela lei da oferta e da procura e o Código de Defesa do Consumidor autoriza o aumento do preço de produtos e serviços se presente a justa causa.

Essa exatamente a hipótese dos autos, em que o incremento no preço decorreu da maior procura pelos ingressos por se tratar de final de campeonato nacional.

O controle de preço é pertinente nos casos em que o produto se reveste de alguma essencialidade, considerando o risco de prejuízo ao mercado consumerista, e na hipótese dos autos a razoabilidade do aumento se justifica até pela venda de todos os ingressos, a demonstrar a existência de mercado disposto a adquiri-los e a afastar a alegação de abusividade.

Não cabe interferir na discricionariedade do empreendedor quanto à precificação dos ingressos justamente no momento em que pode obter algum lucro e assim equacionar suas dívidas e se fortalecer, o que importa em garantir diversão a enorme parcela da população tão carente de entretenimento, e por ser o futebol uma reconhecida paixão nacional.

Entendimento em sentido contrário acabaria por prejudicar a própria coletividade de torcedores, o público alvo que a Autora pretende proteger, mas que, como revelam os fatos, não se incomodou com o substancial aumento do preço dos ingressos.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0393233-19.2013.8.19.0001, originários da 1ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, em que figuram como Apelante Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro - PROCON - RJ e Apelados Clube de Regatas do Flamengo e Confederação Brasileira de Futebol.

Acordam os Desembargadores da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro - PROCON - RJ move ação civil pública contra Clube de Regatas do Flamengo e Confederação Brasileira de Futebol porque o 1º réu com a anuência da 2ª ré majorou de maneira abusiva o preço dos ingressos do jogo final da Copa do Brasil disputada no Estádio Jornalista Mário Filho (Maracanã) em 2013. O comportamento dos réus causou danos materiais e morais aos torcedores cujas reparações postula, além da limitação do aumento dos ingressos.

Contestação do 1º réu com preliminares de inépcia da inicial, defeito de representação da autora e falta de interesse processual. Afirma a legalidade da conduta baseada na livre iniciativa e nega os danos.

Decretada a revelia da 2ª ré a f. 386 (pasta 403).

A sentença de f. 455/466 (pasta 481), integrada a f. 473 (pasta 499), julgou improcedentes os pedidos.

Na apelação de f. 475/487 (pasta 501), a autora reitera a abusividade do aumento dos ingressos a justificar a intervenção estatal, motivo por que requer a reforma da sentença para julgar procedente os pedidos.

Contrarrazões do 1º réu a f. 490/516 (pasta 516) pelo desprovimento do recurso.

O Ministério Público opinou pela confirmação da sentença.

Voto

Ação civil pública em que se questiona o aumento do preço de ingressos de partida de futebol.

Rejeita-se a preliminar de inépcia da inicial renovada nas contrarrazões, pois atendidos os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época do ajuizamento da demanda, sendo perfeitamente identificáveis a causa de pedir e o pedido, permitindo o pleno exercício do direito de defesa. A causa de pedir imputa de maneira clara os danos decorrentes do aumento do preço dos ingressos pelo 1º Apelado em suposta afronta às normas consumeristas, delimitando assim a defesa e o âmbito do julgamento.

Rejeita-se a preliminar de defeito na representação, pois considerando a autonomia administrativa da apelante sua representação judicial não cabe privativamente à ilustrada Procuradoria-Geral do Estado, como inclusive dispõe o artigo 2º da Lei Complementar nº 15/80, Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Rejeita-se a preliminar de falta de interesse processual. Considerando que a análise das condições da ação se faz no plano abstrato, se o Apelante afirma dano à coletividade em razão do aumento imposto pelos Apelados, isso basta para viabilizar a ação civil pública.

No mérito, a controvérsia se limita à legalidade do comportamento dos apelados de majorarem o preço dos ingressos da partida final da Copa do Brasil de futebol em 2013.

A livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica constituem fundamentos da ordem econômica que, entre outros, deve se compatibilizar com o princípio da defesa do consumidor nos termos do artigo 170 da Constituição da República.

O mercado se autorregula pela lei da oferta e da procura, ou seja, a predisposição de consumidores adquirirem bens e serviços em certo período em razão de quantidade e preço, e o artigo 39, X, do Código de Defesa do Consumidor autoriza o aumento do preço de produtos e serviços se presente a justa causa.

Essa é exatamente a hipótese dos autos em que o incremento no preço decorreu da maior procura pelos ingressos (pouco mais de 68 mil) por se tratar de final de campeonato nacional.

O controle de preço se justifica nos casos em que o produto se reveste de alguma essencialidade, considerando o risco de pre-

juízo ao mercado consumerista. O cuidado do julgador nesta hipótese observa fundamentalmente o grau de necessidade do produto, e no caso dos autos, embora a majoração do preço do ingresso extrapole o padrão de preço aferido regularmente, não se caracteriza ilícito a ensejar intervenção do poder público ou do Judiciário.

A razoabilidade do aumento, conforme destaca a sentença, fica ainda mais evidente pelo fato de todos os ingressos terem sido vendidos, o que demonstra a existência de mercado disposto a adquiri-los, “logo, uma demanda a qual a precificação da oferta foi ajustada”.

Note-se que o clube de futebol assume todos os ônus da atividade e experimenta os eventuais prejuízos da carência de público em jogos de menor interesse junto aos espectadores. Aliás, várias são as fontes de prejuízos dos clubes cariocas e diversos são fundamentos capazes de justificar o aumento dos ingressos.

Com efeito, constitui fato notório a situação de penúria dos clubes de futebol especialmente os do Estado do Rio de Janeiro, obrigados a pagar a maior taxa federativa do país para disputarem campeonatos muitas vezes deficitários, além de sofrerem com a falta de estrutura por conta de burocracias desarrazoadas e interesses menores, como as inúmeras gratuidades e incontáveis participações de terceiros na arrecadação do evento, os quais não têm o menor vínculo com o espetáculo ou mesmo com a atividade esportiva.

Assim, não se justifica interferir na discricionariedade do empreendedor quanto à precificação dos ingressos justamente no momento em que pode obter algum lucro significativo para equacionar suas dívidas e se fortalecer – o que importa em garantir o “circo”

a enorme parcela da população, tão carente de entretenimento, certo se tratar o futebol de reconhecida paixão nacional.

Entendimento em sentido contrário acabaria por prejudicar a própria coletividade de torcedores, o público alvo que a Apelante pretende proteger, mas que, como revelam os fatos, não se incomodou com o elevado aumento do preço dos ingressos.

Nestes termos, nega-se provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 26 de julho de 2016.

DES. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA
Relator

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PODER EXECUTIVO. CONDIÇÕES INSALUBRES, PENITENCIÁRIA. SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO ESTADO.

Apelação Cível. Ação Civil Pública e Ação Cautelar. Condições insalubres na estrutura física da Penitenciária Talavera Bruce. Dedução pelo Ministério Público de obrigação de fazer. A forma como o Estado vai garantir o direito à segurança pública deve ser definida considerando as condições políticas, sociais e econômicas, cuja formulação é de competência exclusiva do Poder executivo. Impossibilidade de o Judiciário interferir na autonomia do Poder Executivo, o que redundaria em ofensa ao princípio da separação dos poderes, nos termos do disposto no art. 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Réu que demonstra ter adotado providências no sentido de buscar a solução para o problema. Fiscalização pelo órgão responsável que constatou

estar o presídio em condições de atender às exigências da lei de execução penal quanto à custódia de apenados. Intervenção do Judiciário que se limita a sindic a existência de ilegalidade, não lhe cabendo substituir-se ao administrador. Improcedência dos pedidos formulados na inicial da Ação Civil Pública, bem como, por ser acessória, na Ação cautelar. Sentença correta que se mantém. Desprovimento dos recursos.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em conhecer e negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Cuida-se de Apelação Cível nº 0291155-83.2009.8.19.0001 (cautelar) apensada à Apelação Cível nº 0049749-32.2010.8.19.0001 (principal), interposta contra sentença que julgou conjuntamente a ação civil pública e a ação cautelar, com pedido liminar, ajuizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Estado do Rio de Janeiro, visando, em razão da constatação das condições insalubres na estrutura física da penitenciária Talavera Bruce, à condenação do réu a implementar medidas, envolvendo reforma de estruturas, instalação de sistemas, execução de limpeza e higienização, contratação de profissionais e adoção de medidas administrativas com a finalidade de tornar regular as condições de habitação em todas as dependências da penitenciária ou, eventualmente, seja determinada a interdição parcial ou total do estabelecimento, pedidos que foram julgados improcedentes em primeiro grau de jurisdição.

O autor, em suas razões de recurso, pretende a declaração da nulidade da sentença, porque ocorreu o julgamento com análise do mérito fundamentado na impossibilidade jurídica do pedido, quando deveria ser extinto o

processo sem resolução do mérito, bem como desconsiderou o requerimento de produção de provas, violando o princípio da liberdade das partes e do livre convencimento motivado do juiz e, no mérito, sustenta que o Réu reconheceu as deficiências existentes na instituição prisional, uma vez que o relatório elaborado pelo Conselho Penitenciário constatou vários problemas nas instalações do presídio, além dos que foram apontados na petição inicial, não podendo prevalecer os relatórios produzidos pela Vara de Execuções Penais, que tinha finalidade diversa, invocando parecer do Procurador-Geral da República no RE nº 592.581/RS no sentido de que inexistente violação ao princípio da separação dos poderes e da reserva do possível quando a discussão ocorrer sobre a integridade física e moral dos presos, por tratar-se de direito fundamental, incumbido ao Estado garantir o mínimo existencial das pessoas que mantêm sob custódia.

Os recursos não merecem provimento.

De início, cumpre afastar a arguição de nulidade da r. sentença, tendo em vista que cabe ao Juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não a sua realização, inexistindo ofensa ao princípio da liberdade das partes ou do livre convencimento motivado quando o magistrado julga com base no conjunto probatório existentes nos autos, sendo desnecessária ao deslinde da demanda a prova que a parte pretendia produzir. De igual modo, não prospera a alegação preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, e isso porque a decisão encontra-se devidamente fundamentada, demonstrando-se claramente os motivos que levaram a sentenciante a julgar improcedente o pedido autoral, tendo sido cumprido o disposto no art. 93, inciso IX, da CRFB, encontrando-se bem fundamentada.

No mérito, a forma como o Estado vai

garantir o direito à segurança pública deve ser definida considerando as condições políticas, sociais e econômicas, cuja formulação é competência exclusiva do Poder Executivo, como exaltado na r. sentença.

Com efeito, o Poder Judiciário não pode interferir na autonomia do Poder Executivo, o que redundaria em ofensa ao princípio da separação dos poderes, nos termos do disposto no Art. 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que se transcreve:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”

O controle da legalidade dos atos administrativo, entretanto, pode ser sindicado pelo Poder Judiciário, desde que não incida sobre os motivos de conveniência e oportunidade, que é o chamado mérito administrativo, conforme lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, que assim opinou:

“Pode-se (...) considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradora da prática do ato discricionário. Registre-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em qualquer hipótese” (*In, Manual de Direito Administrativo*, p. 119, 22ª Ed., *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2009).

Deste modo, apenas quanto ao aspecto da legalidade do ato administrativo pode haver o controle jurisdicional do ato administrativo, mas não pode o magistrado substituir o administrador, fazendo ele próprio, diante da realidade, decidir o que convém ou não convém ao interesse coletivo.

Esta a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a respeito da matéria:

“o fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei a instituiu) reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei” (*in Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., Malheiros, SP, 2003, p. 826).

Continua o ilustre jurista:

“a discricionariedade existe, única e tão somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante mas para decidir-se de modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo” (p. 399).

Com esse mesmo entendimento, assevera HELY LOPES MEIRELLES que:

“(...) só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª edição atualizada por EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, DÉLCIO BALESTERO ALEIXO E JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO, Malheiros Editores, São Paulo, 2003, p. 116).

Observa-se na petição inicial que o autor objetiva à condenação do Réu em obrigação de fazer, sem descrever qualquer ato ilegal praticado pelo Administrador, sendo que a irresig-

nação do Ministério Público quanto ao descumprimento no disposto na Lei nº 7.210/1984 deve respeitar ao comando do seu art. 66:

“Compete ao Juiz da execução:

(...)

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;

De fato, o réu fez prova de que estava ciente dos problemas objeto de denúncia pelo autor, demonstrando inclusive que adotou diversas medidas para solucionar os problemas apresentados, tais como a execução de obras, com a finalidade de melhorar as acomodações das presas gestantes, bem como a reforma de alojamento, ampliando o número de vagas, conforme se vê nos relatórios da Vara de Execuções Penais:

F. 286 - (pasta 00280): “Reforma do alojamento “C” em andamento (para gestantes do Sistema Prisional). Foi encaminhado ofício para Engenharia da SEAP solicitando trocas das portas nas celas das grávidas, porém não iniciado. Previsão de construção de alojamento (celas) para gestantes, conforme informação da Engenharia da SEAP.

Previsão, com licitação já publicada em Diário Oficial, para a construção de Pavilhão com 78 vagas, que será construído na área externa da Unidade. (...)”

F. 287 – “Internas recebem roupas de cama e uniforme, conforme informação da Direção e comprovado pelo livro assinado pelas presas. As internas novas recebem 02 (dois) lençóis e 03 (três) cobertores. (...)”

Unidade com médica, Dra. Vânia, a qual atende duas vezes por semana, há aproximadamente um mês e meio, bem como um enfermeiro e três técnicos, estes diariamente. (...)”

Pavilhão II, no anexo, hoje com 72 internas. As celas estão muito bem organizadas e limpas.

Aulas de teatro 1 vez por semana.

Pedido do Ministério Público, em 03 de outubro, para colocação de uma campainha na porta da cela das gestantes que ficará em poder da interna Claudia Ferreira Vieira, monitora do alojamento, com o fito de atendê-las com maior rapidez.

As internas reclamaram da alimentação fornecida (sabor e qualidade). Contudo, foi verificado *in loco* pela Juíza fiscalizadora que a comida fornecida estava dentro de um bom padrão de qualidade, cabendo salientar que a alimentação das internas é a mesma das funcionárias (diretora, subdiretora e agentes).

Concluindo o relatório, a Douta Juíza de Direito Corregedora das Unidades Prisionais asseverou que:

“PELO VISTO E INSPECIONADO A PENITENCIÁRIA TALAVERA BRUCE ATENDE, COM RESTRIÇÕES ESPECÍFICAS DE PENITENCIÁRIA DESTINADA A PRESOS CONDENADOS, AOS PADRÕES INDICADOS PELA LEP À CUSTÓDIA E AO TRATAMENTO DOS INTERNOS ALI RECOLHIDOS, DEVENDO-SE OBSERVAR AS INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES REALIZADAS EM ANEXO, BOM COMO AS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS POR ESTE JUÍZO” (f. 288).

Observa-se que as obras citadas no relatório de julho de 2014 estão concluídas, como descrito em setembro de 2014 no relatório da VEP, que segue:

F. 304 (pasta 00298) da ação civil pública: “Construção concluída, na parte externa da unidade, com a inauguração do Pavilhão III contendo 2 (dois) alojamentos e capacidade para 78 (setenta e oito) vagas.

Previsão de instalação de filtros de água nas bicas do Pavilhão III, no prazo de 10 (dez) dias.

F. 305: “Pavilhão II, no anexo, hoje com

72 (setenta e duas) internas. As Celas estão muito bem organizadas e limpas.

A Juíza entrevistou as internas dos Pavilhões III “A” e “B” acerca da regularidade do atendimento da Defensoria Pública e não houve reclamação de nenhuma interna.

Implementação do “Projeto das Grávidas” – Protocolo Cegonha – Protocolo Mulher Saúde Gestante – conforme folha anexa”.

Deste modo, a inspeção realizada pela douta Magistrada com atribuição para a fiscalização das unidades prisionais concluiu que a instituição, nos meses de julho a setembro de 2014 atendia aos padrões indicados pela Lei de Execuções Penais às pessoas mantidas sob custódia da administração pública, não cabendo ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Estado, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes e do orçamento público.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da questão:

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITOS COMINATÓRIOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE - NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO - CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM DE AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS DE REALIZAÇÃO DA OBRA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 07/STJ - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL AFASTADA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS DO ECA APONTADOS COMO VIOLADOS. Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às

crianças e aos adolescentes em regime de abrigo. Na lição de HELY LOPES MEIRELLES, “só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo”. Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada. Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido “demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do Município”. No mesmo sentido, o r. Juízo de primeiro grau asseverou que “a Prefeitura já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida”.

Adotar entendimento diverso do esposado pelo Tribunal de origem, bem como pelo Juízo *a quo*, envolveria, necessariamente, reexame de provas, o que é vedado em recurso especial pelo comando da Súmula nº 07/STJ. No que toca à divergência pretoriana, melhor sorte não assiste ao recorrente, uma vez que a tese defendida no julgado paradigma não prevalece, diante do posicionamento adotado por este egrégio Superior Tribunal de Justiça. Ausência de prequestionamento dos artigos 4º, parágrafo único, alíneas “c” e “d”, 86, 87, 88, incisos I a III, 90, inciso IV, e 101, incisos II, IV, V a VII, todos da Lei nº 8.069/90. Recur-

so especial não provido” (REsp nº 208.893/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, Segunda Turma, julgado em 19/12/2003, DJ 22/03/2004, p. 263).

“DIREITO ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - LIMINAR - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DIREITOS SOCIAIS - DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CONSTRUÇÃO DE ABRIGO - INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE EFETIVAÇÃO EM URGÊNCIA. 1. Existe prequestionamento implícito quando à tese central – o deslinde da controvérsia foi objeto de debate no acórdão recorrido. Precedentes. 2. Apesar dos contornos constitucionais da matéria, está ela diretamente relacionada com a legislação federal, tanto do ponto de vista processual, quanto da perspectiva material, pois existem diplomas legais que estruturam-na no ordenamento jurídico federal. Dessa forma, a questão não versa sobre direito constitucional ou local. 3. O cerne da controvérsia cinge-se à interpretação do direito federal, tendo em vista que trata-se de determinar se é possível reformar acórdão que cassou liminar, cujo teor era estabelecer obrigação de efetivar ação administrativa, com base em lei federal, no prazo exíguo de trinta dias. 4. Existe uma transição jurisprudencial evidente nas duas Turmas da Primeira Seção, no sentido de concordar com a sindicabilidade judicial de direitos sociais em casos específicos. Precedentes. 5. Exige-se, entretanto, a observação de diversas cautelas em relação aos casos concretos que são colocados para deliberação por essa Corte Superior de Justiça, em especial, acerca das condições objetivas da controvérsia. 6. *In casu*, trata-se de pleito para reforma de acórdão que negou liminar concedida pelo juízo de origem, cujo teor se traduz em decisão eminentemente satisfativa. Em medidas extremas, há que se ponderar no sentido de identificar as suas condições objetivas, tais como: a demonstração dos meios para cumprimento imediato da política pública desejada; informação sobre o funda-

mento da omissão (político ou orçamentário); e, por fim, descrição se é uma omissão simples ou decorrente de desídia do administrador. 7. Não há nenhuma dessas condições apresentadas em prol da demonstração da existência objetiva e da necessidade imperiosa de concessão da medida urgente para o cumprimento no prazo exíguo, pelo que não é viável o restabelecimento de liminar a partir de alegação genérica. Recurso especial improvido” (REsp nº 1129695/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 22/06/2010).

Com este mesmo entendimento, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, como se vê:

“Apelação Cível. Ação Civil Pública. Problemas estruturais em presídio. Instituto Penal Cândido Mendes. Improcedência do pedido. Ausência de omissão do ente público. Administração pública que envolve a gestão de recursos limitados, sem que o Estado tenha poder de majorá-los quando necessário, estando submetido, ainda, a orçamento pré-definido, motivo porque deve, dentro de tais limites restritos, estabelecer prioridades. Prova dos autos no sentido de afastar a alegada inércia, posto que o Estado já adotou várias providências no sentido de buscar a solução para o problema. Intervenção do Judiciário que se limita a corrigir eventuais excessos, não cabendo a intervenção direta na administração pública. Invasão indevida da atribuição de outro Poder. Princípio da Separação dos Poderes. Sentença correta que se mantém. Desprovidimento do recurso” (0375961-12.2013.8.19.0001 – APELAÇÃO, DES. GILBERTO DUTRA MOREIRA - Julgamento: 01/12/2015 – Nona Câmara Cível).

“Apelação Cível. Ação Civil Pública. Criação de Câmara Técnica de Saúde. Somente é admissível o controle jurisdicional sobre os atos administrativos para aferição da legalidade.

O controle do mérito administrativo pelo juiz não deve ser admitido de forma indiscriminada, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes. Não cabe ao Poder Judiciário substituir a Administração Pública quanto ao mérito administrativo. Posição pacífica dos Tribunais Superiores. Manutenção da sentença. Recurso desprovido” (0011864-66.2008.8.19.0061 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - DES. CLAUDIO BRANDÃO - Julgamento: 03/06/2015 – Sétima Câmara Cível).

“AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO ADMINISTRATIVO. SENTENÇA DECISÃO QUE INDEFERIU A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA DETERMINAR QUE O MUNICÍPIO E A CEDAE EM UM PRAZO MÁXIMO DE 120 DIAS APRESENTEM PLANO DE PAVIMENTAÇÃO, DE MACRO E MICRODRENAGEM DE ÁGUAS PLUVIAIS, DE LIGAÇÃO DE ÁGUA DE TODAS AS VIAS DA LOCALIDADE DE JARDIM ATLÂNTICO, PREVENDO TODAS AS MEDIDAS NECESSÁRIAS, OBSERVANDO AINDA QUE OS PROJETOS DEVEM PREVER FUTURA INSTALAÇÃO DE REDE DE ESGOTO; REALIZEM IMEDIATAMENTE MEDIDAS DE CURTO E MÉDIO PRAZO PARA MELHORAR A CORRETA DRENAGEM DAS ÁGUAS PLUVIAIS, EVITANDO ALAGAMENTOS OU PELO MENOS MINORANDO AS INUNDAÇÕES NAS VIAS DA LOCALIDADE, APRESENTANDO AO JUÍZO O PLANO DE AÇÃO A SER EXECUTADO, NUM PRAZO MÁXIMO DE 15 DIAS; REALIZEM IMEDIATAMENTE MEDIDAS DE CURTO E MÉDIO PRAZO PARA MELHORAR A TRAFEGABILIDADE DAS VIAS SEM PAVIMENTAÇÃO DA LOCALIDADE, MANTENDO-AS TRANSITÁVEIS ATÉ A PAVIMENTAÇÃO OCORRER, APRESENTANDO AO JUÍZO O PLANO DE AÇÃO A SER EXECUTADO, NUM PRAZO MÁXIMO DE 15 DIAS; PROGRAMEM IMEDIA-

TAMENTE MEDIDAS DE CURTO E MÉDIO PRAZO PARA MELHORAR A TRAFEGABILIDADE DAS VIAS PAVIMENTADAS DA LOCALIDADE JARDIM ATLÂNTICO QUE NECESSITAM DE REPARO, ESPECIALMENTE A ESTRADA DE ITAIPUAÇU E A RUA UM, MANTENDO-AS TRANSITÁVEIS ATÉ A TOTAL RECUPERAÇÃO, APRESENTANDO AO JUÍZO O PLANO DE AÇÃO A SER EXECUTADO, NUM PRAZO MÁXIMO DE 15 DIAS E POR FIM, QUE SEJA INCLUÍDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA PARA AS OBRAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUE OSTENTAM NATUREZA DE ATOS DISCRICIONÁRIOS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES QUE AFASTA A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RESTRIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS E ESCASSEZ DE RECURSOS PARA ATENDER AOS CIDADÃOS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. RECURSO DESPROVIDO” (0000483- 49.2011.8.19.0031 – Ape- lação - DES. FÁBIO DUTRA - Julgamento: 31/03/2015 – Primeira Câmara Cível).

Assim, não merece prosperar as alegações recursais. Conforme asseverado na sentença ora combatida, a fiscalização realizada pela Magistrada responsável constatou que a Penitenciária Talavera Bruce atendia aos padrões indicados na Lei de Execuções Penais e, portanto, improcedentes os pedidos formulados na petição inicial da ação civil pública e, em consequência, porque acessória, improcedente a medida cautelar.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de negar provimento aos recursos.

Rio de Janeiro, 16 de março de 2016.

DES. LUIZ HENRIQUE O. MARQUES
Relator

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RODOVIÁRIA NOVO RIO. INSTALAÇÃO DE POSTO MÉDICO DE URGÊNCIA. DEVER DA CONCESSIONÁRIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Direito Administrativo. Ação civil Pública fundada na obrigação de instalar posto de atendimento médico de urgência, no Terminal Rodoviário Novo Rio. Sentença de procedência do pedido inicial. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário entre a concessionária e o poder concedente. Inteligência do § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal.

Inocorrência de cerceamento do direito de defesa. Cabível o julgamento antecipado da lide.

No mérito, verifica-se demonstrado que o regulamento interno dos terminais rodoviários e de terminais do Estado do Rio de Janeiro (CODERTE), determina ser dever da concessionária promover o serviço de atendimento médico de urgência.

Incidentes ocorridos no terminal rodoviário, sem a prestação de serviço médico de urgência adequado por ausência de posto médico caracterizada, portanto, a possibilidade de gerar danos aos consumidores.

Independência entre as instâncias cível e criminal.

Sentença de procedência do pedido inicial, que não merece reforma.

Recurso a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0313469-13.2015.8.19.0001, em que são Apelante: Consórcio Novo Rio e Apelado: Ministério Público do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores, que compõem a Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora, como segue.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de Consórcio Novo Rio, em cuja peça inicial objetiva o autor, tanto em sede de antecipação dos efeitos da tutela, quanto em sede definitiva, a condenação do réu a manter um local destinado à prestação de serviço de atendimento médico de urgência, com materiais e instrumentos adequados, bem como profissionais capacitados, nas dependências do terminal rodoviário, sob pena de multa diária a ser arbitrada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Decisão a f. 19/20 (index 000019), que defere a medida antecipatória dos efeitos da tutela.

Sentença de f. 255/260 (index 000260), que ao julgar parcialmente procedente o pedido inicial, condenou o réu a instalar e manter posto médico para atendimento de urgência, com materiais e instrumentos adequados, e profissionais capacitados, com equipe composta por médico, enfermeiro e técnico de enfermagem, nas dependências da Rodoviária Novo Rio. Sem condenação ao pagamento das verbas próprias da sucumbência.

Apela o réu a f. 261/279 (index 000266). Sustenta, em síntese, que há litisconsórcio passivo necessário com a Companhia de Desenvolvimento Rodoviário e Terminais do Estado do Rio de Janeiro – CODERTE – com quem celebrou o contrato de concessão onerosa do Terminal Rodoviário Novo Rio; que este novo encargo lhe onerará sensivelmente, ao ponto de ter o direito constitucionalmente consagrado de pleitear o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato, afetando, assim, diretamente o Poder concedente; que as normas protetivas do direito do consumidor e a lei específica destinada aos *Shoppings Centers* não se prestam a amparar a pretensão autoral; que houve cerceamento do direito de defesa, ante a ausência da possibilidade de produção de prova, no sentido de demonstrar a ausência de prejuízo para

os consumidores; que houve o arquivamento do inquérito civil, pela inexistência de crime de omissão de socorro; que inexistente norma de direito material que obrigue, a apelante, a instalar e manter um posto médico de emergência nas dependências do terminal rodoviário; que a adequação, eficiência e segurança a que aduz o referido dispositivo legal respeita aos serviços que são efetivamente prestados pelo fornecedor, e não de forma genérica e que a atividade desenvolvida nos Terminais Rodoviários não pode ser equiparada aos *shoppings centers*, razões por que requer o provimento do recurso.

Contrarrazões do Ministério Público a f. 283/296 (index 000289). Defende, em resumo, que o atendimento médico de urgência, para garantir a segurança e saúde dos usuários, é obrigação intrínseca (e legalmente imposta) à atividade desenvolvida pelo apelante; que não houve cerceamento do direito de defesa; que diante da enorme quantidade de estabelecimentos comerciais no interior da rodoviária em tela, além de quantidade de pessoas que circulam pelo local, torna aplicável, também, os ditames da Lei Estadual nº 2.830, de 1997, alterada pela Lei nº 6.617, de 2013, relativa aos *shoppings centers* e assemelhados e que se trata de terminal rodoviário pelo qual passa, diariamente, uma média de 50 mil pessoas, média esta majorada para 80 mil, em períodos de feriado, com o que prestigia o julgado.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça a f. 312/317 (index 000312), no sentido do desprovimento do recurso.

Voto

Ab initio, inobstante tenha o Novo Código de Processo Civil aplicação imediata aos processos pendentes, a teor do disposto no artigo 1.046, verifica-se que a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que é praticado, em observância do princípio

tempus regit actum, acorde ao art. 14, do mesmo diploma legal, como segue:

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.

A propósito:

REsp nº 1391261 / PR Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do Julgamento: 26/05/2015. Data da Publicação/Fonte DJe de 29/05/2015. **RDDP** vol. 150 p. 151. Ementa. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AFASTAMENTO DO JUIZ TITULAR DA CAUSA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. NULIDADE DA ARREMATACÃO. NÃO INTIMAÇÃO PESSOAL DA EXECUTADA. APLICAÇÃO DE LEI NOVA. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO. *TEMPUS REGIT ACTUM*. 1. O juiz titular pode ser substituído nas hipóteses do art. 132 do CPC, em cujo rol está incluída a expressão “afastado por qualquer outro motivo”, que admite o afastamento do magistrado em decorrência do regime de exceção ou mutirão para agilização da prestação jurisdicional. 2. No direito processual civil, vigora o princípio *tempus regit actum*, segundo o qual a lei processual nova tem aplicação imediata aos processos em curso, não podendo retroagir para alcançar atos processuais praticados antes de sua vigência. 3. O ato de arrematação consumado em momento anterior à edição da Lei nº 11.382/2006 deve ter todos os seus efeitos regidos pela lei anterior. 4. Recurso especial desprovido.

No que respeita à alegação de litisconsórcio passivo necessário, releva notar que o concessionário responde diretamente pelos danos decorrentes do exercício de sua atividade, acorde ao disposto no § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, a jurisprudência desta col. Corte Estadual, de que é exemplo a ementa a seguir transcrita:

0007359-45.2011.8.19.0055 2ª Ementa – Apelação – DES. MYRIAM MEDEIROS – Julgamento: 15/06/2016 – Quarta Câmara Cível .APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO AMBIENTAL. ARTS. 170, VI E 225 DA CF C/C 14, § 1º DA LEI Nº 6.938/81. PROLAGOS S.A. PLEITO DE INDENIZATÓRIO DEDUZIDO POR PROFISSIONAIS DA PESCA ARTESANAL AFETADOS PELO DESASTRE AMBIENTAL, OCORRIDO EM 24/01/2009, CONSISTENTE NO DESPEJO DE 1,3 MILHÃO DE LITROS DE ESGOTO *IN NATURA* NA LAGUNA DE ARARUAMA, ATINGINDO O MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO DA ALDEIA, LOCAL ONDE EXERCEM SUAS ATIVIDADES PESQUEIRAS, COM A MORTANDADE DE TONELADAS DE PEIXES DE VÁRIAS ESPÉCIES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. INFONFORMISMO DEDUZIDO PELA CONCESSIONÁRIA. PRELIMINARES REJEITADAS. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. AFIRMAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRATÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ART. 5º, LV DA CF) QUE, NO CONTEXTO, REVELA-SE INSUBSISTENTE. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE A CONCESSIONÁRIA E O PODER CONCEDENTE, O CONSORCIO SÃO JOÃO E O INEA, NA MEDIDA EM QUE RESPONDE DIRETAMENTE PELOS DANOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DE SUA ATIVIDADE (ART. 37, §6º DA CF; ART. 25 DA LEI Nº 8.987/95; ART. 14 DA LEI Nº 6.938/81). RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA, CALCADA NA TEORIA DO RISCO INTEGRAL, SENDO, POR CONSEQUENTE, DESCABIDA A ALEGAÇÃO DE EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL, BASTANDO, PARA TANTO, A OCORRÊNCIA DE RESULTADO PREJUDI-

CIAL AO HOMEM E AO AMBIENTE ADVINDA DE UMA AÇÃO OU OMISSÃO DO RESPONSÁVEL (EDCL NO RESP Nº 1.346.430-PR, DJE DE 14/02/2013). CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA A RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA PELA GESTÃO DO SISTEMA DE TRATAMENTO EM “TEMPO SECO”, O QUAL SE REVELOU CAUSADOR DE POTENCIAL RISCO AO MEIO AMBIENTE. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DO POLUIDOR PAGADOR. ENTRETANTO, EVIDENCIA-SE IMPOSITIVA A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO EM RELAÇÃO AO TERCEIRO AUTOR, PORQUANTO FIRMADA A TESE, EM RECURSO REPETITIVO, DE QUE DEVE SER COMPROVADO O EXERCÍCIO DA PESCA PROFISSIONAL PARA LEGITIMAR A PROPOSITURA DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO POR DANOS AMBIENTAIS (INFORMATIVO STJ Nº 538). REQUISITO DO QUAL O TERCEIRO AUTOR NÃO SE DESINCUMBIU, ANEXANDO AOS AUTOS REGISTRO EXPIRADO. DANO MATERIAL (LUCROS CESSANTES) E MORAL CONFIGURADO. VERBA COMPENSATÓRIA ARBITRADA EM R\$ 20 MIL REAIS QUE SE REVELA PROPORCIONAL À EXTENSÃO DO DANO (ART. 944 DO CC). JUROS MORATÓRIOS (SÚMULA Nº 54 DO STJ). RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

No tocante ao cerceamento do direito de defesa, tenho que não merece acolhida, pois a causa encontra-se madura para julgamento, mostrando-se desinfluyente a produção de outras provas, vez que em nada acrescentaria ao desate da controvérsia, haja vista tratar-se de matéria de direito.

Acresce consignar que o julgamento antecipado da lide é deferido quando se trata de matéria de fato e de direito, que não necessita da produção de outras provas, com o que sujeita-se o caso em exame à norma inserta na

parte final do inciso I, do artigo 330, do CPC, de 1973, de modo que inexistia nulidade.

A propósito, assinala THEOTONIO NEGRÃO, *in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 43ª ed, p. 448:

“Saneamento do processo. É dispensável, quando o juiz conhece diretamente do pedido. (...) Constante dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inócorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia.”

Até mesmo porque o Juízo de primeiro grau zelou pela rápida solução do conflito de interesses, ao deixar de realizar diligências inúteis ou meramente protelatórias, conforme preceitua o art. 130, do supracitado diploma legal.

No mérito, versa a lide sobre a obrigatoriedade de instalação de posto médico de urgência no Terminal Rodoviário Novo Rio.

Releva notar que o Regulamento interno dos terminais rodoviários e de terminais do Estado do Rio de Janeiro (CODERTE), no § 1º, de seu artigo 82, determina ser dever da concessionária, ora apelante, promover o serviço de atendimento médico de urgência, quando o órgão público local não prestar o serviço.

Ressalta-se que o § 1º, do artigo 61, do Decreto nº 2521, de 1998, impõe o dever de segurança na operação do terminal rodoviário em tela, como segue *in verbis*:

“Os terminais rodoviários, públicos ou privados, e os pontos de parada e de apoio deverão dispor de áreas e instalações compatíveis com seu movimento e apresentar padrões adequados de segurança, higiene e conforto.”

Acresce observar os incidentes ocorridos,

sem a prestação de serviço médico de urgência por inexistência de posto médico devidamente equipado e com profissionais qualificados, como por exemplo aconteceu com o Sr. Jefferson de Souza Silva, que passou mal e não havia médicos trabalhando na rodoviária, fato este que deu ensejo ao inquérito civil em que se baseou a presente ação coletiva, consoante o Registro de Ocorrência nº 036-04329/2012 (anexo 1, *index* 000013/000014).

Em que pese não haver caracterizado o crime de omissão de socorro, vez que o inquérito policial foi arquivado, conforme decisão do Juízo de Direito do 2º Juizado Especial Criminal (anexo 1, f. 17, *index* 000020), consignem-se, outrossim, a independência entre as responsabilidades civil e criminal, conforme o disposto no artigo 935, do Código Civil.

Releva destacar que o apelante informa que instala o serviço de atendimento de urgência, em épocas festivas, com o que se depreende que tem ciência da sua responsabilidade pela prestação desse ofício objeto da lide.

No mesmo sentido, o parecer da douta Procuradoria de Justiça a f. 312/317 (*index* 000312), ao opinar pela manutenção da sentença.

Assim, entendo não merecer reforma a sentença de procedência do pedido inicial.

Por essas razões, voto no sentido de negar-se provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2016.

DES. DENISE LEVY TREDLER
Relatora

CONFLITO DE INTERESSES. DOIS IMÓVEIS CONFINANTES. SERVIDÃO DE PASSAGEM. NECESSIDADE. SITU-

AÇÃO FÁTICA E JURÍDICA QUE DEVE SER MANTIDA.

Direito de vizinhança. Pretensão a uma alegada demarcação entre os imóveis das partes. Prédios edificadas no mesmo terreno. Antigos proprietários que atribuíram a fração ideal para cada um. Existência de uma faixa de acesso ao prédio dos fundos, criando-se uma servidão de passagem. Autor que ao adquirir o seu prédio, já conhecia a situação fática e registral. Conflitos de vizinhança que não podem servir de amparo a esta pretensão. Sentença de improcedência que se prestigia. Litigância de má-fé que se afasta. Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0013034-18.2011.8.19.020, em que é Apelante: Francisco Lúcio Meirelles dos Passos e Apelado: Alcemir Gomes de Oliveira.

Acordam Desembargadores componentes da E. 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dar parcial provimento ao recurso.

Decisão unânime.

Adota-se o relatório já lançado aos autos.

Voto

1. E assim decidem adotando como razões de decidir os fundamentos da d. sentença que na sua essência se apresenta irretocável.

2. Com efeito, cogitam os presentes autos, de um conflito de interesses, que gravita em torno de dois imóveis residenciais, confinantes, e que são de propriedade das partes em litígio;

3. O que aqui se verifica, é que existindo determinado terreno em bairro da Ilha do Go-

vernador, o mesmo fora então vendido a Pedro de Souza Bosco e Severino Satiro de Souza, nos idos de 1969, conforme notícia o título de f. 304/308;

4. Estes novos adquirentes nele erigiram nos idos de 1973, duas unidades residenciais, as quais foram designados os números 2039 e 2039 fundos, para aquele logradouro público (f.302), e posteriormente, procederam a devida averbação imobiliária nos idos de 1984 (f.301);

5. Mais adiante, em 1985, aqueles proprietários, de comum acordo, resolveram atribuir a cada unidade residencial, a fração de 50% do terreno, transformando-as em unidades autônomas, para efeito de alienação (f.297/298);

6. Só que lamentavelmente, conforme se observa da singela planta de f. 298, e isso acabou apurado pericialmente, o prédio nº 2039, inobstante a divisão igualitária das frações, teve que suportar a existência de uma servidão de passagem em prol do prédio nº 2039 fundos;

7. Aliás, o conjunto fotográfico inicialmente anexado, deixa bem claro a situação fática no local (f.18/23);

8. Algum tempo mais adiante, aqueles proprietários resolveram extinguir o condomínio então existente, de modo que o prédio nº 2039 passou a pertencer exclusivamente à pessoa de Pedro de Souza Bosco (f.14);

9. Posteriormente, o referido imóvel veio a ser vendido ao autor, ora apelante (f.14);

10. Também, algum tempo depois o outro prédio nº 2039 fundos, acabou por ser vendido em 2008, ao réu, ora apelado (f. 27);

11. Agora, o apelante, alegando que o apelado desde a aquisição de seu prédio, não

tem uma relação amigável de vizinhança com ele, veio a juízo, com esta pretensão, com o objetivo de modificar a situação fática e jurídica no que diz respeito ao imóvel do apelado;

12. O seu pleito acabou rechaçado pela r. sentença ora recorrida, que deve ser prestigiada quase na sua totalidade, salvo na parte que entende existir má-fé por parte do apelante;

13. Com efeito, tudo leva a crer que os antigos proprietários dos prédios sobre os quais se controverte, não foram felizes quando discriminaram as frações ideais do terreno, relativas a cada prédio;

14. A realidade mostra que o prédio 2039 ocupa uma parcela maior do terreno, do que o de nº 2039 fundos;

15. Também se equivocaram eles, quando se referiram a garagem embutida, algo que seria inexistente;

16. Na verdade, o que passou a existir fática e juridicamente, foi uma servidão de passagem, ainda que assim não declarado, em prol do prédio 2039 fundos, a qual se transformou em garagem dele (f. 18/20);

17. Ficou evidente desde o início, que o único acesso que possui o imóvel dos fundos, é a passagem situada à direita do prédio nº 2039 (olhando para a via pública), para onde também se debruçam 3 janelas do mesmo;

18. Registre-se na foto 4 de f. 186, a existência de um aparelho de ar refrigerado pertencente ao confinante prédio da direita;

19. Lamentavelmente, ao que tudo indica, as relações de vizinhança não são as ideais, mas o que pretende o apelante, não é possível;

20. Este conflito teria sido evitado, se os

antigos proprietários tivessem atribuído aos prédios, as suas exatas frações do terreno, ou então, expressamente, tivessem reconhecido, de forma clara, a existência de uma servidão de passagem, que o futuro titular do prédio nº 2039 deveria suportar em prol do futuro titular do prédio nº 2039 fundos;

21. Daí por que, não pode *d.m.v.*, prosperar a pretensão deduzida como bem foi proclamado na d. sentença impugnada;

22. Todavia, não se pode *d.m.v.*, reconhecer na pretensão deduzida, ato atentatório a dignidade da justiça, uma vez que a conduta descrita no art. 600 do antigo CPC, diz respeito à execução. Poder-se-ia pensar-se em litigância de má-fé, mas não a vemos presente.

23. Em sendo assim, dá-se provimento parcial ao recurso, para afastar a penalidade aplicada.

Rio de Janeiro, 27 de abril de 2016.

DES. JOSÉ CARLOS VARANDA
Relator

CONSUMIDOR. INDENIZATÓRIA. E-MAIL VIOLADO, PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET. FALHA DE SEGURANÇA EM SEUS SERVIÇOS. DANO MORAL. VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE.

Direito do Consumidor. Responsabilidade civil. Conta de e-mail violada. Acesso indevido por usuários não autorizados. Pretensão condenatória em obrigação de fazer cumulada com reparatória de danos morais. Sentença de procedência parcial dos pedidos. Apelação cível interposta pela ré, visando à reforma integral da sentença. Responsabilidade objetiva da ré. Falha na

prestação do serviço configurada. Verba compensatória reduzida para a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), adequando-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem olvidar a natureza punitivo-pedagógica da condenação. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos este recurso de Apelação Cível nº 0002984-88.2015.8.19.0207, em que figuram como Apelante *Yahoo* do Brasil *Internet* Ltda e Apelada Jacqueline Valverde Baptista da Silva e Interessado *Facebook* Serviços Online do Brasil Ltda.

Acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, para reduzir para R\$ 3.000,00 (três mil reais) a verba compensatória pelos danos morais, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Recurso de apelação cível interposto contra a r. sentença de f. 00362 (e-jud), da lavra da eminente Juiz de Direito *Alex Quaresma Ravache*, que, em ação pelo rito sumário, ajuizada por Jacqueline Valverde Baptista da Silva em face de *Yahoo* do Brasil *Internet* Ltda. e *Facebook* Serviços Online do Brasil Ltda., julgou procedente os pedidos, nos seguintes termos:

“1. RELATÓRIO - Trata-se de ação de preceito cominatório c/ requerimento de antecipação de tutela e indenizatória proposta por Jacqueline Valverde Baptista da Silva em face de *Yahoo* do Brasil *Internet* Ltda. e *Facebook* Serviços Online do Brasil Ltda., alegando possuir uma página na 2ª ré (*Facebook* Serviços Online do Brasil Ltda.) com perfil Jacqueline Valverde, vinculado ao *e-mail* valverdejack@yahoo.com criado na 1ª ré (*Yahoo* do Brasil *Internet* Ltda), tendo seu *e-mail* violado e alterada a sua senha no perfil e no *e-mail*, cancelan-

do-os e criando nova conta no 2ª ré (*Facebook* Serviços Online do Brasil Ltda.) e um novo *e-mail* no 1ª ré (*Yahoo* do Brasil *Internet* Ltda), descobrindo posteriormente que a conta e o *e-mail* cancelado estavam sendo usados enviando mensagens desagradáveis e ofensivas aos amigos e atrelados à conta cancelada. Requereu tutela antecipada para que os réus se abstenham de disponibilizar o *e-mail* valverdejack@yahoo.com e o perfil Jacqueline Valverde, cancelando definitivamente sob pena de multa. Ao final, pede a confirmação da tutela antecipada e a condenação por danos morais. Decisão (f. 35/36) deferindo a tutela antecipada para determinar que as réis se abstivessem de disponibilizar o perfil Jacqueline Valverde vinculado ao *e-mail* valverdejack@yahoo.com, no prazo de 72 horas, sob pena de multa a ser arbitrada pelo Juízo em caso de descumprimento e eventual indisponibilidade administrativa deveria ser apresentada ao Juízo. Designada audiência de conciliação. Decisão (f. 165) revogando em parte a decisão de f. 35/36 para especificar a obrigação imposta a cada ré cabendo a 1ª ré (*Yahoo* do Brasil *Internet* Ltda.) se abster a disponibilizar o *e-mail* valverdejack@yahoo.com e em relação a 2ª ré (*Facebook* Serviços Online do Brasil Ltda.) para cancelar o perfil da autora na rede social vinculado a este *e-mail*, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 a contar dessa decisão. Ata de audiência (f. 170) com acordo infrutífero. Contestação da 1ª ré (*Yahoo* do Brasil *Internet* Ltda.) (f. 173/195), instruída com documentos (f. 196/233), aduzindo não apresentar qualquer resistência ao cumprimento das ordens judiciais proferidas desde que antes seja indicado o endereço eletrônico pela autora para evitarem-se danos a terceiros, não tendo em momento algum a autora comprovado ser efetivamente a titular da conta de *e-mails* que reclama ser sua cujo endereço sequer indicou corretamente e a impossibilidade de cumprimento da liminar até que a autora esclareça qual é a conta de *e-mail* relacionada à demanda. No mérito argumenta a

ausência denexo causal em razão da culpa exclusiva da autora; inexistência de defeito no serviço prestado pela 1ª ré (*Yahoo do Brasil Internet Ltda.*). Requer a total improcedência dos pedidos autorais. Ata de audiência (f. 289/290) sem acordo. Contestação da 2ª ré (*Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.*) (f. 300/344), arguindo a preliminar de ilegitimidade passiva, alegando que *Facebook Brasil* é parte ilegítima devendo a ação ter sido manejada contra *Facebook Inc* e *Facebook Ireland Limited*, não detendo a *Facebook Brasil* controle sobre o site *Facebook*. No mérito defende o satisfatório cumprimento da liminar deferida; necessidade de juízo de valor prévio pelo poder judiciário e ordem judicial específica para exclusão de contas/ conteúdos no site *Facebook*, artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 'marco civil da internet' e Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça Pátrios; da responsabilidade do usuário pela senha cadastrada para acesso ao seu perfil na plataforma do site *Facebook*; ferramenta específica para conta *hackeada* possibilidade de recuperar e excluir uma conta *hackeada*, possibilidade de recuperar e excluir uma conta *hackeada*, além de 'baixar uma cópia de segurança' a fim de identificar o responsável pela 'invasão' da conta possibilidade da autora realizar tais procedimentos administrativamente desnecessidade de acionamento judicial; inexistência do dever legal de monitoramento e moderação de contas e conteúdos na plataforma do site *facebook*: do descabimento do pedido indenizatório excludente de responsabilidade por culpa exclusiva de terceiro (suposto *hacker* não configuração do trinômio da responsabilidade civil ausência de comprovação de dano; da necessidade de produção de prova pericial nos autos; impossibilidade de fixação de honorários e custas processuais, da necessidade de ordem judicial para remoção de conta e ou conteúdo baseado no artigo 19, *caput* e § 1º da Lei nº 12.965/2014. Decisão Saneadora (f. 345/346),

afastando as preliminares suscitadas pela 2ª ré (*Facebook Serviços Online do Brasil LTDA*), tendo sido indeferida as provas oral consubstanciada no depoimento pessoal, testemunhal, pericial e deferindo a prova documental. Petição da 2ª ré (*Facebook Serviços Online do Brasil LTDA*) (f. 347/348) informando que não possui provas a produzir. Ato Ordinatório (f. 349) certificando que não houve manifestação da autora e da 1ª ré (*Yahoo do Brasil Internet Ltda.*). É o relatório. Fundamento e decidido. 2. FUNDAMENTAÇÃO As preliminares já foram analisadas em decisão saneadora. O feito está maduro para julgamento. No mérito, inicialmente cumpre salientar que os réus são fornecedores de serviços, pois lucram indiretamente com publicidade em razão dos acessos em massa de seus usuários em suas respectivas páginas na internet. Dessa forma, incide no caso Código de Defesa do Consumidor. A ação traz cumulação de demandas, as quais devem ser analisadas separadamente. 2.1 PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DE CONTA EM FACE DE AMBOS OS RÉUS Alega a parte autora que suas contas no *facebook* e *yahoo* foram utilizadas por terceiros. A fraude em contas de correio eletrônico e de redes sociais na *internet* deriva de uma falha de segurança, gerando, portanto, um acidente de consumo. Uma vez constatada a fraude, tem o usuário o direito de exigir do fornecedor de serviços a exclusão das contas utilizadas por terceiros, visando impedir o acesso indevido às informações, dados, contatos e demais conteúdos pessoais, bem como evitar o envio de mensagens falsas que possam denegrir a honra e imagem do usuário. Trata-se de efetivação dos direitos constitucionais previstos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Dessa forma, não há qualquer dúvida de que os réus têm a obrigação de excluir as contas fraudadas que administram, conforme pretendido pela parte autora. A alegação de ausência de url específica não merece prosperar, eis que o próprio réu (*facebook*) informou o cumprimento da tutela antecipada sem tal informa-

ção (f. 284/285). 2.2 PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DO RÉU *YAHOO* No caso, a parte autora demonstrou que informou ao réu *Yahoo* sobre o acidente de consumo e pediu a exclusão de seu *e-mail*, conforme se verifica a f. 25/27. O réu, por sua vez, não demonstra que tomou providências no sentido de atender prontamente a exigência do consumidor. A conta do usuário somente foi excluída após determinação judicial, o que demonstra a falta de preocupação e cuidado do réu com seus usuários, caracterizando-se, portanto, a falha de segurança em seus serviços. Saliente-se que em caso de inércia em cancelar conta de correio eletrônica invadida por terceiro não se aplica o art. 19 do marco civil da internet. Tal dispositivo tem aplicação para conteúdos publicados pelos legítimos proprietários das contas, que possam causar danos a terceiros, pois neste caso é reservado ao Judiciário avaliar se a mensagem é ou não lesiva. Contudo, em hipóteses como a dos autos, não há dúvidas quanto à ilicitude da conduta de invadir conta de correio eletrônico alheia, devendo o provedor atender ao pedido do consumidor de forma imediata, sob pena de cometer grave falha de segurança. O dano moral decorre da violação à intimidade e privacidade da parte autora, que teve prolongada a exposição a terceiros de seu correio eletrônico, com mensagens íntimas e privadas, contatos, informações e dados pessoais, tudo em razão da inércia da ré. A investigação acerca da veracidade da identidade da titular da conta deve ser realizada pelo fornecedor de serviços. Não se pode admitir que o provedor inicialmente se omite e depois, em juízo, alegue que não tomou nenhuma providência porque o usuário não demonstrou ser efetivamente o titular da conta de *email*. Cabe à ré criar soluções para que essa comprovação seja feita de forma efetiva por seus funcionários, ou pelo próprio usuário por meio de mecanismos simples, com instruções didáticas e de fácil acesso. No caso, a ré não comprova que tenha instruído a autora a utilizar os alegados mecanismos automatizados

on-line. Pelo que dos autos consta, o que há é uma total omissão da ré, que simplesmente ignorou seu consumidor. Para arbitrar o *quantum* reparatório dos prejuízos extrapatrimoniais, deve-se compatibilizar as funções pedagógico-punitiva e compensatória, com a vedação ao enriquecimento sem causa. Assim, de um lado, o valor deve ser suficiente para desestimular a conduta praticada pelo ofensor, e de outro, deve ser o bastante para compensar o lesado sem que lhe cause ganhos desproporcionais à ofensa sofrida. Observados os critérios acima estabelecidos, bem como a capacidade econômica das partes e a gravidade da conduta no caso concreto, considero proporcional e razoável arbitrar o *quantum* em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 2.3 PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DO RÉU *FACEBOOK* A solução é diversa em relação ao réu *facebook*. Diferentemente do que ocorreu com o outro réu, parte autora não demonstra que tenha comunicado ao *facebook* a invasão ao seu perfil, de modo que não há como responsabilizá-lo pela falta de exclusão da conta. A prova da referida comunicação poderia facilmente ser produzida pelo consumidor, como fez, aliás, em relação ao primeiro réu. Com efeito, aplica-se a Súmula nº 330/TJRJ, com a seguinte redação: '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.' Não obstante, impor ao réu o ônus de provar a inexistência de comunicação é o mesmo que obrigá-lo a produzir a denominada prova diabólica, impossível de ser produzida. Superada a questão fática, importante observar que não se pode impor ao provedor a obrigação impossível de identificar invasões nas contas que administra antes de ser notificado pelos usuários que foram vítimas da invasão. Não há, portanto, inércia imputável ao réu. Ao contrário, assim que notificado, o réu excluiu o perfil (f. 284/285), conforme admitido pela própria parte

autora (f. 289).

Nesse sentido:

‘APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO. PERFIL FALSO EM *SITE* DE RELACIONAMENTO *FACEBOOK*. SENTENÇA JULGANDO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO, PARA CONDENAR A RÉ A RETIRAR OS PERFIS FALSOS, IMPROCEDENTE O PEDIDO DE DANOS MORAIS. INCONFORMISMO DO AUTOR. NÃO RESTOU DEMONSTRADA A OMISSÃO DA RÉ EM RETIRAR O CONTEÚDO LESIVO DO AR, APÓS SER REGULARMENTE NOTIFICADA PARA TANTO. PARTE AUTORA NÃO PROVOU O FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO PLEITEADO, ÔNUS QUE LHE CABIA NA FORMA DO ARTIGO 333, INCISO I, DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO na forma do Art. 557, *caput*, do CPC.’ (TJRJ, 0349538-15.2013.8.19.0001 - APELAÇÃO, SÔNIA DE FÁTIMA DIAS - Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor, julgamento: 30/07/2015) Com efeito, não havendo omissão do provedor, não há que se falar emnexo causal e, por consequência, inexistente responsabilidade civil do réu em questão. 3. Dispositivo - Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a demanda, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil para: a) Confirmar a tutela antecipada já deferida a f. 35/36 e complementada a f. 165; b) Condenar o réu *Yahoo do Brasil Internet Ltda* ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de compensação por danos morais, com incidência de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação, e correção monetária a contar desta data; c) Rejeitar o pedido de compensação por danos morais em face do réu *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda*. Nos termos do art. 21 do CPC, diante da sucumbência recíproca, o réu *Yahoo do Brasil In-*

ternet Ltda deve arcar com 50% das despesas processuais, e as demais partes devem arcar com 25% cada uma. Condeno o réu *Yahoo do Brasil Internet Ltda* ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC. Tendo em vista a sucumbência recíproca, não há condenação em honorários advocatícios às demais partes. P.R.I.”.

Adoto, na forma do permissivo regimental (art. 92, § 4º, do RITJERJ), o relatório de f. 00362 (e-jud), acima reproduzido.

Não resignada com o resultado da demanda, apelou a ré, *Yahoo do Brasil Internet Ltda.*, a f. 00373 (e-jud), requerendo a reforma integral da r. sentença.

Alega que o Juízo *a quo* partiu de premissas equivocadas e concluiu pelo acolhimento dos pedidos autorais amparando-se em fatos não comprovados nos autos, em contraposição às provas produzidas, acabando por atribuir indevidamente à apelante uma elevada e desproporcional condenação. Sustenta que a Apelante tratou de proceder a desativação da referida conta de *e-mail* no dia imediatamente seguinte ao esclarecimento prestado pela apelada. Assevera que sequer restou demonstrado nos autos ter havido o acesso de terceiro à conta de *e-mail* valverdejack@yahoo.com.br, já que os únicos documentos juntados aos autos pela Apelada dizem respeito, de acordo com o seu relato, ao acesso desautorizado do seu perfil no *Facebook*. Aduz que a partir da análise dos documentos de f. 11/23, é possível se verificar que o conteúdo mensagens eletrônicas (*e-mails*) postados no perfil da apelada no *Facebook* estaria relacionado a contas de e-mail distintas daquela administrada pela *Yahoo Brasil*. Afirma que o serviço de correio eletrônico disponibilizado pela apelante (relativo à conta de *e-mail* objeto destes autos) e a rede social administrada pelo *Facebook*, em nada se relacionam, não dependendo um

do outro para o seu perfeito. Esclarece que, tal como ocorre com a criação de uma nova conta de e-mail e sua utilização, o cancelamento de qualquer conta de e-mail “Yahoo Brasil Mail” só é possível por ato praticado pelo próprio usuário, ao seguir os passos indicados na Política de Privacidade da Yahoo Brasil, mediante *login* e senha, ou a partir de rigoroso processo feito junto à equipe de atendimento ao usuário da Yahoo Brasil, no qual antes é confirmada a titularidade do interessado para, somente então, ser adotada qualquer providência nesse sentido. Assegura que não houve defeito no serviço prestado pela apelante. Pugna pela inexistência de danos morais a serem compensados. Pleiteia a redução do *quantum* indenizatório.

Requer, pois, seja conhecido e provido o recurso de apelação, reformando-se a r. sentença, para julgar improcedentes os pedidos autorais.

Contrarrazões, a f. 00406 (-ejud), prestigiando o julgado.

O recurso é tempestivo e foi regularmente preparado. O Recorrente está devidamente representado.

É o breve relatório do essencial. Passo a decidir.

Voto

Satisfeitos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, este recurso deve ser conhecido.

Inicialmente, pontue-se que o presente recurso foi interposto com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, contra *decisum* publicado sob a sua égide.

Nesse contexto e considerando que o jul-

gamento do recurso ocorre após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, deve ser ressaltada a disposição do artigo 14 do referido diploma legal, *in verbis*:

“Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.”

Nesse sentido, a Teoria do Isolamento dos Atos Processuais preconiza que a lei processual aplicável a cada ato processual é a lei vigente ao tempo em que o ato processual é praticado (*tempus regit actum*).

Hipótese subsumida ao campo de incidência principiológico-normativo do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, vez que presentes os elementos da relação jurídica de consumo.

A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo, que surge para recompor dano (patrimonial ou extrapatrimonial) decorrente da violação de um dever jurídico originário (legal ou contratual). Destarte, para que se configure o dever de indenizar, não basta a simples existência de danos; mais do que isso, é preciso que decorram de conduta (comissiva ou omissiva) ilícita do sujeito a quem se imputa responsabilidade, sem o que não se estabelece o necessário e indispensável nexos causal. O comportamento antijurídico, portanto, deverá ser a causa eficiente, direta e imediata dos danos reclamados.

Milita em prol da autora, segundo as regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, presunção de defeito na prestação do serviço, competindo, pois, à ré, para se eximir de qualquer responsabilidade, provar a inexistência de defeito na prestação do serviço ou que o fato danoso seria atribuível exclusivamente a terceiros. É, portanto, ônus do forne-

cedor a produção inequívoca da prova liberatória. Nada obstante isso, não se desincumbiu a empresa ré do ônus que sobre si recaía.

Como bem salientou o Juízo *a quo*, “O réu, por sua vez, não demonstra que tomou providências no sentido de atender prontamente a exigência do consumidor. A conta do usuário somente foi excluída após determinação judicial, o que demonstra a falta de preocupação e cuidado do réu com seus usuários, caracterizando-se, portanto, a falha de segurança em seus serviços.

Saliente-se que em caso de inércia em cancelar conta de correio eletrônica invadida por terceiro não se aplica o art. 19 do marco civil da internet. Tal dispositivo tem aplicação para conteúdos publicados pelos legítimos proprietários das contas, que possam causar danos a terceiros, pois neste caso é reservado ao Judiciário avaliar se a mensagem é ou não lesiva. Contudo, em hipóteses como a dos autos, não há dúvidas quanto à ilicitude da conduta de invadir conta de correio eletrônico alheia, devendo o provedor atender ao pedido do consumidor de forma imediata, sob pena de cometer grave falha de segurança.”

Como observa VICENTE GRECO FILHO, “a Internet não passa de mais uma pequena faceta da criatividade do espírito humano e como tal deve ser tratada pelo direito, especialmente o penal. Evoluir, sim, mas sem querer “correr atrás”, sem se precipitar e, desde logo, afastando a errônea ideia de que a ordem jurídica desconhece ou não está apta a disciplinar o novo aspecto da realidade. E pode fazê-lo no maior número de aspectos, independentemente de qualquer modificação”. (Algumas observações sobre o direito penal e a *Internet*, in **Revista de Direito Mackenzie**, vol.1. n. 1, São Paulo, jan./jun. 2000, p.35/39).

Significa dizer que o sigilo dos dados ca-

dastrais e de conexão é protegido pelo direito à privacidade, mas tal não prevalece em face de ato ilícito cometido, pois, do contrário, permitir-se-ia que o infrator permanecesse no anonimato.

Os provedores de serviços de Internet, portanto, tem múltiplos deveres e responsabilidades, como, por exemplo, os deveres de utilizar tecnologias apropriadas, de conhecer os dados de seus usuários, de manter informações por tempo determinado, de manter em sigilo os dados dos usuários, de não monitorar, de não censurar e, sobretudo, de informar em face de ato ilícito cometido por usuário.

Restou, portanto, configurada a falha na prestação do serviço por parte da Rré ao não prestar o mesmo de forma adequada.

Violados deveres jurídicos originários, surge para a ré o dever jurídico sucessivo de recompor os danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes.

O dano moral, no entendimento deste relator – que se harmoniza com o do r. juízo *a quo*, restou delineado nos autos, afastando-se as hipóteses de mero inadimplemento contratual e de transtornos corriqueiros.

Resta, pois, a análise da verba compensatória arbitrada.

Tenho que a mesma não deve se constituir em fonte de enriquecimento indevido do lesado e, por isso, deve ser arbitrada com moderação e prudência pelo julgador. Por outro lado, não deve ser insignificante, considerando-se a situação econômica do ofensor, eis que, de igual modo, não pode constituir estímulo à manutenção de práticas que agridam e violem direitos do consumidor.

A verba compensatória deve, ainda, cum-

prir seu caráter punitivo, já que, sob o pretexto equívocado de não enriquecer indevidamente o ofendido, protege-se o cada vez mais rico agressor, em uma total inversão de valores.

Penso que, no particular, nada obstante a cultura e o zelo do MM. Juiz de Direito ALEX QUARESMA RAVACHE, na ótica deste Relator, não teria observado a condenação os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Por fim, cabe esclarecer que, deixo de majorar os honorários fixados anteriormente, previsto no artigo 85 § 11 do Código de Processo Civil, uma vez que o *decisum* vergastado foi proferido sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, ou seja, anterior à vigência do Código de Processo Civil de 2015, época em que não havia, portanto, a redação do mencionado dispositivo.

A adoção do princípio *tempus regit actum* pelos artigos 14 e 1.046 do Código de Processo Civil, impõe o respeito aos atos praticados sob o pálio da lei revogada, bem como aos efeitos desses atos, impossibilitando a retroação da lei nova. Sob esse enfoque, a lei em vigor à data da sentença regula os recursos cabíveis contra o ato decisório.

Sobre a eficácia da lei processual no tempo, confira-se:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMUNICAÇÃO DE INTERPOSIÇÃO NA INSTÂNCIA A QUO. ART.526, DO CPC. NÃO CUMPRIMENTO. FACULDADE. NÃO IMPOSIÇÃO DE PENA. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL.

1. A finalidade do disposto no art. 526, do CPC, à época da prolação do acórdão recorrido e antes da novel reforma do Código de Processo Civil, era tão somente conferir ao prolator da decisão a possibilidade de exercer o juízo de retratação, razão por que o seu descumprimen-

to não ensejava o não conhecimento do agravo interposto. Neste sentido foram emitidos inúmeros precedentes da Corte Especial.

2. Deveras, a reforma do CPC, modificando o referido dispositivo, erigiu a diligência a requisito de admissibilidade do recurso. Entretanto, em obediência à regra *tempus regit actum*, torna-se antijurídico inadmitir recurso que à época da decisão não reclamava o referido requisito descumprido.

3. Recurso especial provido (CPC, art. 557, § 1º-A).’ (REsp nº 501.699/ES, desta relação, DJ de 24/11/2003).

Nesse sentido, orientação do e. Superior Tribunal de Justiça, representado no Enunciado Administrativo nº 7, da Corte Superior, segundo a qual:

“Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.”.

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de se dar parcial provimento ao recurso, para reduzir para R\$ 3.000,00 (três mil reais) a verba compensatória pelos danos morais.

Rio de Janeiro, 20 de julho de 2016.

DES. WERSON RÊGO
Relator

MUNICÍPIO. OMISSÃO. OBRA DE CONTENÇÃO EM CEMITÉRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE GUARDA E CONSERVAÇÃO DE RESTOS MORTAIS. RESSEPULTAMENTO SEM IDENTIFICAÇÃO. DANO MORAL.

Apelação Cível. Direito Administrativo. Município de Saquarema. Responsabilidade

objetiva do ente municipal. Omissão específica. Não realização de obra de contenção em muro de cemitério. Ressepultamento dos restos mortais sem identificação adequada e sem a autorização e o conhecimento da família. Dano moral configurado. *Quantum* mantido. Recurso de apelação em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para condenar o ente municipal, em confirmação à decisão que antecipou a tutela de mérito, a providenciar a realização do exame científico com vistas à identificação dos restos mortais da filha da apelante por meio do Instituto Médico Legal ou seu equivalente, tomando-se por base os restos mortais ressepultados a serem exumados para tal fim, bem como a reparar o dano moral no patamar de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ante o reconhecimento de sua responsabilidade civil pela falha na prestação do serviço de guarda e conservação dos restos mortais de sua filha. Insurgência infundada. Inexistência de cerceamento de defesa pelo indeferimento da prova testemunhal, tendo em vista ter resultado evidenciada a desnecessidade da prova para a solução da demanda. Inviabilidade do afastamento da responsabilidade civil do município pelos fatos narrados na inicial. Conjunto das provas produzidas no processo que demonstrou a existência de fortes indícios de que o muro do cemitério se encontrava em mau estado de conservação e que era premente uma obra de contenção, além do que os fatos já eram de ciência da Prefeitura, uma vez que já havia requerimento de reparo formalizado. Omissão específica do município constatada, uma vez que falhou no dever legal individualizado de agir, pela decisão na realização da conservação do muro de concreto do cemitério, de modo que a sua inação criou a condição especial para que o muro desmoronasse com as fortes chuvas. Intempérie da natureza que não foi a causa determinante para a queda do muro e des-

truição de inúmeras gavetas mortuárias com respaldo para a exclusão da responsabilidade civil do ente municipal, uma vez que, embora os eventos que se encontrem fora do âmbito normal de prevenção das pessoas possam afastar o nexos de causalidade, não foi esse o caso em comento. Chuvas ocorridas no dia 05/04/2010, na cidade de Saquarema, que realmente foram de grande intensidade e originaram, até mesmo, o decreto do estado de emergência na cidade; entretanto, como muito bem mencionou o magistrado de primeiro grau, mostrava-se plenamente possível evitar a queda do muro, bastando que estivesse em adequado estado de conservação. De fato, haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante ou de guardião e, por omissão, cria situação propícia para a ocorrência do evento em que possuía o dever legal de agir para impedi-lo. Em outras palavras, a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva do Poder Público, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso. Impossibilidade de acatamento da tese de que as fortes chuvas causaram queda do muro, tendo em vista que, se assim fosse, diversos outros imóveis teriam desmoronado nas proximidades, o que, em realidade, não se verificou. A despeito do município insistir na afirmação de que os familiares da falecida foram avisados acerca da ocorrência do evento e da necessidade de remoção para outro cemitério, assim como de que os restos mortais de Camila foram reconhecidos por seu irmão e pelo agente funerário que realizou a transferência do corpo de São Paulo para Saquarema, de modo que foram ressepultados com a devida identificação e conhecimento da família, o conjunto probante apontou, em especial, pelo auto de exumação que os restos mortais encontravam-se no cemitério municipal de Saquarema em carneira com a seguinte identificação: “garota de Saquarema”. Fatos narrados na inicial e

reconhecidos neste julgado que, efetivamente, causaram prejuízos de ordem imaterial à apelada. De fato, a violação, pelo município, de seu dever legal específico de providenciar as obras necessárias no cemitério público fez com que houvesse o rompimento da estrutura de concreto que sustentava diversas gavetas mortuárias, de modo a arremessar para a encosta os restos mortais da filha da apelada e a mantê-los expostos a céu aberto, além do que a desídia do ente estatal, após a ocorrência da tragédia, acarretou o ressepultamento da falecida sem qualquer identificação e sem a autorização e o conhecimento de sua família do exato local em que se encontrava o corpo. Situações que representam vilipêndio a cadáver, com ofensa à memória dos mortos e repercussão moral direta em relação à mãe. Descaso quanto à guarda e conservação dos restos mortais de um familiar que constitui para os vivos uma transgressão sentimental profunda. Dano moral que, portanto, se configura *in re ipsa*, uma vez que se mostra desnecessária a comprovação de sua ocorrência, já que o sofrimento é presumido pelo ordenamento como corolário lógico da conduta danosa. *Quantum* da reparação por dano moral correspondente a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), como estabelecido na sentença, que, ao contrário do que afirmou o apelante, mostrou-se ínfimo e incapaz de compensar sofrimento suportado pela apelada, mas que nesse patamar deverá ser mantida em respeito ao princípio no *non reformatio in pejus*. Honorários advocatícios sucumbenciais que comportam redução para 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, a fim de atender ao disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973. Inviável o reconhecimento da isenção quanto ao pagamento das despesas processuais, uma vez que figurou como réu na demanda e, ainda, resultou vencido. Artigo 17, § 1º, da Lei nº 3.350/99. Súmula nº 145 desta Corte de Justiça. Enunciado nº 42 FETJ. Conhecimento e

provimento parcial do recurso.

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0002332-09.2010.8.19.0058, em que figura como Apelante Município de Saquarema e como Apelada Rosângela Bandeira de Oliveira.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e provê-lo parcialmente, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Voto

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Saquarema em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Saquarema, Rafael Rezende das Chagas, à pasta eletrônica 000207, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial por Rosângela Bandeira de Oliveira para condenar o ente municipal, em confirmação à decisão que antecipou a tutela de mérito, a providenciar a realização do exame científico com vistas à identificação dos restos mortais da filha da apelante por meio do Instituto Médico Legal ou seu equivalente, tomando-se por base os restos mortais ressepultados a serem exumados para tal fim, bem como a reparar o dano moral no patamar de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ante o reconhecimento de sua responsabilidade civil pela falha na prestação do serviço de guarda e conservação dos restos mortais de sua filha.

Em suas razões recursais ofertadas à pasta eletrônica 000225, arguiu, inicialmente, o apelante a nulidade da sentença, ante a ocorrência de cerceamento de defesa pela ausência de manifestação do magistrado *a quo* acerca do pleito de produção de prova oral, consistente na oitiva do irmão da vítima e do agente funerário.

No mérito, pugnou pelo afastamento da responsabilidade civil reconhecida na sentença, diante de caso fortuito, ao afirmar que o desmoronamento da encosta e do muro do cemitério ocorreram unicamente em virtude de fenômeno da natureza imprevisível que, inclusive, acarretou a decretação de situação de emergência no município.

Negou, ainda, que os restos mortais da filha da apelante tivessem sido ressepultados sem qualquer identificação, tendo em vista que os agentes funerários, após encontrarem a urna em que se encontrava o corpo, contataram os familiares, de modo que o irmão da falecida e o agente funerário efetuaram previamente o devido reconhecimento e a autorização necessária.

Finalmente, pleiteou o afastamento da condenação ao pagamento das custas do processo, em obediência ao disposto no artigo 17, IX, da Lei Estadual nº 3.350/99.

Subsidiariamente, requereu a redução do *quantum* da verba reparatória de cunho moral, por reputá-la excessiva, diante dos fatos narrados e a minoração do percentual atribuído aos honorários de sucumbência.

É o relatório.

A apelação é tempestiva e estão satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade, razão por que deve ser conhecida.

Com efeito, insurgiu-se o Município de Saquarema em face da sentença que o condenou a reparar o dano moral causado à apelada, mãe de Camila Peixoto Bandeira, cujos restos mortais, após o desmoronamento do muro do cemitério público Nossa Senhora de Nazaré, em virtude de fortes chuvas e enchentes ocorridas na cidade, foram ressepultados no cemitério municipal de Saquarema, sem qualquer identificação ou comunicação aos familiares.

Entretanto, em que pese o esforço do apelante a fim de afastar a condenação, é de se notar que o seu recurso não comporta provimento.

De plano, cabe rechaçar a questão preliminar relacionada à ocorrência de cerceamento de defesa a inquirar a sentença.

Efetivamente, ao contrário do que alegou o apelante, foi oportunizada às partes a manifestação acerca das provas que pretendiam ainda produzir, logo após a elaboração e a juntada do laudo pericial nos autos, de modo que a parte autora expressamente afirmou a desnecessidade de produção de outras provas enquanto que o município, ora apelante, que-
dou-se inerte com relação a tal ponto, conforme se verifica da análise detida das alegações e documentos anexados às pastas eletrônicas 000192-000201.

E, ainda que assim não fosse, importa destacar que, se por um lado têm as partes o direito de produzir as provas hábeis à comprovação de suas teses, possui o magistrado, de outro vértice, a faculdade de indeferir as provas que considere inúteis, desnecessárias ou meramente protelatórias, nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973, em vigor quando da prolação da sentença e, portanto, aplicável na análise do caso.

Cabe ressaltar, portanto, que tanto o direito à produção de provas quanto a prerrogativa de seu indeferimento encontram limites diante de uma simples valoração: a necessidade da prova.

Nesse contexto, o exame minucioso dos autos permite concluir que a oitiva do irmão da falecida e do agente funerário responsável pelo traslado do corpo de São Paulo para Saquarema não se mostra essencial para o deslinde da demanda, já que a condenação à reparação por

dano moral pode ser embasada pelas demais provas anexadas ao processo.

Superada a matéria preliminar, impende ressaltar que, igualmente, não poderão ser adotados os argumentos recursais do apelante para o afastamento de sua responsabilidade civil e dever de reparar o dano causado à apelada, diante dos fatos narrados na inicial.

Assim, ainda que se reconheça que as intempéries da natureza se apresentem como causas suficientes a excluir a responsabilidade civil do Estado, diante de seu caráter de imprevisibilidade, aqui é importante destacar que a causa de pedir desenvolvida na inicial encontra-se relacionada à omissão do município na conservação do muro do cemitério a permitir a ocorrência do evento danoso e, a partir dela, é que se dará, inicialmente, o exame dos fatos.

Efetivamente, da leitura dos documentos anexados às pastas eletrônicas 000084, 000085, 000086, 000087 e 000088, consistentes em matérias jornalísticas e requerimento de reparo do muro do cemitério em janeiro de 2010, evidenciou-se a existência de fortes indícios de que o muro do cemitério se encontrava em mau estado de conservação e que era premente uma obra de contenção, além do que os fatos já eram de ciência da Prefeitura.

Nesse contexto, cabe salientar que nenhuma dessas circunstâncias resultou rechaçada pelo município nas oportunidades em que se manifestou no processo, de maneira que se tornaram incontrovertidas.

Assim, diante da análise do caso concreto e da constatação da conduta omissiva específica do município na conservação do muro do cemitério, há que se reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado.

Com efeito, nos termos do artigo 37, § 6º,

da CRFB, a responsabilidade do Estado será de caráter objetivo, assentada na teoria do risco administrativo, de maneira que é possível afirmar que o Poder Público, independentemente de prova de sua culpa, é responsável pelos atos dos seus agentes que, nesta qualidade, causarem a terceiros, ressalvado eventual direito de regresso.

Entretanto, nos casos de omissão estatal, necessária a distinção entre a omissão genérica e a omissão específica para fins de aplicação do regime jurídico, já que a responsabilidade do Estado somente será subjetiva no caso de omissão genérica, quando não existe o dever individualizado de agir.

De fato, haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante ou de guardião e, por omissão, cria situação propícia para a ocorrência do evento em que possuía o dever legal de agir para impedi-lo. Em outras palavras, a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva do Poder Público, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso.

De outro viés, a omissão genérica ocorre nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma situação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia ou fiscalizatório, e, por omissão sua, concorre para resultado, caso em que deve prevalecer a responsabilidade subjetiva.

Nesse caso, portanto, a inação do Estado não se apresenta como causa direta e imediata da não ocorrência do dano, razão pela qual deve a parte lesada provar que a falta do serviço (culpa anônima) concorreu para o dano, ou seja, que, caso houvesse conduta positiva praticada pelo Poder Público, ele não ocorreria.

Em suma, naqueles casos em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica, mas, havendo, de outro lado, um dever genérico de agir, e o serviço não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente, haverá omissão genérica, pela qual responde a Administração subjetivamente, com base na culpa anônima.

E, no caso *sub examen*, percebe-se claramente que os elementos da responsabilidade objetiva resultaram devidamente configurados, como a omissão específica, o dano e o nexos de causalidade, a par da negligência do ente municipal, ainda que não fosse necessário citá-la aqui.

Efetivamente, tornou-se indubitoso no processo que o município falhou no dever legal individualizado de agir, diante da omissão específica na contenção do muro do cemitério, tendo em vista o requerimento expresso para o reparo não atendido e a notoriedade acerca dos problemas apresentados, de modo que a sua desídia criou a condição especial para que o muro desmoronasse com as fortes chuvas.

Nem se diga, nesse passo, que a força da intempérie da natureza tenha sido a causa determinante para a queda do muro e destruição de inúmeras gavetas mortuárias com respaldo para a exclusão da responsabilidade civil do ente municipal.

De fato, não se olvida que os eventos que se encontrem fora do âmbito normal da prevenção que podem ter as pessoas, classificados como imprevisíveis e inevitáveis, possam afastar o nexos de causalidade e, portanto, a responsabilidade civil do Estado, cabe considerar aqui que não foi esse o caso em comento.

Assim, efetivamente, não há dúvida de que as chuvas ocorridas no dia 05/04/2010, na cidade de Saquarema, foram de grande intensidade e que originaram, até mesmo, o decreto do estado de emergência na cidade; entretanto,

como muito bem mencionou o magistrado de primeiro grau, mostrava-se plenamente possível evitar a queda do muro, bastando que estivesse em adequado estado de conservação.

Cabe considerar, ainda, que não poderá ser acatada a tese do município de que as fortes chuvas causaram queda do muro, tendo em vista que, se assim fosse, diversos outros imóveis teriam desmoronado nas proximidades, o que, na verdade, não se verificou.

De igual modo, inviável se mostra, diante do conjunto probante colacionado ao processo, o afastamento da falha na prestação do serviço público pelo ressepultamento do corpo de Camila em cemitério diverso, sem qualquer identificação e sem que houvesse a comunicação aos familiares.

Com efeito, embora o município insista na afirmação de que os familiares da falecida foram avisados acerca da ocorrência do evento e da necessidade de remoção para outro cemitério, assim como de que os restos mortais de Camila foram reconhecidos por seu irmão e pelo agente funerário que realizou a transferência do corpo de São Paulo para Saquarema, de modo que foram ressepultados com a devida identificação e conhecimento da família, o auto de exumação anexado à pasta eletrônica 000150 evidenciou, de maneira clara, que os restos mortais encontravam-se no cemitério municipal de Saquarema em carneira com a seguinte identificação: “garota de Saquarema”.

Importa destacar, portanto, que nem mesmo a oitiva do irmão da falecida e de um agente funerário, como quis fazer crer o apelante, seria capaz de desconstituir a alegação da exordial de que Camila fora ressepultada como indigente, sem qualquer identificação e sem a autorização de sua família.

Reconhecida, portanto, a responsabilidade

do município de Saquarema, importa, então, ressaltar que deverá arcar com os prejuízos de ordem extrapatrimonial suportados pela apelada.

Efetivamente, os fatos narrados na inicial e reconhecidos neste julgado, efetivamente, causaram prejuízos de ordem imaterial à mãe da falecida, que devem ser reparados, de forma que não poderá ser reconhecido o pleito apelante para a exclusão de sua condenação.

De fato, em resumo, a violação pelo município de seu dever legal específico de providenciar as obras necessárias no cemitério público fez com que houvesse o rompimento da estrutura de concreto que sustentava diversas gavetas mortuárias, de modo a arremessar para a encosta os restos mortais da filha da apelada e a mantê-los expostos a céu aberto, além do que a desídia do ente estatal, após a ocorrência da tragédia, acarretou o ressepultamento da falecida sem qualquer identificação e sem a autorização e o conhecimento de sua família do exato local em que se encontrava o corpo.

Tais fatos, indubitavelmente, representam vilipêndio a cadáver, com ofensa à memória dos mortos e repercussão moral direta em relação à mãe. É evidente que o descaso quanto à guarda e conservação dos restos mortais de um familiar constitui para os vivos uma transgressão sentimental profunda. O dano moral, portanto, nesse caso, é *in re ipsa*, uma vez que se mostra desnecessária a comprovação de sua ocorrência, já que o sofrimento é presumido pelo ordenamento como corolário lógico da conduta danosa.

No que se refere ao *quantum* da reparação, importa consignar que o seu estabelecimento deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e corresponder a uma soma que possibilite ao ofendido a compensação do dano suportado.

Assim, observa-se que o valor correspondente a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), como estabelecido na sentença, ao contrário do que afirmou o apelante, na verdade, mostrou-se ínfimo e incapaz de compensar sofrimento suportado pela apelada, de modo que como forma de compensar o abalo psicológico e o sofrimento vividos pela apelada, a reparação deveria ser arbitrada em patamar bem mais elevado a fim de que o dano moral alcance as suas verdadeiras finalidades.

No entanto, como não houve recurso nesse sentido, em respeito ao princípio do *non reformatio in pejus*, a reparação deverá ser mantida tal como arbitrada no julgado monocrático.

No que se refere aos honorários advocatícios sucumbenciais, observa-se, de fato, que o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, como fixado na sentença, mostrou-se excessivo, diante dos parâmetros estabelecidos pelo artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, de modo que deverá ser reduzida ao patamar de 5% (cinco por cento), uma vez que tal percentual se encontra em consonância com o disposto no artigo 20, § 4º, do citado Diploma Processual.

Inviável, contudo, o acatamento da tese de que o Município é isento do pagamento das custas processuais, tendo em vista o disposto no artigo 17, IX, da Lei Estadual nº 3.350/99.

Isso porque a isenção ali prevista pressupõe que a pessoa jurídica de direito público seja autor, o que não se verifica *in casu*, já que o Município de Saquarema é réu na demanda e, ainda, resultou vencido, devendo, portanto, ser condenado ao pagamento das custas processuais, em conformidade com o disposto no § 1º do artigo 17, antes citado, com observância, por óbvio, da eventual gratuidade de Justiça deferida a outra parte.

Igualmente, deve arcar com os valores relacionados a eventual taxa judiciária recolhida pela parte vencedora, uma vez que, além de não figurar como autor, não comprovou a reciprocidade de isenção, nos termos do artigo 115 do Decreto-Lei Estadual 5/75 e conforme o Enunciado nº 145 da súmula da jurisprudência dominante desta Corte.

Por tais fundamentos, direciono meu voto no sentido do conhecimento e do provimento parcial do recurso, tão somente, para reduzir o patamar dos honorários advocatícios a 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

Rio de Janeiro, 14 de setembro de 2016.

DES. ALCIDES DA FONSECA NETO
Relator

INDENIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. ABORTO NATURAL INEVITÁVEL. TRÊS CURETAGENS. PERITO QUE ATESTA REGULARIDADE NO ATENDIMENTO À PACIENTE. TÉCNICA E RIGOR CIENTÍFICOS. PROVIMENTO NEGADO.

Apelação Cível. Ação indenizatória. Alegação de erro médico, que resultou em aborto. Sentença de improcedência. Recurso autoral. Parte autora sofreu aborto natural, vindo a perder o feto e a sofrer três intercorrências cirúrgicas (curetagens), a fim de eliminar todos os restos placentários. Elementos constantes dos autos não autorizam a conclusão pela existência de erro médico ou falha na prestação do serviço prestado. Teor do laudo pericial afasta a responsabilidade da ré pelos fatos vivenciados pela autora. Laudo médico pericial concluiu que não há evidência de conduta médica inapropriada por parte da ré na condução do caso. *Expert* atesta que o atendimento prestado à

autora foi correto sob o ponto de vista médico. Conclusões do laudo elaborado pelo Perito do Juízo devem ser acatadas, porque representam o resultado de trabalho executado por profissional da área de obstetrícia, com técnica e rigor científicos. Ausência de falhas na prestação do serviço. Manutenção da sentença. Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0026332-86.2011.8.19.0204, em que é Apelante Simone Mendes de Oliveira e Apelada AMESC-Associação Médica Espírita Cristã.

Acordam os Desembargadores da 23ª Câmara Cível Consumidor deste Tribunal, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Inicialmente, pontue-se que o presente recurso foi interposto com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, contra sentença publicada sob a sua égide.

Assim, para não haver ofensa ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, considera-se que devem ser aplicadas, a cada recurso distribuído, as normas regimentais vigentes na época da respectiva distribuição, preservando-se, daí para a frente, a situação consolidada sob o regramento então em vigor, isto em aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais.

A corroborar tal entendimento, confira-se o disposto no Enunciado Administrativo do STJ sobre o NCPC, *in verbis*:

Enunciado nº 02: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do

Superior Tribunal de Justiça”.

Isto posto, o recurso deve ser conhecido, visto que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Voto

Trata-se de ação objetivando indenização por danos morais, em decorrência de suposto erro médico.

A sentença julgou improcedente o pleito autoral.

A parte autora apelou em busca da procedência dos pedidos contidos na ação, alegando, em síntese, que a parte ré falhou na prestação de serviços de assistência à saúde. Relata que, mesmo sentindo dores, foi liberada pela médica que a atendia nos exames de pré-natal para voltar somente no mês seguinte, sem requisitar exames. Aduz que, na mesma noite, ao buscar atendimento de emergência naquela unidade, foi atendida por ginecologista, que a orientou a buscar a unidade de Santa Cruz, por sua própria conta, para ser avaliada por obstetra. Afirma que, se os prepostos da ré tivessem dado atenção adequada às suas queixas, o abortamento poderia ter sido evitado. Assevera que o médico que a atendeu em Santa Cruz procedeu ao exame de toque e que isto teria sido a causa do sangramento que sofreu. Afirma que houve uma sucessão de erros procedidos por prepostos da ré, que culminaram, ainda, em três curetagens para eliminação de restos placentários.

Não assiste razão à apelante.

A relação jurídica se enquadra no conceito de relação de consumo regulada pela Lei nº 8.078/90, norma de ordem pública, cogente e de interesse social.

A responsabilidade da fornecedora de ser-

viços é objetiva, portanto, independe de culpa, nos termos do art. 14 do CDC e só pode ser afastada se demonstrada a existência de uma das causas excludentes previstas no § 3º do citado artigo.

No caso trazido aos autos, verifica-se que a autora/apelante sofreu aborto natural, vindo a perder o feto e a sofrer três intercorrências cirúrgicas (curetagens), a fim de eliminar todos os restos placentários. Entretanto, os elementos constantes dos autos não autorizam a conclusão pela existência de erro médico ou falha na prestação do serviço prestado, sendo certo que o teor do laudo pericial afasta a responsabilidade da ré pelos fatos vivenciados pela autora.

Ao revés, o laudo médico pericial (index 000312), chegou às seguintes conclusões:

“A autora sofreu um abortamento inevitável de 2º trimestre;

A provável causa do abortamento é sugerida no Laudo Histopatológico como anóxia fetal por descolamento placentário;

Houve necessidade da autora se submeter a mais de uma complementação de curetagem após o abortamento espontâneo devido à persistência de restos placentários. A resolução da gravidez foi completa após o último procedimento de curetagem;

Não há evidência de conduta médica inapropriada por parte da ré na condução do caso em tela”.

Acrescente-se que, ao responder os quesitos das partes, o *expert* atesta que o atendimento prestado à autora/apelante foi correto sob o ponto de vista médico.

Os esclarecimentos do perito (índexes 000345/000346) ratificaram por completo o laudo anteriormente apresentado.

De certo que toda a penosa situação vivi-

da trouxe à autora/apelante grande sofrimento, tanto físico quanto mental, cuja ocorrência afigurou-se inevitável, como se infere a partir das considerações técnicas – entretanto não pode, sob qualquer ângulo, ser imputada à parte ré.

As conclusões do laudo elaborado pelo perito do juízo devem ser acatadas porque representam o resultado de trabalho executado por profissional da área de obstetrícia, com técnica e rigor científicos.

Assim o teor do laudo pericial, acrescido dos esclarecimentos, fundamenta a conclusão pela ausência de falha na prestação do serviço e, conseqüentemente, pela não configuração da responsabilidade civil da ré.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo a sentença tal como lançada.

Rio de Janeiro, 27 de julho de 2016.

DES^a. SONIA DE FÁTIMA DIAS
Relatora

OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTERDIÇÃO DE MORADIA. CALAMIDADE PÚBLICA. ÁREA DE RISCO. ALUGUEL SOCIAL. SOLIDARIEDADE ENTRE ESTADO E MUNICÍPIO. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA DIGNIDADE HUMANA.

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer. Aluguel social. Interdição permanente do imóvel em que a autora residia em virtude das fortes chuvas que atingiram o Município de Sumidouro no mês de janeiro de 2011. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Solidariedade entre o estado e o município quanto ao provimento do aluguel

social que exsurge do Decreto Estadual nº 42.406/10. Efetivação do direito à moradia - Princípio da dignidade da pessoa humana. A moradia é direito social e fundamental protegido constitucionalmente, corolário da dignidade da pessoa humana, como condição de um mínimo existencial. Não se cuida, aqui, de violação ao princípio da separação dos poderes, mas de determinação de cumprimento de norma estadual e municipal, para concretização de direito fundamental. Princípio da reserva do possível invocado com o objetivo de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, diante da escassez de recursos públicos, que deve ceder ante aos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. Isenção das custas, prevista no artigo 17, IX da Lei Estadual nº 3.350/99, que não abrange a taxa judiciária. Tributo Estadual distinto das custas judiciais que não foi contemplado com legislação específica concessiva de isenção. Enunciado nº 42 do Fundo Especial. Provimento parcial ao recurso do Estado do Rio de Janeiro, para limitar o benefício em 12 meses, podendo ser prorrogado, na forma do art. 1º, § 1º, do Decreto Estadual nº 43.091/2011. Parcial provimento do recurso do Município de Sumidouro para reduzir o valor fixado a título de honorários advocatícios.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0000781-17.2012.8.19.0060, em que são Apelantes Município de Sumidouro e Estado do Rio de Janeiro e Apelado Maria Natália Chermaut Neves.

Acordam os Desembargadores que compõem a Egrégia Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dar provimento ao recurso do estado do Rio de Janeiro e dar provimento parcial ao recurso do Município de Sumidouro, tudo nos termos do voto da Des^a. Relatora. Decisão Unânime.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso interposto, motivo pelo qual co-nheço do mesmo.

Após a análise dos autos, verifica-se que as pretensões dos apelantes merecem prosperar em parte, conforme será demonstrado.

De início, afasta-se à ilegitimidade passiva arguida, uma vez que o artigo 8º do Decreto Estadual nº 42.406/2010 é claro ao determinar que, *verbis*:

“Artigo 8º. Nos casos previstos no art. 5º, enquanto não estiverem disponíveis as unidades habitacionais para reassentamento da população residente em áreas de risco, o Estado providenciará, diretamente ou através do Município, o acolhimento das famílias removidas em abrigo, ou pagará, através da Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos, o valor de até R\$ 500,00 (quinhentos reais) por mês a título de aluguel social”.

Dessa forma, o Município e o Estado são responsáveis solidários em relação ao pagamento do chamado “aluguel social”.

Com igual finalidade, o art. 2º, do Decreto Estadual nº 43.091/2011 prevê parceria para o repasse do benefício, *verbis*:

“O cadastramento e o pagamento do aluguel social serão realizados em parceria com os Municípios afetados, devendo o ente municipal apresentar demanda consubstanciada com os dados familiares, regiões atingidas e acompanhar mensalmente as condições sociais das famílias beneficiárias, por meio do Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) do Município”.

Assim, da interpretação sistemática dos

referidos dispositivos infere-se, portanto, o dever solidário dos entes federativos neste tocante, dado o caráter de essencialidade de que se reveste a moradia do indivíduo.

Por isso, o Município de Sumidouro é parte legítima para figurar no polo passivo desta ação. Rejeitada a preliminar arguida, passo ao exame do mérito.

Restou incontroverso que a casa da autora se encontra interdita em razão das chuvas que atingiram o Município, no ano de 2011.

Comprovou-se, também, que a autora não recebeu qualquer ajuda dos réus para que fosse transferida para outro local, a fim de preservar sua integridade física e de seus familiares.

Verifica-se, portanto, que a demanda em tela retrata a triste situação daquele que se encontra morando em área de risco, e necessita receber do Poder Público apoio financeiro, e não encontra de imediato tal acolhida, ao revés, passa a se deparar com uma série de alegações que só fazem por retardar o cumprimento de uma obrigação que lhe é assegurada pela Carta Magna, e deveria ser prestada de forma imediata.

O modelo de Estado Democrático de Direito adotado por esta República Federativa tem por objetivo fundamental, elencado no art. 3º, I, da Constituição Federal, o compromisso com a solidariedade e, por esse motivo, prevê como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, vetor axiológico de todo ordenamento e, principalmente de nossa Lei Fundamental.

Constitui o direito social à moradia, estampado no artigo 6º da CRFB/88, e dotado de eficácia plena, direito fundamental, e diante da privação dos Autores de desfrutarem de sua residência, em razão da interdição, notória é obrigação da municipalidade em cumprir os

termos do Decreto Estadual, que prevê o pagamento do “aluguel social”.

O Decreto Estadual nº 42.406/2010 instituiu o Programa Morar Seguro para a construção de unidades habitacionais e para o reassentamento da população que vive em áreas de risco no Estado do Rio de Janeiro e estabeleceu, em seu artigo 8º, o pagamento de aluguel social enquanto não estiverem disponíveis as referidas unidades.

Diante de tudo, *in casu*, têm os réus obrigação ao pagamento do benefício pretendido, como forma de assegurar o direito constitucional à moradia da autora, e a sua dignidade humana, eis que é garantidor desse bem-estar social.

O aluguel social é devido tanto na hipótese de risco de desabamento constatado por procedimento administrativo, quanto na hipótese de já ter ocorrido a calamidade, sendo que a parte autora teve que deixar seu imóvel por determinação da Defesa Civil, conforme os laudos acostados, com interdição da sua casa.

Comungando tal entendimento, são os precedentes colacionados abaixo:

0011194-23.2011.8.19.0061 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1ª Ementa. DES. GUARACI DE CAMPOS VIANNA - Julgamento: 10/06/2013 – Décima Nona Câmara Cível. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALUGUEL SOCIAL. CATÁSTROFE QUE ABATEU O MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS. LEGISLAÇÃO QUE PREVÊ O PAGAMENTO DO BENEFÍCIO DESDE QUE CUMPRIDOS OS REQUISITOS. PREENCHIMENTO PELOS APELADOS DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS. VERBA REPASSADA PELO GOVERNO FEDERAL PARA FAZER FRENTE ÀS DESPESAS DECORRENTES DAS CHUVAS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

QUE NÃO SE APLICA FRENTE AO BEM MAIOR QUE É A MANUTENÇÃO DA VIDA DIGNA DOS MUNICÍPIOS. DECRETO ESTADUAL Nº 42.406/10 E Nº 43.901/11 QUE REGULAMENTAM A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. SENTENÇA QUE APLICOU DEVIDAMENTE A LEI AO CASO CONCRETO QUE MERECE SER MANTIDA. AFASTANDO A PRELIMINAR E DESPROVENDO O RECURSO.

0009932-38.2011.8.19.0061 - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1ª Ementa. DES. SEBASTIAO BOLELLI - Julgamento: 12/06/2013 – Terceira Câmara Cível. APELAÇÃO CÍVEL. Aluguel social. Município de Teresópolis. Sentença de procedência do pedido. Recurso do Município arguindo, preliminarmente, julgamento *extra petita*, falta de interesse de agir e ilegitimidade passiva. No mérito, pugna pela improcedência do pedido. Alegação de falta de interesse de agir e de ilegitimidade passiva que não deve prosperar. Solidariedade entre o apelante e o Estado do Rio de Janeiro, previsto no art. 8º do Decreto Estadual nº 42.406/2010. Lei nº 12.340/2010 que prevê auxílio Federal em caso de calamidade. Assiste razão ao apelante tão somente no que diz respeito ao julgamento *extra petita*. Inexiste pedido relativo à moradia definitiva. No mérito, nenhum reparo a ser feito à sentença. Direito à moradia é um direito constitucional cuja garantia é incumbida ao Poder Público. Imóvel da parte autora localizado em área declarada em estado de calamidade pelo Decreto Municipal nº 3.988/2011. Taxa judiciária devida pelo Município. Artigo 115 do Código Tributário Estadual. Enunciado 42 do FETJ Precedentes. Reforma parcial da sentença tão somente para determinar que o benefício denominado “aluguel social”, ora concedido, observe o disposto no artigo 1º, § 1º, do Decreto nº 43.091/2011. Mantida, no mais, a sentença, em reexame necessário. DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NA FORMA DO ARTIGO 557,

§1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

0017143-91.2012.8.19.0061 – APELAÇÃO - 1ª Ementa. DESª. MYRIAM MEDEIROS - Julgamento: 27/06/2013 – Quarta Câmara Cível. APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALUGUEL SOCIAL. MUNICÍPIO TERESÓPOLIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DA MUNICIPALIDADE. PRELIMINAR ILEGITIMIDADE PASSIVA, AO ARGUMENTO DE QUE A NORMA DE REGÊNCIA INSTIUIDORA DO BENEFÍCIO FORA EDITADA POR OUTRO ENTE FEDERATIVO E, POR ISSO, NÃO O OBRIGARIA A IMPLEMENTÁ-LA (ART. 18 DA CRFB). DESCABIMENTO. EDIÇÃO DE REGULAMENTO PRÓPRIO - LEI MUNICIPAL Nº 2.996/2011 E DECRETO MUNICIPAL Nº 3.992/2011. DIREITO À MORADIA - DIREITO DE SEGUNDA DIMENSÃO - DOTADO DE EFICÁCIA PLENA. ADPF Nº 45. TESE DA RESERVA DO POSSÍVEL QUE NÃO POSSUI LUGAR FRENTE AO TEOR DO ART. 5º, § 2º, DA CRFB/88. APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. EMERGÊNCIA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO COLOCANDO EM RELEVO O COMPROMISSO COM A SOLIDARIEDADE SOCIAL, OBJETIVO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (ART. 3º, I, DA CRFB/88). VEDAÇÃO AO RETROCESSO (EFEITO *CLIQUE*), COMO FORMA DE GARANTIA DE MÁXIMA EFETIVIDADE AO POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AFASTAMENTO DE QUALQUER DISCRICIONARIEDADE NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO QUE SE IMPÕE EM FACE DA PRESENÇA EXCLUSIVA DE REQUISITOS OBJETIVOS NA NORMA DE REGÊNCIA (ART. 14, § 1º, DO DECRETO MUNICIPAL Nº 3.992/2011). NOTÓRIA HIPOSSUFICIÊNCIA DOS DEMANDANTES. PREEN-

CHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ESPECÍFICA DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM BASE NO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC.

No mais, a alegação de reserva do possível consubstanciada em carência de recursos financeiros não pode ser suscitada em detrimento da garantia de direitos constitucionais, especialmente diante da possibilidade de os entes públicos se utilizarem de dotações orçamentárias extraordinárias quando necessárias despesas urgentes como nos casos de calamidade pública.

Cite-se a Súmula nº 241 deste TJRJ:

“Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição.”

Com igual pensar, os seguintes julgados:

0020651-34.2012.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. FERNANDO DO NASCIMENTO - Julgamento: 18/04/2012 – Décima Nona Câmara Cível. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRAGÉDIA DAS CHUVAS. ALUGUEL SOCIAL. TERESÓPOLIS. Concessão da tutela pleiteada para o pagamento do benefício “aluguel social”. Presença dos requisitos autorizadores da medida. Cabimento contra a Fazenda Pública. Não aplicação do Princípio da Reserva do Possível. Receio de dano irreparável que se evidencia diante do caráter de essencialidade de que se reveste o direito à moradia, em atendimento ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Art. 8º do Decreto Estadual nº 42.406/2010, que prevê que o pagamento poderia ser feito diretamente ou por intermédio do Município. Além disso, a responsabilidade da municipalidade agravante

exsurge do Decreto Municipal nº 3.992/2011, que prevê expressamente o pagamento do benefício pelo Município sob a denominação de “auxílio-moradia”. Simples diversidade de nomenclatura que não afasta a finalidade do benefício, que é idêntica. Decisão que não se reputa teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos. Súmula nº 59 desta Corte de Justiça. Manutenção da decisão. Recurso a que se nega seguimento.

0014484-46.2011.8.19.0061 – APELAÇÃO - DES. CUSTÓDIO TOSTES - Julgamento: 22/08/2012 – Primeira Câmara Cível - DECISÃO MONOCRÁTICA. ADMINISTRATIVO. ALUGUEL SOCIAL. MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS. IMÓVEL RESIDENCIAL INTERDITADO PELA DEFESA CIVIL, EM DECORRÊNCIA DAS CHUVAS QUE ASSOLARAM A REGIÃO SERRANA EM JANEIRO DE 2011. DIREITO SOCIAL À MORADIA, QUE TEM PROTEÇÃO NOS ARTIGOS 6º E 23, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS. SOLIDARIEDADE. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, NA FORMA DO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC. TAXA JUDICIÁRIA. CABIMENTO. SENTENÇA REFORMADA, PARCIALMENTE, EM REEXAME NECESSÁRIO.

0014229-88.2011.8.19.0061 - APELAÇÃO - DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento: 24/05/2012 - Décima Quinta Câmara Cível. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS. ALUGUEL SOCIAL. Duas apelações da sentença que condenou o Município de Teresópolis a pagar aos autores o benefício denominado “aluguel social”, previsto no art. 8º do Decreto Estadual nº 42.406/2010, pelo prazo de 12 (doze) meses consecutivos, tornando definitiva a tutela antecipada. A preliminar de ilegitimidade passiva

ad causam não merece acolhida, seja porque a aferição da responsabilidade pelo pagamento do benefício pleiteado confunde-se com o mérito da causa, seja porque no direito pátrio a legitimação é analisada *in statu assertio-nis*, ou seja, conforme os fatos narrados pelo postulante, independentemente de sua efetiva ocorrência. A ausência de comprovação nos autos da negativa por parte do ente público em conceder o referido benefício não configura ausência de interesse de agir, à luz do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CR/88. Rejeitam-se, pois, as preliminares. No mérito, os autores comprovaram que o imóvel em que residiam foi interditado permanentemente pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Defesa Civil, em decorrência das fortes chuvas que castigaram a Região Serrana do Estado em janeiro de 2011, de modo que fazem jus ao aluguel social pleiteado. Inaceitável a alegação de inexistência de verba para custeio do benefício, mormente quando amplamente divulgado pelos meios de comunicação a assinatura de convênios e repasse de verbas destinadas a este fim, conforme previsto no Decreto Estadual nº 42.406/2010. A questão de organização entre os entes federados não pode servir de barreira ao pagamento da referida verba, mormente quando há solidariedade entre eles. Se for réu e tiver sido condenado nos ônus sucumbenciais, o Município deve pagar a taxa judiciária. Súmula nº 145 deste Tribunal. Não há que se falar em sucumbência recíproca, vez que a Apelação Cível 0000781-17.2012.8.19.0060 rf 11, pretensão autoral, foi acolhida na íntegra. Impositiva a fixação de verba honorária. Provido monocraticamente o recurso dos autores e negado seguimento, ante a manifesta improcedência, ao recurso do réu.

Quanto ao pedido do apelante Estado do Rio de Janeiro para que seja limitado a concessão do benefício e não que ele seja fornecido até a existência de moradia definitiva, registre-

-se o seguinte:

O Decreto Estadual nº 43.091/11 diz que o benefício do Aluguel Social deve ser pago pelo prazo de 12 meses, prorrogável por igual período:

“Art. 1º. O Aluguel Social é um benefício assistencial, não definitivo, destinado a atender necessidades advindas da destruição total ou parcial do imóvel residencial do beneficiário, decorrente de calamidade pública ou de remoções de pessoas residentes em áreas de risco, nos casos definidos por ato do Governador do Estado.

§ 1º O Aluguel social poderá ser concedido à família afetada por um período de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado por igual período, desde que haja comprovação da real necessidade do seu pagamento”.

Desse modo, entendo razoável que seja fixado o prazo de 12 meses para concessão do benefício, considerando que o ente público não assume uma obrigação que pode perdurar por anos a fio e, com isso, ocorrer comprometimento em suas reservas e, de outro lado, a parte vitimada com a chuva garante moradia por um período certo e determinado.

No que tange à condenação do Município de Sumidouro ao pagamento da taxa judiciária, ao contrário do regime de isenção incidente sobre as custas processuais previsto no art. 17, XI, c/c art. 10, X, da Lei Estadual nº 3.350/99, a taxa judiciária é devida pelo ente público e respectivas autarquias quando condenados, consoante entendimento consolidado pelo FETJ/RJ.

Confira-se:

“Súmula nº 42: A isenção estabelecida no art. 115, *caput*, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, beneficia os entes públicos

quando agem na posição processual de autores, porém, na qualidade de réus, devem, por força do art. 111, II, do Código Tributário Nacional e do Verbete nº 145 da Súmula do TJRJ, recolher a taxa judiciária devida ao FETJ, quando sucumbirem na demanda e a parte autora não houver antecipado o recolhimento do tributo”.

A controvérsia encontra-se, ainda, pacificada no âmbito deste E. Tribunal de Justiça, que consolidou entendimento por meio das Súmulas nº 76 e nº 145, *in verbis*:

“Súmula nº 76: A taxa judiciária é devida por todas as autarquias, notadamente o INSS, ao Fundo Especial do Tribunal de Justiça, competindo-lhes antecipar o pagamento do tributo se agirem na condição de parte autora e, ao final, caso sucumbentes”.

“Súmula nº 145: Se for o Município autor estará isento da taxa judiciária desde que se comprove que concedeu a isenção de que trata o parágrafo único do artigo 115 do CTE, mas deverá pagá-la se for o réu e tiver sido condenado nos ônus sucumbenciais.”

Infere-se, assim, que a taxa judiciária é espécie de tributo, não se confundindo com o conceito de custas, razão pela qual não está contemplada nos dispositivos legais acima referidos, devendo ser mantida a condenação do apelante ao pagamento da taxa judiciária.

Nesse sentido tem manifestado a jurisprudência desta Corte:

0022380-15.2011.8.19.0038 - REEXAME NECESSÁRIO - 1ª Ementa. DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA - Julgamento: 08/04/2014 – Décima Nona Câmara Cível. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE CADEIRA DE RODAS. DOENÇA GRAVE. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE GARAN-

TIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA PACIFICADA. ENUNCIADO Nº 65 DA SÚMULA DO TJ/RJ. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO AUTOR E DA NECESSIDADE DO EQUIPAMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA NOS ELEMENTOS EXISTENTES NOS AUTOS DO PROCESSO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A PRETENSÃO CONDENANDO O MUNICÍPIO A FORNECER A CADEIRA DE RODAS. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO AO PAGAMENTO DA TAXA JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. A ISENÇÃO DO RECOLHIMENTO DE CUSTAS PELO ENTE MUNICIPAL, PREVISTA NO ART. 17, INCISO IX, E § 1º, DA LEI Nº 3350/99 NÃO ALCANÇA A TAXA JUDICIÁRIA, QUE É DEVIDA A TEOR DO ART. 111, INCISO II, DO CTN, CONFORME DISPÕE O ENUNCIADO FETJ Nº 42 E A SÚMULA Nº 76 DO TJRJ. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECURSO QUE SE CONHECE PARA DAR PROVIMENTO NA FORMA DO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC.

0045349-62.2012.8.19.0014 - REEXAME NECESSÁRIO - 1ª Ementa. DES. CEZAR AUGUSTO R. COSTA - Julgamento: 11/04/2014 – Oitava Câmara Cível. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL. CONDENAÇÃO DOS DEMANDADOS À REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE IMPLANTE DE RESSINCRONIZADOR TENDO EM VISTA QUE A AUTORA É COMPROVADAMENTE PORTADORA DE MIOCARDIOPATIA DILATADA GRAVE. EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS PARA PRESTAÇÃO DE SAÚDE PÚBLICA. HONORÁRIOS FIXADOS EM VALOR RAZOÁVEL, QUE SE ENCONTRA EM CONSONÂNCIA COM PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. EXIGIBILIDADE *EX OFFICIO* DE TAXA JUDICIÁRIA AOS MUNICÍPIOS PELA INE-

XISTÊNCIA DE ISENÇÃO PREVISTA NO DECRETO-LEI Nº 05/1975 NA HIPÓTESE DE MUNICÍPIO RÉU SUCUMBENTE, NA FORMA DOS VERBETES SUMULARES Nº 145 E Nº 161 DESTE TRIBUNAL. SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA NA FORMA DO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Existência de responsabilidade solidária entre os entes da Federação para a prestação de serviços referentes à saúde com vedação de chamamento do processo das pessoas federativas não demandadas. Aplicação do verbete sumular nº 65 deste Tribunal, bem como de diversos precedentes dos Tribunais Superiores e deste Tribunal. 2. Honorários fixados com base nos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, em plena consonância com diversos precedentes deste Tribunal. 3. Nos moldes do verbete sumular nº 161 deste Tribunal, a taxa judiciária deve ser exigida pelo município réu sucumbente, na hipótese de autor beneficiário da gratuidade de justiça, pela ausência de previsão de isenção legal, de acordo com o verbete nº 145 deste Tribunal. Precedentes administrativos e jurisdicionais. 4. Decisão parcialmente mantida em sede de reexame necessário, nos moldes do art. 557 do Código de Processo Civil e dos verbetes sumulares nº 253 e nº 325 do Superior Tribunal de Justiça, perfazendo pequena alteração quanto à exigibilidade do pagamento de taxa judiciária pelo Município demandado.

Por fim, merece pequeno reparo o valor fixado a título de honorários advocatícios.

De fato, e como é de sabinça, nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados de forma equitativa, nos termos do § 4º do art. 20 do saudoso CPC, não ficando adstrito o juiz, assim, aos limites percentuais estabelecidos no § 3º, devendo, porém, atender aos critérios estabelecidos nas letras ‘a’, ‘b’ e ‘c’.

Deve o julgador, assim, promover uma equitativa apreciação, adequando a fixação ao princípio da proporcionalidade. E no caso em exame, diante da singularidade da demanda e de sua não complexidade, o valor fixado ficou bem acima do razoável, impondo, assim, a sua redução.

Diante de tais considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso do Estado do Rio de Janeiro, para limitar a concessão do aluguel social pelo período de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado consoante o art. 1º, § 1º, do Decreto Estadual nº 43.091/2011. De igual forma, dou parcial provimento ao recurso do Município de Sumidouro para reduzir o valor arbitrado a título de honorários advocatícios, fixando-o em R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

Rio de Janeiro, 02 de agosto de 2016.

DES^a. VALÉRIA DACHEUX
Relatora

PLANO DE SAÚDE. PACIENTE INCLUÍDO NO ATENDIMENTO DOMICILIAR HOME CARE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INSURGÊNCIA QUANTO AO PRAZO DE 48 HORAS PARA INSTALAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. INDEFERIMENTO.

Agravo Interno em Agravo de Instrumento. Plano de Saúde. Decisão determinando a inclusão do autor no programa de Atendimento Domiciliar (Home Care). A temática irresignatória está afeta a ato judicial que deferiu a antecipação de tutela, requerida pela autora, determinando que a ré inclua a autora no Programa de Atendimento Domiciliar (Home Care), arcando com todos custos. Insurge-se a agravante apenas no tocante ao prazo determinado,

alega que o prazo de 48 horas não é suficiente para que seja implantado o Home Care, solicitando a ampliação do prazo para seu cumprimento. Com efeito, não cabe ao segundo grau de jurisdição a revisão da decisão interlocutória que aprecia a concessão de antecipação de tutela, salvo se exorbitante, ilegal, teratológica ou contrária à prova dos autos, o que, apesar do inconformismo da agravante, não se vislumbra na espécie. Aplicação da Súmula nº 59 do TJRJ. Negado Seguimento ao recurso. Agravo Interno com o nítido propósito de conduzir a temática ao enfrentamento pelo colegiado. O fornecimento de serviço de Home Care na residência do agravado, apesar de ser um procedimento complexo, pode ser fornecido no prazo fixado de 48 horas. O agravante atua no segmento de saúde complementar, e, diante dos inúmeros pedidos de fornecimento do serviço de Home Care, já possui convênios com empresas especializadas, permitindo que o serviço seja prontamente prestado. Ausência de inovações. Manutença da decisão solitária. Recurso conhecido e negado provimento.

Vistos, relatados e discutidos o recurso de Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 0000435-13.2016.8.19.0000, em que figura como Agravante Bradesco Saúde S.A. e Agravado Abner Vieira Murtha/Rep/p/Antonio Fernandes Murtha Junior.

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 do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Versa a irresignação de recurso de Agravo Interno alvejando decisão monocrática que negou provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelo agravante.

A Decisão Monocrática está alinhada no seguintes termos:

DECISÃO MONOCRÁTICA

A temática irresignatória está afeta a ato judicial que deferiu a antecipação de tutela, requerida pelo autor, determinando que a ré inclua o autor no Programa de Atendimento Domiciliar (*Home Care*), arcando com todos custos, no prazo de 48 horas.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

“01 - Defiro a justiça gratuita ao Autor.
02 - Face a peculiaridade do estado de saúde da autora, nomeio seu irmão, Antonio Fernandes Murtha Junior, como seu Curador para o ato, lavre-se termo em cartório, juntando-se nos autos.
03 - Pretende a autora, através de pedido antecipatório, impor à parte ré a inclusão no Programa de Atendimento Domiciliar (*Home Care*), fundamentando seu pedido no grave estado de saúde da autora e prescrição médica do referido atendimento, consoante laudo médico juntado a f. 22. Junta ainda protocolo de negativa da ré, consoante f. 23. É o breve relatório. Decido. Consoante documentação acostada aos autos, percebe-se a necessidade e utilidade de inclusão da autora no Programa de Atendimento Domiciliar, tudo com vistas à manutenção da saúde e da vida da autora. A pauta constitucional de valores, informa que a manutenção da integridade física e da vida, como bens jurídicos especialmente tutelados pela Carta Fundamental, deve prevalecer sobre questões econômicas relativas ao pagamento ou eventual cobertura contratual. Sem qualquer incursão no campo do mérito, a tutela específica da vida há de prevalecer na hipótese, afastado o *periculum in mora* inverso pela eventual solução em dinheiro através de pedido específico, oportunamente proposto, se for o caso. Nessa ordem de ideias, reconheço a plausibilidade da tese jurídica invocada, bem

como a situação de urgência a informar o deferimento da liminar. Ante o exposto, defiro o pleito antecipatório e determino ao réu que inclua a autora no Programa de Atendimento Domiciliar (*Home Care*), arcando com todos os custos relativos ao programa, fornecendo os tratamentos e materiais sugeridos pelo laudo de f. 22, que deverá seguir por cópia, fixado o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para o cumprimento desta determinação. Intime-se e cite-se”.

Alega o agravante, muito embora não concorde com a concessão da liminar, não é contra esta decisão que se insurge.

No caso, é contra a decisão que determinou à ré o fornecimento de serviço de *home care*, no prazo de 48 horas. Entende que a determinação da prestação do serviço deve ser rápida quando se trata de saúde. No entanto, para cumprir a decisão liminar precisa contratar empresa terceirizada especializada, a qual precisa verificar as condições de instalação dos equipamentos e avaliação do paciente, sendo inúmeros os procedimentos necessários para instalação do *Home Care* em residência.

Informações do Juízo prestadas (f. 16, edoc. 0016).

Certidão de não manifestação da parte agravada (s.17, e-doc. 00017).

Eis, em apertada síntese, o relatório. Passo a decidir.

Encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, que deve ser conhecido e solucionado de plano, não se fazendo necessário o pronunciamento do órgão fracionário deste E. Tribunal, na forma autorizada pelo ordenamento processual vigente.

É cediço que a obtenção da tutela antecipada se subordina à presença dos requisitos

previstos no art. 273 do CPC, quais sejam, a prova inequívoca capaz de conduzir à verossimilhança da alegação, a reversibilidade da medida, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou então o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da ré.

O deferimento da antecipação da tutela pressupõe a presença dos requisitos expressos no art. 273 do CPC e, no caso, o magistrado decidiu com base em juízo de cognição sumária, ou seja, considerando as alegações e as provas trazidas pela parte autora. Mostra-se prudente determinar à parte ré que autorize o procedimento por meio da antecipação de tutela, no prazo fixado, uma vez que não seria razoável aguardar prazo maior para cumprimento do *decisum*, ante a possibilidade dos riscos à saúde da autora.

A decisão agravada está bem fundamentada, a antecipação dos efeitos da tutela foi deferida, por estarem presentes seus requisitos, já que há caráter urgente na medida, evidenciado pelos documentos juntados. Obviamente, sopesando os bens em questão, o perigo da não concessão mostra-se mais grave.

O que deve se ter em mente é que se está diante de Direito Fundamental e indissociável, com previsão na Lei Maior, a fim de realizar o Direito Supralegal que é a dignidade da pessoa humana.

Isso porque se deve prestigiar a conclusão a que chegou o magistrado que conduz o processo em primeira instância, pois detém contato direto com as partes e é quem conduz o processo para um provimento final.

Como não é este o caso dos autos, o que se extrai dos próprios fundamentos adotados pelo magistrado prolator do *decisum* atacado, inexistente lastro que autorize a revogação do

provimento discutido, no caso a ampliação do prazo fixado.

Ademais, a agravante se limita a afirmar que o prazo de 48 horas é exíguo sem, sequer, informar qual o prazo pretendido para cumprimento da decisão.

Deste modo, a decisão agravada não se mostra teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos, motivo pelo qual se aplica o verbete da Súmula nº 59 deste Tribunal de Justiça:

“Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos”.

Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

“0037545-80.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO 1ª Ementa DESª. SANDRA CARDINALI - Julgamento: 22/07/2015 - Vigésima Sexta Câmara Cível. CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA PARA DETERMINAR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE HOME CARE. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU À PROVA DOS AUTOS. SÚMULA N.º 59 DESTE TRIBUNAL. AGRAVANTE QUE SE INSURTE TÃO SOMENTE EM RELAÇÃO AO PRAZO FIXADO PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL, SUSTENTANDO SER EXÍGUO. PRAZO FIXADO DE ACORDO COM A URGÊNCIA DA MEDIDA, QUE ENVOLVE VIDA E SAÚDE, NÃO MERECENDO ALTERAÇÃO. MULTA COMINATÓRIA POR DESCUMPRIMENTO NÃO FIXADA NA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT DO CPC”.

Nesse contexto, a outorga ou não da me-

dida constitui ato de *officium iudicis* adstrito ao juízo discricionário do magistrado da causa, proferida para uma situação de perigo de morosidade (*pericolo di tardività*, segundo CALAMANDREI), gerador de risco de dano irreparável ou de difícil reparação para o direito substancial da parte. Por tais fundamentos, conheço do Recurso e nego-lhe provimento, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC.

O recurso interposto é tempestivo e encontram-se presentes os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual o conheço.

Reexaminando toda a hipótese fática verifico que a decisão agravada, que passa a integrar este voto, deve ser mantida.

Nenhum argumento válido trouxe o agravante para justificar a reforma pleiteada. Cabe frisar que o agravante, em seu recurso, se limita a reproduzir os argumentos utilizados no Agravo de Instrumento, insurgindo-se quanto ao prazo fixado.

O agravante não se insurgiu contra o cumprimento da obrigação de fazer que lhe foi imposta pela decisão agravada, consistente no fornecimento dos serviços de *home care* ao agravado.

Insurgiu-se tão somente quanto ao prazo fixado para o cumprimento da obrigação de fazer, em 48 horas.

No tocante ao prazo fixado, e observando o que este Colegiado tem usualmente praticado em casos semelhantes, verifico que não assiste razão ao agravante.

O fornecimento de serviço de *home care* na residência do agravado, apesar de ser um procedimento complexo, pode ser fornecido no prazo fixado de 48 horas.

O agravante atua no segmento de saúde

complementar, e, diante dos inúmeros pedidos de fornecimento do serviço de *home care*, já possui convênios com empresas especializadas, permitindo que o serviço seja prontamente prestado.

Precedentes: “0041230-95.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - SÔNIA DE FÁTIMA DIAS – Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor - AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. INCLUSÃO EM *HOME CARE*. DECISÃO DETERMINANDO A INSTALAÇÃO DO ATENDIMENTO EM 48 HORAS. Insurge-se a agravante tão somente ao prazo fixado para cumprimento do *decisum*. A agravante não trouxe qualquer justificativa plausível capaz de modificar a decisão. Decisão que não se revela teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos. Súmula 59 do TJRJ. Precedentes. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO NA FORMA DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Data de julgamento: 24/09/2015. Data de publicação: 28/09/2015.”

0020941-44.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO 1ª Ementa JDS. DESª. LUCIA GLIOCHE - Julgamento: 17/07/2015 – Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor. Agravo de Instrumento. Relação de consumo. Direito Processual Civil. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Deferimento de tratamento *home care*. Tutela antecipada. Decisão que deve ser mantida. Narrativa trazida, que, somada ao conjunto probatório apresentado, indica elementos suficientes e capazes de demonstrar, com certeza e segurança, a verossimilhança do Direito e o perigo da demora. Insurgência contra o prazo de cumprimento da decisão em 48 horas que não merece acolhimento. Não incidência da súmula nº 59, TJ/RJ. Precedentes deste Tribunal. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

0070540-49.2015.8.19.0000 - AGRAVO

DE INSTRUMENTO 1ª Ementa DES^a. ANA MARIA OLIVEIRA - Julgamento: 07/12/2015 - Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor Agravo de instrumento contra decisão que em ação proposta pela agravada, deferiu a tutela antecipada para determinar que a agravante autorize, no prazo de 48 horas, em seu favor, o serviço de *home care*, bem como todo material, medicamento e tratamento necessários, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00. Agravada que foi submetida à internação hospitalar, tendo-lhe sido recomendado o serviço de *home care*, conforme declaração médica. Irresignação restrita ao prazo estipulado para cumprimento da obrigação de fazer e à multa diária fixada. Prazo de 48 horas para cumprimento da medida que não merece alteração diante da gravidade do quadro clínico da Agravada. Multa cominatória cujo valor observou o caráter coercitivo do instituto e que poderá ser revista pelo juízo da causa, caso se mostre insuficiente ou excessiva. Inteligência do artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil. Precedentes do TJRJ. Aplicação da Súmula 59 do TJRJ. Recurso a que se nega seguimento.

O agravante não trouxe efetiva comprovação que indique a impossibilidade fática ao cumprimento da ordem judicial, sendo certo que suas alegações são genéricas.

Ademais, o agravante se limita a afirmar que o prazo de 48 horas é exíguo, sem contudo, informar qual seria o prazo adequado para cumprimento da determinação, não logrando êxito em apresentar motivo ensejador da reforma da decisão agravada perante o Colegiado deste órgão fracionário.

O Agravo Interno possui o nítido propósito de conduzir a temática à atividade cognitiva do Colegiado.

Sem quaisquer inovações, com os fundamentos lançados na decisão monocrática, alicerçada na melhor doutrina e jurisprudência,

conduzo o voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2016.

DES. MURILO KIELING
Relator

PROFESSOR. EXERCÍCIO DO MAGISTÉRIO EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO EM UNIDADE PRISIONAL. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE PERIGOSA. PAGAMENTO DEVIDO ATÉ O ADVENTO DA LEI ESTADUAL Nº 5.348/08. EXTINÇÃO DA GRATIFICAÇÃO. VALORES ATRASADOS CALCULADOS EM LIQUIDAÇÃO. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS.

Apelação cível. Reexame necessário. Gratificação de Atividade Perigosa. Incorporação dos vencimentos e pagamento de atrasados. Relação de trato sucessivo. Prescrição que somente alcança as prestações vencidas além do quinquênio precedente à propositura da ação. Professora estadual atualmente inativa que exerceu o magistério em estabelecimentos de ensino situados no interior de unidade prisional. Gratificação de Atividade Perigosa devida a todos os servidores, independente da origem, que prestem serviços no interior de unidades do sistema penitenciário. Leis Estaduais nº 1.659/90 e 3.694/01. Verba devida à autora até a extinção da gratificação, com o advento da Lei Estadual nº 5.348/08. Atuação do Judiciário que não importa em violação do princípio da separação dos poderes. Caráter *extra petita* da sentença ao condenar o réu a incorporar a gratificação aos vencimentos da autora. Violação ao princípio da congruência. Arts. 141 e 492 do CPC/15. Correção monetária e juros moratórios. Incidência sobre os atrasados. Cálculo dos encargos

em execução. Reforma parcial da sentença também em sede de reexame necessário. Provimento parcial do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os argumentos da Apelação Cível nº 0100717-61.2013.8.19.0001, em que é Apelante Estado do Rio de Janeiro e Apelada Maria Teresa Barros Martins.

Acordam os Desembargadores da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso e reformar parcialmente a sentença em sede de reexame necessário, na forma do voto do Relator.

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado do Rio de Janeiro, e reexame necessário, à sentença da 7ª Vara de Fazenda Pública da Capital que, na ação ordinária ajuizada por Maria Teresa Barros Martins em face do apelante, julgou parcialmente procedente o pedido para: 1) incorporar aos vencimentos da autora o percentual de 230% sobre seu vencimento base, referente à Gratificação de Atividade Perigosa; 2) pagar a referida gratificação sobre os vencimentos base da autora, deduzindo-se o valor pago a título de GEE pela SEEDUC, durante o período de 26/03/2008 a 17/12/2009 e de 18/12/2009 a 17/02/2011 exercido no CE Rubem Braga e CE Candeia; 3) pagar as diferenças atrasadas referentes à dita gratificação e a GEE percebida sobre férias, triênio e 13º salário, correspondentes ao respectivo período, respeitada a prescrição quinquenal; 4) julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais; 5) fixar custas pro rata e compensar os honorários.

A sentença refere que a autora comprovou o efetivo exercício de suas funções de professora em escolas integradas ao sistema

prisional; que a Gratificação de Atividade Perigosa foi instituída pela Lei Estadual nº 1.659/90, destinada a determinadas categorias, e posteriormente estendida a todos os servidores lotados ou em exercício na Secretaria de Estado de Administração Penitenciária; que a gratificação é portanto devida à autora, pois exerceu sua função em unidade prisional; que a referida gratificação tem caráter *pro labore faciendo*, sendo devida somente enquanto o servidor estiver no exercício da atividade e função especial; que, no pagamento da GAP, deve ser descontado o valor já percebido pela autora a título de GEE pelo exercício de atividade perigosa e enquanto a mesma perdurar; que estão prescritas as parcelas anteriores ao quinquênio em relação à propositura da ação, conforme Decreto nº 20.910/32, Súmula nº 85 do STJ; que não há indícios nos autos que caracterizem o alegado dano moral.

Apela o réu, a f. 66/74, alegando que a parte autora integra os quadros da Secretaria de Educação, não agraciada com a gratificação de atividade perigosa, que foi criada somente para os servidores da Secretaria de Administração Penitenciária; que o pedido é juridicamente impossível, pois a GAP foi extinta pela Lei nº 5.348/08, e a autora iniciou suas atividades junto à Unidade Candeia em 2009; que não há que se falar na percepção dessa gratificação antes de 2008, vez que eventual débito teria sido alcançado pela prescrição quinquenal; que a sentença é *extra petita*, pois determinou incorporação da GAP aos vencimentos da autora, pedido este que não integrou sua petição inicial, considerando também que a autora encontra-se inativa; que o Poder Judiciário não pode aumentar vencimentos de servidores sob pretexto de isonomia, sob pena de afronta à súmula nº 339 e à súmula vinculante nº 37, ambas do STF. Pugna pelo provimento do recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial.

Contrarrrazões apresentadas pela autora,

a f. 77/82, alegando que comprovou o efetivo exercício em suas funções de professora integrada ao sistema prisional desde 30/12/2005; que a Gratificação de Atividade Perigosa foi instituída pela Lei Estadual nº 1.659/90, destinada somente a algumas categorias, e posteriormente estendida a todos os servidores lotados ou em exercício na Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, conforme Lei Estadual nº 3.694/2001; que todos os servidores públicos que se encontrem em idêntica situação funcional, qual seja, o exercício das funções no sistema penitenciário nacional, devem ser atingidos pela referida norma, sob pena de violação ao princípio constitucional da isonomia. Ao final, pugna pelo desprovimento do recurso do réu e manutenção da sentença.

Parecer da Procuradoria de Justiça, a f. 93/100, opinando pelo provimento parcial do recurso e, em sede de reexame necessário, pela fixação dos consectários legais.

Voto

Cinge-se a controvérsia recursal à existência ou não do direito da autora, professora estadual, a perceber a Gratificação de Atividade Perigosa, originalmente instituída em favor dos servidores ocupantes de determinados cargos do sistema penitenciário estadual, e, em seguida, estendida a todos os demais servidores em efetivo exercício na Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário (atual Secretaria de Estado de Administração Penitenciária)

De início, registre-se que a pretensão autoral se funda em relação de trato sucessivo, estando prescritas as prestações vencidas antes do quinquênio precedente à propositura da ação (art. 3º, Decreto nº 20.910/32¹ c/c Sú-

mula nº 85 STJ²).

A Gratificação de Atividade Perigosa pleiteada pela parte autora foi, inicialmente, instituída pela Lei Estadual/RJ nº 1.659/90, em favor “das categorias funcionais de técnico de segurança penitenciária, inspetor de segurança penitenciária, agente de segurança penitenciária e guarda de presídio” em efetivo exercício (art. 1º, *caput*). Posteriormente, com o advento da Lei Estadual/RJ nº 3.694/01, foi estendida “a todos os servidores que se encontrem em efetivo exercício na Secretaria de Estado de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário” (art. 1º).

Este sistema vigorou até o advento da Lei Estadual/RJ nº 5.348/08, que, em seu art. 3º, inciso I³, extinguiu a gratificação, incorporando-a à remuneração dos servidores.

A autora, atualmente inativa, exercia o cargo de Professora Docente II, integrante do quadro de pessoal da Secretaria de Estado de Educação/RJ, tendo exercido o magistério no CE Rubem Braga, no período entre 30/12/2005 a 17/12/2009, e no CE Candeia, de 18/12/2009 a 17/02/2011 (declaração de f. 20), estabeleci-

girá progressivamente as prestações à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto”.

2 Súmula nº 85 STJ: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”

3 Lei Est/RJ nº 5.348/08: “Art. 3º As vantagens abaixo indicadas, percebidas a qualquer outro título, natureza ou denominação pelos servidores beneficiados por esta lei, ainda que já tenham sido integradas, por qualquer modo ou motivo, a remuneração ou aos proventos dos respectivos beneficiários, ficam absorvidas e extintas pelo vencimento-base estabelecido pelo artigo 2º, *caput* desta Lei: I – Gratificação de Atividade Perigosa instituída pela Lei nº 1.659, de 07 de junho de 1990; (...)”

1 Dec. nº 20.910/32: “Art. 3º Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atin-

mentos situados em unidades prisionais, fato incontroverso, posto que não negado pelo réu.

A Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, por sua vez, na declaração de f. 36/37, informa que a autora efetivamente exerceu suas atividades nas unidades educacionais por ela indicadas, bem como que estas efetivamente integram unidades prisionais.

Assim, respeitada a prescrição quinquenal, a autora faz jus ao recebimento da Gratificação de Atividade Perigosa, como rubrica autônoma, com os devidos reflexos remuneratórios, até o advento da Lei Estadual/RJ nº 5.348/08, quando houve a incorporação.

Por fim, inaplicável ao caso o entendimento firmado na Súmula nº 339 e na Súmula Vinculante nº 37, ambas do STF (“não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”), tendo em vista que a autora não pretende aumento de vencimentos, mas correção de falha administrativa com reflexos remuneratórios, incidindo, pois, a garantia fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

Neste sentido, refira-se a jurisprudência desta Corte:

0302782-11.2014.8.19.0001 - DES. CLÁUDIA TELLES DE MENEZES - Julgamento: 12/07/2016 – Quinta Câmara Cível

Apelação cível. Ação indenizatória. Servidor público estadual. Professor. Direito à gratificação de atividade perigosa por lecionar em estabelecimento prisional. Cabimento nos termos da Lei nº 1.659/90, com alteração dada pela Lei nº 3.694/01. Inexistência de ilegalidade ou violação da separação dos poderes. Sentença de parcial procedência que merece pequeno reparo quanto aos juros e correção monetária. Incidência da redação original do

art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, até o advento da Lei nº 11.960/2009, quando deve ser aplicada a nova redação do referido dispositivo. Recurso a que se dá parcial provimento.

0429141-74.2012.8.19.0001 - APELAÇÃO - DESª. MARIA REGINA NOVA ALVES - Julgamento: 15/03/2016 - Décima Quinta Câmara Cível APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DA AUTORA VISANDO AO RECEBIMENTO DA GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE PERIGOSA, INSTITUÍDA PELA LEI Nº 1.659/90, E ESTENDIDA AOS DEMAIS SERVIDORES EM EFETIVO EXERCÍCIO NA SECRETARIA DE ESTADO DE DIREITOS HUMANOS E SISTEMA PENITENCIÁRIO, ATRAVÉS DA LEI Nº 3.694/01. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO CONDENANDO O RÉU AO PAGAMENTO DA GRATIFICAÇÃO PLEITEADA, BEM COMO DAS VERBAS PRETÉRITAS. INCONFORMISMO DO RÉU. - A AUTORA DEMONSTROU ATRAVÉS DE DOCUMENTOS, QUE EXERCE O CARGO DE PROFESSOR DE EDUCAÇÃO FÍSICA EM UNIDADE ESCOLAR INTEGRANTE DO SISTEMA PRISIONAL, FAZENDO JUS AO DIREITO POSTULADO. - PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Assiste razão ao réu, contudo, quanto ao caráter *extra petita* de parte da sentença.

A autora, em sua petição inicial, fez os seguintes pedidos: pagamento dos valores devidos referente à gratificação de 230% sobre seus vencimentos, que deixou de receber no período indicado, com o respectivo reflexo incidente sobre demais direitos, como triênio, férias e décimo terceiro salário, e indenização por danos morais.

A sentença contudo, em seu dispositivo,

concedeu à autora a incorporação da referida gratificação aos seus vencimentos, extrapolando portanto o que foi requerido na inicial, violando o princípio da congruência, na forma dos arts. 141 e 492 do CPC/15, *verbis*:

“O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.”

“É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

Dessa forma, a sentença merece reforma neste ponto, com o fim de excluir a condenação do réu à incorporação da referida gratificação aos vencimentos da autora.

Ademais, ainda que assim não fosse, a autora encontra-se atualmente inativa, e a Gratificação por Atividade Perigosa tinha caráter *pro labore faciendo*, sendo devida somente du-

rante o efetivo exercício da função.

Os valores atrasados serão calculados e acrescidos de correção monetária a partir de cada vencimento e juros de mora, devendo ser o principal e os encargos calculados em sede de liquidação.

Isso posto, voto pelo parcial provimento do recurso, reformando parcialmente a sentença para excluir a condenação do réu à incorporação da Gratificação de Atividade Perigosa aos vencimentos da autora, bem como para limitar seu pagamento somente até o advento da Lei Estadual nº 5.348/08, que extinguiu a referida gratificação e, sendo os valores atrasados calculados em liquidação com correção monetária e juros, mantida no mais a sentença com o ajuste, inclusive em reexame necessário.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2016.

Des^a. CRISTINA TEREZA GAULIA
Relatora

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Jurisprudência Criminal

AGENTE DE VIAGENS. NEGÓCIO JURÍDICO DE COMPRA DE PASSAGENS AÉREAS. APROPRIAÇÃO DE QUANTIAS EM DINHEIRO. SETE DELITOS. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE SATISFAÇÃO AOS LESADOS. DESTINAÇÃO DIVERSA DOS VALORES PAGOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Apelação Criminal. Art. 168, §1º, inciso III (sete vezes) na forma do art. 71, ambos do Código Penal. Sentença condenatória. Recurso da defesa.

1. O Juízo de Direito da 42ª Vara Criminal da Comarca da Capital, em sentença da lavra da Doutora ALESSANDRA DE ARAÚJO BILAC MOREIRA PINTO, condenou o Acusado Sergio Roberto Santos da Silva Mello como incurso nas penas do artigo 168, § 1º, Inciso III (sete vezes) na forma do art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 16 dias-multa, no valor unitário mínimo, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período da pena aplicada, com carga horária de 06 (seis) horas semanais, em entidade a ser estabelecida pela VEP e uma de prestação pecuniária, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a ser revertida em favor do INCA voluntário (indexador 00422).

2. A Defesa pede a reforma da sentença para absolver o acusado, aduzindo, em síntese, ausência de dolo e que o caso se constituiu em mero ilícito civil. Subsidiariamente, pede a redução da pena aquém do mínimo legal, formulando, ainda, prequestionamento com vistas a interposição de recurso aos Tribunais Superiores.

3. Autoria e materialidade restaram

sobejamente demonstradas pelos seguros e coesos depoimentos prestados tanto em sede inquisitorial, quanto em Juízo, bem como pelos documentos acostados aos autos.

Veja-se que o réu, no período indicado na vestibular acusatória, apropriou-se de coisas alheias móveis, consistentes nas quantias de: R\$ 6.388,00 (seis mil trezentos e oitenta e oito reais); R\$ 3.350,00 (três mil trezentos e cinquenta reais); R\$ 3.350,00 (três mil trezentos e cinquenta reais); R\$ 1.675,00 (mil seiscentos e setenta e cinco reais); R\$ 6.864,00 (seis mil oitocentos e sessenta e quatro reais); R\$ 3.720,00 (três mil setecentos e vinte reais) e R\$ 4.070,00 (quatro mil e setenta reais), totalizando R\$ 29.417,00 (vinte e nove mil, quatrocentos e dezessete reais), de que teve a posse em razão de ter sido contratado, respectivamente, pelos lesados Carlos Taricano, Pedro Paulo Guimarães Berardinelli, Denise Canario Rabello, Raul Francisco Comerlato Filho, Zimilson Pedro Vianna, Marcio Lacerda Olivieri e Ernesto Marques de Sá como agente de viagens para a concretização de negócio jurídico de compra de passagens aéreas.

Consta dos autos que, no mês de outubro de 2011, com o escopo de adquirirem passagens aéreas, os lesados contrataram os serviços de agente de viagens do denunciado, efetuando os depósitos nos valores acima consignados na conta-corrente nº ..., agência nº..., do Banco Itaú, de titularidade de Taisa Maria Amaral Viard, companheira do recorrente, a qual, em Juízo, disse que emprestou a conta para o réu, a fim de que ele pudesse fazer os depósitos descritos na denúncia, confirmando que recebeu alguns valores e os repassou para o recorrente, não sabendo informar, contudo, por que o apelante não forneceu o número da própria conta, embora, à época, o acusado possuísse conta.

4. Restou inconteste nos autos que o apelante não restituiu os valores recebidos

dos lesados, conforme afirmado por estes e admitido pelo próprio recorrente, que alegou, em resumo, que passou por problemas financeiros que o levaram a descumprir os compromissos assumidos, argumentando que os fatos pelos quais está sendo acusado referem-se à negociação comercial, ressaltando que atua há cinquenta anos no ramo, sendo a primeira vez que isso lhe acontece e que a reserva que dispunha pagou a quem devia, menos aos lesados.

5. Contudo, as alegações do acusado reparam em terreno movediço, já que desacompanhadas de provas que as respaldem. Consoante se colhe dos autos, o recorrente, deixou de atender às ligações e mesmo aos e-mails enviados pelas vítimas, deixando-as sem qualquer tipo de informação, obrigando algumas a desistir e outras a comprar novas passagens de outros fornecedores.

O lesado Carlos Taricano, em Juízo, informou que o réu foi indicado por um amigo seu, de nome Carlos Seixas, que já tinha utilizado os serviços do acusado e, por isso, comprou quatro passagens de ida e volta para Miami, no valor aproximado de R\$ 6.300,00, valor pago através de depósito em conta indicada pelo acusado, em nome de uma pessoa chamada Taisa, ressaltando que o réu chegou a mandar para o declarante um comprovante de reserva da Companhia. Contudo, a data prevista para viagem ia se aproximando e o recorrente fazia promessas e não as cumpria e, a cada hora, dizia que estava num lugar, levando o depoente a desistir da viagem.

Pedro Paulo, por sua vez, informou que ele e sua esposa adquiriram duas passagens em nome do declarante. Contudo, o réu ficou por um tempo prometendo que ia entregar as passagens e nunca as entregou e, mais próximo da viagem marcada, o recorrente saiu de circulação e o declarante não conseguia mais encontrá-lo, levando o declarante a comprar novas passagens para

não perder a reserva do hotel e os ingressos para assistir a um torneio de tênis dos Estados Unidos. Ressaltou, ainda, que efetuou o pagamento ao réu no ano de 2011, ano da contratação e que o mesmo foi indicado por uma amigo do depoente, o Carlos Taricano.

Denise Canário Rabello e seu marido Marcelo Rodrigues Rabello compraram duas passagens com o réu para Miami, as quais deveriam ter sido entregues no ano de 2012, no valor de R\$ 3.350,00, muito embora tenha sido efetuado depósito na conta indicada pelo acusado, em nome de Taisa, ressaltando que os contatos com o réu eram feitos por *e-mails* e que uma semana antes o mesmo não atendia mais o telefone.

Raul Francisco Comerlato Filho também adquiriu passagens com o réu e, como os demais lesados, depositou o dinheiro na conta indicada pelo réu, em nome de Taisa. Destacou que, chegando perto da viagem e não obtendo resposta do acusado, ligou várias vezes para este, o qual chegou, inclusive, a lhe enviar uma confirmação de reserva por *e-mail* e, depois disso, em março, perto da viagem, enviou, ainda, uma reconfirmação. No entanto, não obtendo mais resposta, foi obrigado a adquirir, através do Taricano, numa empresa da Rua México, a Plantel Turismo, novas passagens para quinta-feira para não perder o hotel, o carro alugado e a reserva que tinha feito no destino.

Zimilson Pedro Vianna também confirmou os fatos narrados na denúncia, afirmando que depositou os valores da passagem, em torno de R\$ 6.000,00, na conta indicada pelo Réu, em nome da companhia deste de nome Taisa.

Márcio Lacerda Olivieri e Ernesto Marques de Sá narram também que não foram restituídos dos valores pagos ao recorrente, consoante se constata dos depoimentos colacionados.

6. Deste cenário, não se vislumbra um mero inadimplemento contratual passível

de recomposição tão só na seara cível, como quer fazer crer a defesa e o próprio réu, em sede de autodefesa, já que não se espera de um profissional que atue no setor de compra e venda de passagens aéreas que simplesmente desapareça sem dar qualquer satisfação a seus clientes.

7. Muito embora o réu, em Juízo, tenha afirmado que tudo se tratou de uma negociação comercial que não deu certo e que pretendia ressarcir os valores recebidos, tais alegações não encontram eco no conjunto probatório e não se coadunam com sua atitude de não dar qualquer satisfação a seus clientes, ocultando-se. Sinaliza justamente o contrário, não se tendo notícia de que o mesmo tenha entrado em contato com os lesados, visando a uma renegociação. Antes, os depoimentos destes últimos são no sentido de que não foram ressarcidos, tampouco procurados com essa finalidade.

8. Curiosa a versão que apresenta quanto ao destino dado aos valores recebidos de cliente. Alega o réu que, quando recebia o dinheiro dos clientes, os valores eram para pagar tudo, havia um caixa único.

No entanto, pelo que se depreende das declarações do Réu e dos lesados no que se refere aos fatos em questão, o pagamento dos serviços e produtos pelos clientes se dava de forma adiantada, ou seja, o réu não os custeava para somente após ser ressarcido pelos clientes.

Assim, ainda que, de acordo com sua versão, os valores recebidos entravam num caixa único, o qual era utilizado para pagar tudo, a alegação do réu no sentido de que o dinheiro recebido foi usado para emitir outras passagens não se mostra plausível para explicar o fato de não ter dinheiro em caixa para devolver aos lesados os valores que deles recebeu.

O profissional que se encontra em dificuldades financeiras tem obrigação de contatar os seus clientes e cientificá-los de

que não será possível cumprir o avençado, em tempo hábil, apresentando-se-lhes os motivos para tanto. Todavia, não foi isso que aconteceu nos autos, sendo certo que o recorrente, mesmo depois das datas previstas para a viagem dos lesados, não entrou mais em contato com estes, sinalizando o seu *animus* de se apropriar, em definitivo, das quantias recebidas em razão de seu ofício. Nesse contexto, não há como afastar a responsabilidade penal do apelante, porquanto devidamente caracterizado o *animus rem sibi habendi*, não havendo dúvidas de que o mesmo se apropriou dos valores recebidos das vítimas, não os repassando às companhias aéreas, sem dar qualquer justificativa plausível as mesmas, antes ocultou-se, repita-se, evitando qualquer contato.

9. Quanto à causa de aumento prevista no § 1º, inciso III, do artigo 168 do Código Penal, vale consignar que restou devidamente evidenciada, eis que o acusado se apresentou como agente de viagens, apropriando-se indevidamente dos valores descritos na exordial, dando-lhes destinação diversa daquela contratada pelas vítimas.

10. Da dosimetria - O Juiz *a quo* fixou a pena-base no mínimo previsto no tipo penal incriminador, qual seja, em 01(um) ano e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo. Na segunda fase da fixação da reprimenda, não obstante o reconhecimento das circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65, I (maior de 70 anos) e III, “d”, do Código Penal, as mesmas não puderam ser consideradas, nos termos da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a pena-base não pode ficar aquém do mínimo legal. Com efeito, não merece acolhida o pleito defensivo nesse tocante.

Derradeiramente, tendo em vista a presença da causa de aumento prevista no inciso III do parágrafo 1º do artigo 168 do Código Penal, aumentou a pena em 1/3 (um terço), elevando-a a 01(um) ano, 4(quatro)

meses e 13 dias-multa.

Por fim, reconhecendo o fenômeno da continuidade delitiva, acresceu a sanção obtida na última fase de fixação de reprimenda de 1/3, razão, aliás, benéfica ao recorrente, considerando o número de delitos praticados, em número de sete, acomodando a sanção em 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 dias de reclusão e a 16 dias-multa, no valor unitário mínimo. Nesse ponto, vale destacar que o Juiz sentenciante, não considerou o disposto no art 72 do Código Penal, que dispõe que as multas se aplicam distinta e integralmente, cuja aplicação ensejaria a fixação da pena pecuniária em 91 (noventa e um) dias-multa. Considerando que o *quantum* de pena de multa aplicado pela Magistrada *a quo* é benéfico ao réu, o mesmo deve ser mantido.

Quanto ao regime fixado: Aberto, nada a reparar, já que estabelecido o mais benéfico, sendo certo que a pena corporal foi substituída, nos termos do artigo 44 do Código Penal, por prestação de serviços à comunidade pelo período da pena aplicada, bem como por prestação pecuniária no montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Portanto, a sentença vergastada não merece qualquer reparo, mantendo-se por seus próprios e escorreitos fundamentos, os quais se acrescentam os articulados lançados ao longo deste voto.

11. Prequestionamento: Por fim, no que tange às alegações de prequestionamento para fins de interposição eventual de recursos extraordinário ou especial arguidos, as mesmas não merecem conhecimento e tampouco provimento, eis que não se vislumbra a incidência de quaisquer das hipóteses itemizadas no inciso III, letras “a”, “b”, “c” e “d” do art. 102 e inciso III, letras “a”, “b” e “c” do art. 105 da CRFB e por consequência nenhuma contrariedade/negativa de vigência, nem demonstração de violação de normas constitucionais ou infraconstitucio-

nais, de caráter abstrato e geral.

12. Negado provimento ao recurso, mantendo-se, *in totum*, a sentença recorrida.

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0005258-95.2014.8.19.0001, em que é Apelante Sérgio Roberto Santos da Silva Mello e Apelado Ministério Público.

Acordam os Desembargadores, que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora, que passa a integrar o presente.

Trata-se de Ação Penal proposta pelo Ministério Público em face de Sérgio Roberto Santos da Silva Mello, dando-o como incurso no 168, §1º, inciso III, por sete vezes, na forma do art. 69, ambos do Código Penal, porque, segundo a denúncia:

No mês de março de 2013, no bairro da Barra da Tijuca, nesta Comarca, o denunciado, agindo de forma livre e consciente, apropriou-se de coisas alheias móveis, consistentes nas quantias de: R\$ 6.388,00 (seis mil trezentos e oitenta e oito reais); R\$ 3.350,00 (três mil trezentos e cinquenta reais); R\$ 3.350,00 (três mil trezentos e cinquenta reais); R\$ 1.675,00 (mil seiscentos e setenta e cinco reais); R\$ 6.864,00 (seis mil oitocentos e sessenta e quatro reais); R\$ 3.720,00 (três mil setecentos e vinte reais) e R\$ 4.070,00 (quatro mil e setenta reais), totalizando R\$ 29.417,00 (vinte e nove mil, quatrocentos e dezessete reais), de que teve a posse em razão de ter sido contratado, respectivamente, pelos lesados Carlos Taricano, Pedro Paulo Guimarães Berardinelli, Denise Canario Rabello, Raul Francisco Comerlato Filho, Zimilson Pedro Vianna, Marcio Lacerda Olivieri e Ernesto Marques de Sá como agente de viagens para a concretização de negócio jurídico

de compra de passagens aéreas.

No mês de outubro de 2011, objetivando a compra de passagens aéreas, os lesados contrataram os serviços de agente de viagens do denunciado, efetuando os depósitos acima mencionados na conta-corrente n.º..., agência n.º..., do Banco Itaú, de titularidade de Taisa Maria Amaral Viard, companheira do denunciado.

Ocorre que o denunciado não repassou as quantias para as companhias aéreas, apropriando-se indevidamente dos valores que lhe foram confiados sem dar qualquer satisfação aos lesados, que tiveram que adquirir as passagens em outras agências, mediante novos pagamentos.

O Juízo de Direito da 42ª Vara Criminal da Comarca da Capital, em sentença da lavra da Doutora ALESSANDRA de ARAÚJO BILAC MOREIRA PINTO, condenou o Acusado Sergio Roberto Santos da Silva Mello como incurso nas penas do artigo 168, §1º, Inciso III (sete vezes) na forma do art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 01(um) ano, 09 (nove) meses e 10(dez) dias de reclusão e 16 dias-multa, no valor unitário mínimo, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas restritiva de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período da pena aplicada, com carga horária de 06 (seis) horas semanais, em entidade a ser estabelecida pela VEP e uma de prestação pecuniária, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a ser revertida em favor do INCA voluntário (indexador 00422).

Intimação do acusado que se manifestou no sentido de recorrer da sentença (indexador 00442).

Recurso de apelação interposto pela Defesa Técnica (indexador 00444), em cujas razões recursais (indexador 00449) alega, em síntese, inexistência de dolo, já que o apelante, reiteradamente, afirmou que pretendia devol-

ver todos os valores que lhe foram depositados e que os fatos narrados na denúncia são inéditos em seus 50 (cinquenta) anos de carreira.

Assevera que, no ano de 2012, o sistema aéreo internacional passou por uma grande crise, ocorrendo muitas mudanças abruptas no mercado de viagens, ensejando alterações nos valores de negociação, alterações de contratos com fornecedores, dentre outros fatores que abalaram os acordos realizados pelo acusado.

Salienta que as condições das passagens só se fixam no momento do pagamento destas. Sendo assim, como só havia sido efetuada a reserva, cujos comprovantes foram enviados às supostas vítimas, para a segurança destas, os valores, inicialmente acordados, não eram mais válidos, já que, com o aumento absurdo das passagens, não seria possível comprá-las com os valores que lhe foram repassados.

Sustenta a ausência de responsabilidade, aduzindo que a conduta realizada pelo apelante não é passível de punição, uma vez que o fato do réu ter sido descuidado e desorganizado em relação às suas finanças e a eventualidade de os preços terem subido, impossibilitando o apelante de devolver o dinheiro pertinente aos valores das passagens, constitui mero ilícito civil.

Requer, pois, a reforma da sentença para absolver o acusado. Subsidiariamente, pede a redução da pena a quem do mínimo legal, formulando, ainda, prequestionamento com vistas à interposição de recurso aos Tribunais Superiores (indexador 00449).

Contrarrazões do Ministério Público prestigiando a sentença recorrida (indexador 00464).

A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Doutora FÁTIMA MARIA FERREIRA MELO, opinou pelo desprovimento do

recurso (indexador 000487).

O recurso é tempestivo e estão satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade.

Voto

Trata-se de recurso de apelação da defesa, em razão da sentença do Juízo de Direito da 42ª Vara Criminal da Comarca da Capital, da lavra da Doutora ALESSANDRA DE ARAÚJO BILAC MOREIRA PINTO, que condenou o Acusado Sergio Roberto Santos da Silva Mello como incurso nas penas do artigo 168, §1º, Inciso III (sete vezes) na forma do art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 01(um) ano, 09(nove) meses e 10(dez) dias de reclusão e 16 dias-multa, no valor unitário mínimo, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas restritiva de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período da pena aplicada, com carga horária de 06 (seis) horas semanais, em entidade a ser estabelecida pela VEP e uma de prestação pecuniária, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a ser revertida em favor do INCA voluntário.

A Defesa pede a reforma da sentença para absolver o Acusado, aduzindo, em síntese, ausência de dolo e que o caso se constitui em mero ilícito civil. Subsidiariamente, pede a redução da pena aquém do mínimo legal, formulando, ainda, prequestionamento com vistas à interposição de recurso aos Tribunais Superiores.

Considerando os termos da irrisignação recursal, cumpre que se proceda ao revolvimento do material fático probatório coligido nos autos, ao longo da instrução, a começar pela prova oral.

Carlos Taricano, lesado, noticiou os fatos à Autoridade Policial, informando que ele e mais três pessoas foram lesados pelo Sr. Sergio Santos da Silva Mello e pela Sr.ª Taisa Maria Amaral Viard, apresentando o seguinte relato,

datado de 08/05/2013:

Fui apresentado ao Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello por um amigo que já utilizava os serviços de venda de passagens aéreas oferecidos pelo Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello há algum tempo. Cheguei a utilizar o serviço dele em conjunto com esse amigo, quando nossas esposas foram viajar juntas para Orlando/EUA em 2011. O Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello se passa por um agente de viagens que revende passagens aéreas “ganhas” das companhias aéreas a título de “bonificação por volume de vendas” e que, por conta disso, são bilhetes aéreos com características diferentes das compradas normalmente nos balcões. Nessa primeira viagem da minha esposa em 2011 deu tudo certo. Recebemos as passagens aéreas antes da data da viagem. Assim, e por isso, quando fomos cotar passagens para uma nova viagem em março de 2012 pedimos para o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello também apresentar uma proposta. E, como o valor da proposta apresentada por ele foi aproximadamente 20% (vinte por cento) menor que as outras que obtivemos, formalizamos a compra, e eu deposei, então, o valor de R\$ 6.388,00 (seis mil trezentos e oitenta e oito reais) como pagamento por 04 (quatro) passagens aéreas, Rio de Janeiro/Miami/Rio de Janeiro, pela TAM, com ida em 23/03/2012 e volta em 07/04/2012. Assim, em 13/10/2011, seguindo orientação dada pelo Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello, deposei o valor acima citado na conta corrente da Sra. Taisa Maria Amaral Viard - no Banco ITAU (341) - Agência...- Conta Corrente:.... (DOC. 01). Posteriormente, por solicitação de amigos (as outras vítimas), que também estavam indo para o mesmo destino (Miami/EUA) em datas próximas da minha, informei o valor que eu já havia pagado pelas passagens aéreas e os mesmos se interessaram, e também fecharam negócio com o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello. Em 21/11/2011 o Sr. Sergio

Roberto Santos da Silva Mello encaminhou mensagem eletrônica onde “reconfirmava” as reservas feitas para a emissão das passagens já pagas por mim e por meus amigos. (DOC. 02). Em 22/12/2011 repassei aos meus amigos, a pedido do Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello, mensagem eletrônica onde o mesmo se desculpava pelo seu silêncio (a esta altura já era difícil um contato com ele, pois o mesmo não respondia os telefonemas, nem os recados deixados na caixa postal no celular nº...) e me dizia que ficasse tranquilo, pois estava tudo certo. (DOC. 03). Por questões profissionais, por volta do dia 10 de março de 2012, isto é, duas semanas da data do embarque, tive que suspender minha viagem. Ressalto que nesta data eu ainda não tinha em mãos as 04(quatro) passagens aéreas pelas quais paguei em outubro/2011. Assim, informei o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello que eu não poderia mais viajar e ele me informou que devolveria integralmente os valores que eu havia depositado e que eu não me preocupasse com a viagem de meus amigos, pois daria tudo certo (tenho várias trocas de *e-mails* e SMS com ele a este respeito). Quando cancelei minha viagem (por volta do dia 10/03/2012) e percebi que o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello não estava cumprindo com os prazos que estava dando aos meus amigos para a entrega dos bilhetes aéreos de cada um, eu, muito preocupado com isso, pedi à agência de viagens – a Plantel Turismo – que atende as demandas da empresa onde trabalho, para que fizesse uma cotação das passagens para os amigos que haviam também fechado negócio com o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello. E, graças a isso, os meus amigos conseguiram viajar, pois o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello jamais entregou as passagens aéreas pagas pelos meus amigos e, tampouco, devolveu a nenhum de nós dinheiro pago pelas passagens aéreas. Ou seja, até a presente data o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello ainda não devolveu os R\$ 6.388,00 que paguei pelas 04 (quatro) pas-

sagens aéreas e meus amigos também não receberam os bilhetes aéreos pelos quais pagaram e foram obrigados a comprar novos bilhetes para poderem viajar na data inicialmente prevista e planejada (indexadores 00009/00013).

Posteriormente, em 06/07/2012, compareceu à UPJ e disse que até aquela data o autor Sergio Roberto Santos da Silva Mello e sua companheira Taisa Maria Amaral Viard não fizeram contato com o declarante, bem como, com as demais pessoas qualificadas no presente procedimento; que o declarante afirma que até a presente data o valor de R\$ 6.388,00 não foi devolvido; que o declarante alega que conhece Sergio há aproximadamente 08 (oito) meses (indexador 00094).

Em juízo, disse que reconhece o réu presente à audiência como autor dos fatos narrados na denúncia, esclarecendo que o conheceu através de um conhecido seu, que é Almirante da Marinha, de nome Carlos Seixas, que havia perdido um filho e pediu ao declarante que a esposa deste viajasse com a esposa daquele; que elas foram para os Estados Unidos, à época, e quem estava comprando as passagens para o Almirante era o Sérgio; que Carlos Seixas mora em Washington; que, na ocasião, comprou também passagem para a sua esposa e foi quando conheceu o acusado; que, depois de um tempo, o declarante ia assistir a um torneio de tênis e resolveu fazer uma cotação de mercado, com vistas a comparar o valor das passagens, já que o depoente pretendia comprar passagens para o próprio, sua esposa e seus dois filhos; que, na época, consultou o réu, que apresentou condições razoavelmente boas, similar ao que estava sendo oferecido no mercado, mais um pouco melhor e, por isso, acabou fechando com ele; que, depois os amigos do declarante, que também são vítimas, souberam que o depoente havia comprado passagens com o acusado e também fecharam com o réu, por indicação do declarante. Ocorre

que as passagens não foram entregues; que, em 2011, foi a primeira em vez que a esposa do declarante viajou, adquirindo as passagens do réu e, em 2012, a segunda vez, ensejando os fatos narrados na denúncia; que comprou quatro passagens de ida e volta para Miami, no valor aproximado de R\$ 6.300,00, valor pago através de depósito em conta indicada pelo acusado, em nome de uma pessoa chamada Taisa; que o réu mandou para o declarante um comprovante de reserva da companhia aérea que não se recorda qual seja no momento; que só teve contato com o réu; que os seus outros amigos são Raul, Pedro Paulo e Denise, os quais, também, iam para o torneio de tênis; que, na praia, o declarante tinha outros amigos, que também são amigos do Almirante, ou seja, Márcio e Ernesto, os quais também tinham acabado de comprar com o réu e iam viajar uma semana antes do declarante; que Zimilson e Pedro, que moram em São Paulo, já tinham comprado no passado e também estavam aguardando a deles; que a sequência era assim: primeiro era o Pedro a viajar, depois o Márcio e o Ernesto e, depois, o declarante e sua família; que a data ia se aproximando e o declarante ressaltando para o réu o compromisso que tinha com as pessoas para quem havia indicado o recorrente; que as pessoas compraram com o réu por causa do depoente, assim como este comprou por causa do Almirante; que havia uma relação de confiança entre as pessoas; que a informação que o depoente tinha era a de que o réu vendia para as pessoas da Marinha e que o filho dele é da Marinha e que era usual a compra de passagens por intermédio dele, razão pela qual se sentiu confortável em fazer com o réu a transação; que, na época que sua esposa viajou, a entrega da passagem se deu muito próximo da viagem e o declarante já tinha pedido ao acusado que isso não se repetisse, pois numa viagem internacional não é bom receber a passagem em cima da hora; que o réu dizia para o declarante que estava tudo certo e a passagem não vinha até que chegou o momento em que o

declarante não tinha condições de comprar outra passagem e acabou desistindo de viajar; que arrumou para seus amigos outra agência com condições vantajosas para que eles pudessem viajar; que todos compraram outras passagens, ou seja, os que iam para Miami com o declarante, excluindo o Márcio e o Ernesto; que, quando viu que a passagem do Pedro, do Márcio e do Ernesto não foram entregues percebeu que a do declarante também não seria; que o réu lhe deu as seguintes opções: devolver o dinheiro, dar a passagem ou o declarante ficar com um crédito para passagem futura; que o declarante preferiu pegar o dinheiro, o qual não lhe foi devolvido pelo recorrente; que o réu prometia e não cumpria e, a cada hora, dizia que estava num lugar, ou seja, cada hora era uma desculpa e o declarante falando para o réu que tinha preocupação com os amigos do depoente; que são todos sócios do Marina Barra Club e ia ficar muito mal para o declarante, que é Conselheiro lá; que chegou a se oferecer para pagar as passagens de seus amigos, mas eles não aceitaram, mas que ficou numa situação muito ruim com isso; que a referência vinda do Almirante era que o réu tinha trabalhado muitos anos na Marsans e que trabalhava nessa atividade há muitos anos. Perguntado se recebia *e-mail* de uma agência, respondeu que recebia *e-mail* e SMS do acusado; que desistiu de viajar um mês antes da data marcada.

Pedro Paulo Guimarães Berardinelli, lesado, noticiou os fatos à autoridade policial, nos seguintes termos:

Em 01/11/2011, eu e minha companheira, Gisela Sarmiento Dutra (também vítima do Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello), fizemos uma cotação para a compra de 02 (duas) passagens aéreas Rio de Janeiro/Miami/Rio de Janeiro, com o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello (Doc. 01, em anexo). Em 03/11/2012, conforme orientação do Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello, efetuei depósi-

to, no valor de R\$ 3.350,00 (três mil trezentos e cinquenta reais), referente ao pagamento das 02 (duas) passagens aéreas cotadas, na conta corrente da Sra. Taisa Maria Amaral Viard, no Banco ITAU, agência ..., conta corrente n ..., conforme orientação do Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello, sendo certo que o mesmo, em seguida, confirmou a emissão de (02) dois bilhetes em meu nome e no nome de minha companheira. (Doc. 02, em anexo). No dia 21/11/2011 o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello encaminhou para a minha companheira, Gisela Sarmento Dutra, mensagem eletrônica “reconfirmando” as reservas feitas para a emissão das citadas passagens aéreas. (Doc. 03, em anexo). Em 12/01/2012 recebemos mensagem eletrônica (Doc. 04, em anexo), repassada pelo Sr. Carlos Taricano (outra vítima do Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello), onde o Sr. Sergio Mello se justificava pela demora no retorno de contatos feitos por nós solicitando informações sobre os bilhetes aéreos. Não conseguimos mais qualquer contato, via telefone ou mensagem eletrônica, com o Sr. Sergio Mello durante todo o restante do mês de janeiro e durante todo o mês de fevereiro. No dia 08/03/2012 o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello encaminhou mais uma mensagem eletrônica nos pedindo paciência e avisando que as “autorizações para emissão” haviam chegado (Doc. 05), e este foi o último contato que tivemos com o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello, desde então, até a presente data. Desde o início do mês de janeiro o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello já não atendia mais os nossos telefonemas, e tampouco retornava os inúmeros recados. O Sr. Sergio Mello estava, de forma flagrante, fugindo e evitando qualquer contato conosco. Acrescento que a hospedagem em Miami, o aluguel do carro e os ingressos para evento esportivo em Miami já estavam pagos desde novembro/2011. No dia 19/03/2012 minha companheira, Gisela Sarmento Dutra, encaminhou mensagem eletrônica ao Sr. Sergio Mello soli-

citando o cancelamento da emissão dos nossos bilhetes aéreos e a devolução do nosso dinheiro, uma vez que até aquele momento não tínhamos os nossos bilhetes nas mãos para a viagem no dia 23/03/2012, e não tínhamos qualquer informação do Sr. Sergio Mello a respeito da emissão dos mesmos. Àquela altura, depois de tanta espera (mais de 4 meses), ansiedade e estresse, teríamos que comprar novos bilhetes aéreos. Não houve por parte do Sr. Sergio Mello, qualquer resposta ou manifestação a respeito da minha mensagem eletrônica. Assim sendo, para evitar prejuízo financeiro e desgaste emocional maiores, no dia 21/03/2012, isto é, 02 (dois) dias antes da data que desejávamos viajar, compramos 02 (dois) novos bilhetes aéreos da *American Airlines*, no valor de R\$ 4.060,94 (quatro mil e sessenta reais e noventa e quatro centavos), através da Plantel Turismo (Doc. 06, em anexo), indicada pelo amigo e vítima, Carlos Taricano, com ida e volta nas mesmas datas inicialmente programadas. O fato é que o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello e a Sra. Taisa Maria Amaral Viard receberam o valor de R\$ 3.350,00 (três mil trezentos e cinquenta reais) para pagamento de 02 passagens aéreas para o trecho Rio de Janeiro/Miami/Rio de Janeiro 04 (quatro) meses antes da data da viagem, e jamais cumpriram com o compromisso de nos entregar as citadas passagens aéreas pelas quais pagamos com tanta antecedência. Ambos, o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello e a Sra. Taisa Maria Amaral Viard, nos provocaram, além do prejuízo financeiro, um desgaste emocional e moral incalculáveis. Por todo o exposto solicito as providências necessárias (indexadores 00015/00018).

Em juízo, disse que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que o declarante e sua mulher, Gisela Sarmento Dutra, compraram duas passagens que saiu em nome do declarante, depositando o dinheiro na conta indicada pelo acusado; que o réu ficou por um tempo prometendo que ia entregar as

passagens e nunca as entregou e, mais próximo da viagem marcada, o réu saiu de circulação e o declarante não conseguia encontrar o réu, levando o declarante a comprar novas passagens para não perder a reserva do hotel e os ingressos para assistir a um torneio de tênis dos Estados Unidos; que efetuou o pagamento ao réu, no ano de 2011, ano da contratação; que o réu foi indicado por uma amiga do depoente, o Carlos Taricano, que já havia comprado passagem com ele e tinha corrido tudo bem; que tentou contato com o réu várias vezes através do número de telefone fornecido pelo recorrente, mas este não atendida; que o valor de R\$ 3.350,00 não foi recuperado; que não trocou *e-mails* com o réu, mas outras pessoas o fizeram na tentativa de contatar o acusado; que o acusado foi indicado pelo amigo do depoente como sendo um agente de viagem; que depositou dinheiro na conta da companheira do acusado, mas não teve contato pessoal com este, só falando com ele por telefone; que Carlos Taricano lhe disse que conheceu o réu através de indicação de um Almirante conhecido seu.

Denise Canario Rabello, lesada, noticiou os fatos, em sede policial, apresentando o seguinte relato:

Em 01/11/2011, recebi indicação para compra de passagens aéreas para Miami, EUA para março de 2012 com o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello através de mensagem eletrônica recebida de amiga, e também vítima, Gisela Sarmento Dutra (Doc.01, em anexo). Nesta mensagem constavam o custo da passagem e as informações para o pagamento das mesmas. Em 03/11/2011 o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello confirmou a emissão de (02) dois bilhetes (Doc. 02, em anexo) para mim e meu marido, Marcelo Rodrigues Rabello, de ida e volta, Rio de Janeiro (GIG) / Miami (Miami Intl, FL) /Rio de Janeiro (GIG), Classe Econômica, pela TAM, com ida marcada para o dia 23/03/2012 e volta marcada para

o dia 01/04/2012, ao custo de R\$ 3.350,00 (três mil trezentos e cinquenta reais). O valor acima citado foi depositado, através de transferência eletrônica bancária, no dia 03/11/2012, via *Bankline*, às 12:54:44h, conforme orientação do Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello na conta corrente da Sra. Taisa Maria Amaral Viard, no Itau Personnalité, Agência ... Conta Corrente nº ..., via *Bankline* (Doc. 03, comprovante da operação, em anexo), recebimento este que foi confirmado pelo Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello. O Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello não cumpriu com sua palavra. A partir do mês de janeiro de 2012, até a data de nossa viagem para os EUA, o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello não atendia mais os nossos telefonemas, não retornava as ligações e mensagens eletrônicas, se restringindo a responder um ou outro SMS que envie para o seu celular no número ... como o que enviei na noite do dia 16/03/2012, respondendo que tínhamos de ter paciência, pois as nossas passagens estavam para ser emitidas. O Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello estava, de forma flagrante, evitando qualquer contato conosco. A esta altura, já tínhamos pago o hotel, o aluguel do carro e os ingressos para evento esportivo em Miami. Além disto, dois dias antes da viagem que tínhamos programado, isto é, em 21/03/2012, quando a outra vítima Sr. Raul Francisco Comerlato Filho não recebeu a sua passagem para a sua viagem, programada e prometida para o dia 22/03/2012, meu marido e eu concluímos que não receberíamos as nossas passagens também. Decidimos, então, entrar em contato com a Plantel Turismo, indicada pela outra vítima Carlos Taricano e solicitar reservas para viajar para Miami, EUA, com ida e volta nas mesmas datas inicialmente programadas. Para evitar prejuízo financeiro e emocional maior, resolvemos arcar com a despesa de novos bilhetes aéreos, ao custo de R\$ 4.060,94 (quatro mil e sessenta reais e noventa e quatro centavos), desta vez através da American Airlines e comprados através da Plantel

Turismo (Doc. 04, comprovante em anexo). O Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello e a Sra. Taisa Maria Amaral Viard nos deram um prejuízo inicial no valor de R\$3.350,00, além do desgaste emocional e moral, que são incalculáveis. O Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello recebeu o nosso pagamento com 04 (quatro) meses de antecedência e não cumpriu com o compromisso de nos entregar as 02 (duas) passagens aéreas pelas quais, de boa-fé, pagamos. Em 21/03/2012 encaminhei mensagem eletrônica ao Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello (Doc. 05, cópia em anexo), comunicando o cancelamento da emissão dos nossos bilhetes aéreos e solicitando a devolução do valor pago, uma vez que até aquele momento não tínhamos os nossos bilhetes nas mãos e não tínhamos qualquer informação do Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello a respeito da emissão dos mesmos. Àquela altura, depois de tanta espera (mais de 4 meses), ansiedade e estresse, iríamos adquirir novos bilhetes aéreos. Não houve por parte do Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello qualquer resposta ou manifestação a respeito da minha mensagem eletrônica. Por todo o exposto, solicito as providências necessárias (indexadores 00019/00022).

Posteriormente, compareceu à UPJ e disse que até a presente data o autor Sergio Roberto Santos da Silva Mello e sua companheira Taisa Maria Amaral Viard não fizeram contato com a declarante e seu esposo Marcelo Rodrigues Rabello, bem como com as demais pessoas qualificadas no presente procedimento; que a declarante afirma que até a presente data o valor de R\$ 3.350,00 não foi devolvido; que a declarante alega que conheceu Sergio através da Gisela e Carlos Taricano (indexador 00090).

Em juízo, disse que a declarante e seu marido, Marcelo Rodrigues Rabello, compraram duas passagens para Miami através do Sr. Sérgio Mello; que a passagem era para ter sido

entregue em março de 2012 e não foi; que já tinham feito o pagamento através de uma transferência para o Banco Itaú em nome da Taisa, que é companheira do Sr. Sérgio Mello; que o réu não honrou com o compromisso, forçando a declarante e seu marido a comprarem novas passagens, através da Plantel, indicado pelo Carlos Taricano, uma vez que já tinha um pacote de viagem comprado no exterior; que Carlos Taricano foi intermediário (ou seja, que indicou o réu) na compra das passagens com o Sérgio Mello; que o valor era R\$ 3.350,00; que os contatos eram feitos com o acusado, por *e-mail*, que tem tudo documentado por este meio; que, uma semana antes, o réu não atendida mais o telefone; que nem conhecia o réu até a data da audiência; que o mesmo não deu qualquer justificativa.

Raul Francisco Comerlato Filho, lesado, noticiou os fatos à autoridade policial, apresentando o seguinte relato:

O Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello me foi indicado pelo amigo, e também vítima, Carlos Taricano, com quem ele comprou passagens aéreas para Miami/EUA para o mês de março/2012. Assim sendo, em 07/11/2011, conforme orientação do Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello, efetuei depósito no valor de R\$ 1.675,00 (hum mil seiscentos e setenta e cinco reais) em favor da Sra. Taisa Maria Amaral Viard, no Banco ITAU, agência ..., conta corrente ... (Doc. 01) para pagamento de 01 (uma) passagem aérea Rio de Janeiro/Miami/Rio de Janeiro, pela TAM, para o dia 22/03/2012 e volta no dia 02/04/2012. No mesmo dia o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello confirmou minha reserva. No dia 21/11/2011, o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello encaminhou a todos uma mensagem eletrônica “reconfirmando” as reservas feitas para a emissão das citadas passagens aéreas (Doc. 02, em anexo). Em 12/01/2012, recebi mensagem eletrônica repassada pelo Sr. Carlos

Taricano (também vítima do Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello), onde o Sr. Sergio Mello se justificava pela demora no retorno de contatos feitos por nós, solicitando informações sobre os bilhetes aéreos. No dia 08/03/2012, o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello encaminhou mais uma mensagem eletrônica nos pedindo paciência e avisando que as “autorizações para emissão” haviam chegado. A partir daí o contato com o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello ficou praticamente impossível, pois ele não atendia os telefonemas e não retornava os recados deixados na caixa postal do celular número ..., e tampouco os *e-mails* enviados. A minha viagem estava marcada para o dia 22/03/2012. No dia 21/03/2012, para evitar prejuízo financeiro e emocional maior, comprei uma nova passagem aérea pela *American Airlines*, ao custo de R\$ 2.185,14 (dois mil e cento e oitenta e cinco reais e quatorze centavos), através da Plantel Turismo, indicada pelo amigo e também vítima, Carlos Taricano, com ida e volta nas mesmas datas inicialmente programadas (indexadores 00023/00025).

Posteriormente, compareceu à UPJ e disse que até a presente data o autor Sergio Roberto Santos da Silva Mello e sua companheira Taisa Maria Amaral Viard não fizeram contato com o declarante, bem como, com as demais pessoas qualificadas no presente procedimento; que o declarante afirma que até a presente data o valor de R\$ 2.185,14 não foi devolvido; que o declarante alega que conheceu Sergio através de Carlos Taricano (indexador 00092).

Em juízo, disse que todo ano vai a Miami, no mês de março, assistir a um torneio de tênis; que Taricano é muito amigo do depoente e que havia comprado passagens para ele (Taricano) e família, para Denise e Pedro Paulo, adquirindo-as com o réu; que o Taricano disse ao declarante que ligasse para o Sérgio e este confirmou que ainda tinha passagem; que já tinha referência do réu através da Glaucia,

que é esposa do Taricano, eis que esta já tinha viajado antes e o Taricano também disse que vários amigos dele também haviam comprado e por isso o depoente resolveu também comprar, depositando o valor na conta indicada pelo réu; que, chegando perto da viagem, não obtinha resposta do acusado, o qual, antes, quando o depoente com ele falava, dizia que a passagem estava vindo; que o acusado mandou para o depoente uma confirmação de reserva por *e-mail* e, depois disso, em março, perto da viagem, o réu lhe mandou uma reconfirmação; que, chegando perto da viagem, ligou para o réu várias vezes; que ia viajar numa quinta-feira e na quarta feira começou a ligar para o acusado e não obteve mais resposta e aí, através do Taricano, numa empresa da Rua México, a Plantel Turismo, conseguiu comprar novas passagens para quinta-feira para não perder o hotel, o carro alugado e a reserva que tinha feito no destino; que o dinheiro foi depositado na conta indicada pelo réu em nome de Taisa; que não recuperou o dinheiro e, depois disso, não mais conseguiu falar com o réu; que tinha conhecimento de que a Glaucia, esposa do Taricano e a esposa do Almirante tinham viajado com passagens compradas com réu; que antes chegou a entrar no *site* e viu a reserva registrada, mas não havia confirmação; que não chegou a imprimir tal consulta; que não fez contato com a companhia aérea; que o declarante, Taricano, Pedro Paulo e Denise entraram com uma ação do Juizado Especial da Barra da Tijuca em face do Réu; que a ação não teve resultado porque não se conseguiu citar o acusado.

Zimilson Pedro Vianna, lesado, noticiou os fatos à autoridade policial, apresentando o seguinte relato:

Fui apresentado ao Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello por um amigo que já utilizara os serviços de venda de passagens aéreas oferecidos por ele há algum tempo. O Sr. Ser-

gio Roberto Santos da Silva Mello se passava por um agente de viagens que revendia passagens “ganhas” das companhias aéreas a título de “bonificação por volume de vendas” e que, por conta disso tinha características diferentes das compradas normalmente nos balcões. Nessa negociação de viagem, fui informado da confiabilidade do Sr. Sergio e que nada havia dado errado antes, e todas as viagens programadas foram entregues. Desta forma, resolvi comprar as passagens aéreas, pelo motivo que quando fomos cotar passagens no mercado a proposta apresentada pelo Sr. Sergio foi aproximadamente 20% menor que as outras que obtive, formalizei desta forma a compra e eu depusitei, então, o valor de R\$ 6.864,00 (seis mil oitocentos e sessenta e quatro reais) como pagamento por 04 (quatro) passagens aéreas, Rio de Janeiro/Miami/Rio de Janeiro, pela TAM, com ida em 29/12/2011 e volta em 20/01/2012. Assim, em 29/07/2011, seguindo orientação dada pelo Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello, depusitei o valor acima citado na conta corrente da Sra. Taisa Maria Amaral Viard - no Banco ITAU (341) - Agência ... - Conta Corrente: Após várias ligações e *e-mails* de cobrança, como o Sr. Sergio não respondia ou atendia as ligações para entrega das passagens, e como esta seria o presente de aniversário de 15 anos da minha sobrinha, efetuei uma nova compra no mês de outubro de 2011 na Decolar.com, pela companhia *American Airlines*, pagando um valor 100% mais caro do que as que deveriam ser entregues, pois as mesmas haviam sido majoradas pela alta procura do mês de dezembro. Continuei cobrando o Sr. Sergio semanalmente, solicitando inclusive apoio ao pai da minha sobrinha que reside no Rio de Janeiro para reforçar a cobrança das mesmas. O pai de minha sobrinha falou diversas vezes com o Sr. Sergio que ratificou que iria entregar as passagens. Como não havia recebido as passagens até o dia 28 de dezembro, informei o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello que eu não iria mais viajar. Ele me informou que

devolveria integralmente os valores que eu havia depositado ou que me entregaria novas passagens. Solicitei desta forma novas passagens para viajar em abril, as quais também não foram entregues. Em diversas conversas com o Sr. Sergio ele informou que eu não me preocupasse com a viagem, pois “daria tudo certo” (tenho várias trocas de *e-mails* e SMS com ele a este respeito). Da mesma forma que anteriormente as passagens prometidas não foram entregues e nenhum dinheiro pago foi devolvido. Ou seja, até a presente data, o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello ainda não devolveu os R\$ 6.864,00 (seis mil oitocentos e sessenta e quatro reais) que paguei pelas 04 (quatro) passagens aéreas e tampouco as passagens que havia proposto como troca pelos valores pagos (indexadores 00068/00070).

Posteriormente, compareceu à UPJ e disse que, em 19/07/2011, o declarante foi indicado por seu amigo Carlos Taricano para comprar passagens aéreas internacionais com o Sr. Sergio Roberto Santos da Silva Mello, pois ele era agente de viagens e tinha preços melhores; que comprou passagens através de contatos telefônicos e por *e-mails*; que o declarante comprou três passagens para Miami nos Estados Unidos; que pagou pelas passagens um total de R\$ 5.148,00, sendo realizado duas transferências bancárias para a conta da companheira de Sergio Roberto, sendo a primeira no dia 29/07/2011, no valor de R\$ 3.432,00 e outro no dia 02/08/2011, no valor de R\$ 1.716,00; que a companheira de Sérgio Roberto se chama Taisa Maria Amaral Viard; que a conta de Taisa é no Banco Itaú Ag. ... c/c ...; que o autor encaminhou *e-mail* com as reservas das passagens, mas não efetuou o pagamento junto à companhia aérea *Copa Airlines*; que o declarante tentou vários contatos com o autor, mas não obteve êxito em falar com ele; que até o momento o autor não devolveu nenhuma quantia ao declarante (indexador 00126).

Em juízo, disse que são verdadeiros os fatos narrados na Inicial; que morava em São Paulo, mas, atualmente, está residindo no Rio de Janeiro; que tinham um amigo em comum, o Almirante, Carlos Seixas; que a sobrinha do declarante estava fazendo 15 (quinze) anos e queria viajar e o depoente resolveu dar uma passagem de presente a mesma, para Orlando, Estados Unidos; que o Almirante, Carlos, recomendou o Sérgio como um agente de viagens e o depoente comprou quatro passagens com o réu, o qual mandou um *print* da passagem; que comprou passagens para Miami e, depois, Nova Iorque; que depois que o réu printou as telas das passagens, referente à Companhia Aérea Copa Airlines, em março, depositou o valor na conta indicada pelo réu, em nome de Taisa, em torno de R\$ 6.000,00; que, passado um mês, foi ver na Copa e a reserva tinha expirado, razão pela qual começou a ligar para o réu e este retornava às ligações; que, depois de três meses, o réu parou de retornar para o depoente; que estava morando em São Paulo ainda; que ligou para o Almirante lhe dizendo que havia alguma coisa errada, pois o acusado parara de retornar as ligações; que em julho/agosto já não tinha mais contato com o réu, passando a mandar *e-mails*, cobrando, mas não conseguia mais falar com ele, exceto quando escondia o número do telefone, tendo, em outubro ou novembro, conseguido falar com o mesmo e este dizia para o declarante não se preocupar, pois a passagem ia vir; que, em dezembro, o declarante comprou outra passagem pela American Airlines, pagando R\$ 16.000,00 e levou sua sobrinha para Nova Iorque; que voltou na Praia e falou que o Sérgio não havia entregue as passagens; que o dinheiro não foi recuperado; que o Almirante indicou o réu; que, pelo que se lembra, o Almirante tinha comprado passagem para esposa viajar.

Marcio Lacerda Olivieri, lesado, em sede policial, disse que foi apresentado na praia ao Sr. Sergio Santos da Silva Mello em outubro

de 2011, que ofertou ao declarante passagens aéreas e hotéis com valores 20% mais baratos que os negociados no mercado; que o declarante comprou 2 passagens aéreas para os trechos Rio de Janeiro/Nova Iorque, Nova Iorque/Cancun, Cancun/Miami e Miami/Rio de Janeiro; que o declarante pagou por estas passagens o total de R\$ 3.720,00; que este valor foi depositado na conta corrente do Banco Itaú, Agência ... c/c ..., de Taisa Maria Amaral Viard, no dia 28/12/2011; que a sua viagem estava agendada para 31/03/2012; que o declarante falou com o autor até o dia 30/01/2012, cobrando as suas passagens; que, no dia 31/03/2012, o declarante não conseguiu mais contato com o autor; que o autor não entregou as passagens aéreas assim como não devolveu a quantia depositada; que toda a negociação foi feita diretamente com Sergio Mello; que nunca teve contato com Taisa; que soube depois dos fatos que Taisa é a esposa de Sergio Mello (indexador 00135).

Em juízo, disse que o Almirante é amigo pessoal do declarante com quem joga vôlei na praia, num grupo que o depoente já participa há 15 anos; que a informação chegada ao declarante é a de que havia um agente de viagens que vendia passagem para o pessoal da Marinha a um preço melhor do que aquele praticado no mercado; que, segundo informado ao declarante pelo Almirante, o Carlos Seixas, o réu compraria as passagens num modelo de *pool* de milhas e que o único problema é que essa passagens são entregues bem próximo à viagem, faltando uma semana, dez dias antes do embarque; que o Carlos lhe disse que estava na Marinha a um bom tempo e nunca soube de ninguém que não tivesse recebido as passagens; que estava com a passagem marcada para Rio/Cancun, Cancun/Nova Iorque, Nova Iorque/Miami, Miami/Rio; que ia viajar em março; que quando foi em dezembro o Almirante estava viajando em Nova Iorque e ligou desesperado para o declarante, dizendo que acabara de receber uma ligação de um agente de viagens

dizendo que a passagem dele, da esposa e da filha fora cancelada, pedindo para o declarante tentar localizar o Sérgio, pois ele estava tentando e não conseguia; que conseguiu falar com o Sérgio dizendo que o Seixas estava desesperado em Nova Iorque e o réu lhe disse que podia deixar que ia entrar em contato com ele; que, no dia seguinte, o Almirante ligou para o depoente informando que o Sérgio estava vendo; que a partir desse episódio começou a ficar preocupado; que efetuou o pagamento para o réu através de depósito em conta em nome de Taisa, a quem não conhece; que deve ter uns trezentos *e-mail* trocados como Sérgio; que até então não conhecia o réu pessoalmente, pois só o contactava por *e-mail* e telefone; que o Almirante propôs ao declarante que almoçassem juntamente com o réu para o depoente conhecê-lo, aduzindo que o mesmo trabalhava com o pessoal da Marinha há muitos anos; que foi marcado o almoço no Praia *Shopping*, ali em Botafogo, onde almoçaram o declarante, o almirante, o réu e o Ernesto; que o Sérgio, na ocasião, tranquilizou o declarante, dizendo que estava tudo certo e que a passagem do depoente estava confirmada; que, dez dias antes da viagem marcada, o Sérgio não atendia mais ao telefone nem respondia mais *e-mails*; que o declarante não viajou; que sabia que o réu morava em Copacabana, mas não tinha um ponto fixo; que, segundo o Almirante, este já tinha viajado algumas vezes com o Sérgio e, segundo ele, as pessoas da Marinha, de um forma geral, viajavam com o réu; que, segundo informação do próprio Réu, o filho deste é oficial da Marinha também; que o Sérgio lhe disse que já estava nesse trabalho há muito tempo;

Ernesto Marques de Sá, lesado, em sede policial, disse que foi apresentado na praia ao Sr. Sergio Santos da Silva Mello em outubro de 2011, que ofertou ao declarante e a outros amigos passagens aéreas e hotéis com valores 20% mais baratos que os negociados no mercado; que comprou 2 passagens aéreas para

os trechos Rio de Janeiro/Nova Iorque, Nova Iorque/Cancun, Cancun/Miami e Miami/Rio de Janeiro; que o declarante pagou por estas passagens o total de R\$ 4.500,00 aproximadamente; que este valor foi depositado na conta corrente do Banco Itaú, Agência ... c/c ..., de Taisa Maria Amaral Viard, em dezembro de 2011; que a sua viagem estava agendada para 31/03/2012; que o seu amigo Marcio falou com o autor até o dia 30/01/2012, cobrando as suas passagens e as dele também; que, no dia 31/03/2012, Márcio não conseguiu mais contato com o autor; que o autor não entregou as passagens aéreas, assim como não devolveu a quantia depositada; que toda a negociação foi feita diretamente com Sergio Mello; que nunca teve contato com Taisa; que soube, depois dos fatos, que Taisa é a esposa de Sergio Mello; que não possui documento ou comprovante de depósito creditado na conta corrente de Taisa (indexador 00145).

Em Juízo, disse que o Márcio cuidou de tudo para o declarante; que depositou cerca de R\$ 4.000,00 na conta indicada pelo réu; que não conseguiu viajar, já que o réu não entregou as passagens; que o dinheiro não foi recuperado; que o Almirante Seixas, do vôlei, lá da praia, disse que já tinha viajado outras vezes, comprando passagens com o réu; que confiou na palavra do Seixas e o Márcio foi quem cuidou de tudo e trocou *e-mails* com o réu para saber detalhes; que não sabe detalhes sobre o tempo em que o acusado atuava no ramo, sabendo que o mesmo vendia lá para o pessoal da Marinha, que já tinha feito negócio com ele; que o Seixas disse que o réu demorava, mas entregava.

Taisa Amaral Viard, em juízo, disse que é companheira do réu e que emprestou a conta para o recorrente para este poder fazer os depósitos; que, de fato, recebeu na conta alguns valores; que, na época dos depósitos narrados na denúncia, o réu já estava

aposentado como *freelance* e a declarante estava na empresa, ainda, ou seja, na Marsans, que fechou há pouco tempo; que, em outubro de 2011, o réu não trabalhava na referida empresa, mas a declarante sim; que parou de trabalhar na referida empresa em junho de 2012; que a declarante ia com o réu ao banco sacar os valores, mas o dinheiro não entrava na empresa, já que o acusado era *freelance* e que o dinheiro ficava na mão do réu; que o réu, na época, tinha conta bancária, não sabendo informar por que o acusado não informou o número da própria conta; que acredita que o réu tenha usado a sua conta porque era de mais fácil acesso já que os valores entravam e saíam e a declarante não movimentava a conta; que não sabe o destino dado aos valores pelo acusado; que passaram por problemas financeiros; que o réu honrou alguns compromissos, outros não.

Gláucia Taricano, testemunha arrolada pela defesa, disse, em Juízo, que não conhece o réu pessoalmente; que este foi contratado por uma amiga da declarante de nome Regina, que é esposa do Almirante, Carlos Henrique; que ela agendou uma viagem com o réu; que o marido da declarante chegou a comprar passagem com o acusado; que supõe que o réu fosse agente de viagem; que foi o marido da declarante quem comprou a passagem para a depoente; que chegou a ter um problema, de uma outra feita, pois a passagem que foi enviada para o *e-mail* da declarante era uma passagem Rio/Orlando e a passagem recebida pela declarante, na véspera da viagem, era Rio/Huston/Orlando e não era na mesma companhia; que não foi a passagem teoricamente vendida para a declarante; que viajou, pois o destino final era Orlando; que o marido fez uma outra compra com o réu não finalizada, sendo esta que consta neste processo; que acha que sua amiga viajou de uma outra vez e teve um problema com a filha dela, pois a mesma recebeu um *e-mail* da companhia aérea, dizendo que passagem dela estava cancelada

por falta de pagamento; que não sabe o final da história e nem pode afirmar que isso, de fato, tenha acontecido; que Carlos Taricano é marido da declarante; que acha que seu marido chegou a cancelar as passagens compradas e que o Sérgio teria se comprometido a devolver o dinheiro sem nenhum custo; que, em sua maioria, as pessoas lesadas neste processo são amigas da declarante e de seu marido; que o valor nunca foi devolvido a seu marido, mas não sabe precisar o valor; que sabe que sua amiga Regina e o marido desta, Carlos Henrique, o Almirante, fizeram uma segunda viagem; que se lembra da Regina ter mencionado que a filha dela, a Fernanda, teve um problema no embarque e a mesma teria recebido um *e-mail*, informando que a passagem estava sendo cancelada por falta de pagamento; que, pelo que sabe, o marido da declarante usou o contato fornecido pelo Carlos Henrique, o qual, contudo, não participou das negociações.

O réu Sérgio Roberto Santos da Silva Mello, em sede policial, disse que comparece a esta UPAJ atendendo ao pedido deste sindicato; que o declarante alega que não possui endereço fixo; que declarante informa que, em 20 (vinte) dias, informará o seu endereço fixo na cidade do Rio de Janeiro; que o declarante fornece seu e-mail: ...hotmail.com que o declarante informa que, atualmente, em razão de diversos compromissos profissionais, viaja constantemente para as cidades de São Paulo, Ribeirão Preto e Santo André; que declarante reconhece os depósitos realizados na conta nº ... Agência ... do Banco Itaú (341), tendo como titular Taisa Maria Amaral Viard, sua atual companheira, realizados por Carlos Taricano no valor de R\$ 6.388,00; realizados por Pedro Paulo Guimarães Berardinelli e Gisela Sarmiento Dutra no valor de R\$ 3.350,00; realizados por Denise Canário Rabello e Marcelo Rodrigues Rabello no valor de R\$ 3.350,00; realizados por Raul Francisco Comerlato Filho, no valor de R\$ 1.675,00; realizados por Zimilson

Pedro Vianna no valor de R\$ 6.864,00; que o declarante informa que é companheiro de Taisa Maria Amaral Viard; que Taisa atualmente encontra-se em São Paulo em companhia do declarante; que o declarante informa que possui mais de 50 (cinquenta) anos no mercado de turismo; que o declarante alega que havia contatos não identificados com pessoas ligadas a Companhias Aéreas tais como: Tam Linhas Aéreas, *Continental American Airlines*, *Delta Airlines*; que o declarante informa que estes contatos não identificados conseguiam bilhetes aéreos com preço inferior ao praticado no mercado; que o declarante alega que, em razão de alguns problemas com estes contatos, não conseguiu repassar estes bilhetes às vítimas; que o declarante informa que não conseguiu “correr” atrás deste contatos não identificados; que, em razão disso, arcou com os prejuízos das vítimas; que, em razão de diversos problemas financeiros, não conseguiu pagar às vítimas; que tem conhecimento dos prejuízos resultantes desta operação financeira; que o declarante informa que conhece as vítimas há aproximadamente 08 (oito) anos; que o declarante informa que conheceu as vítimas através de um Almirante; que o declarante acrescenta que a esposa de Carlos Taricano comprou bilhete com o declarante e viajou para Orlando; que, neste caso, não teve nenhum problema na entrega dos bilhetes aéreos; que o declarante afirma que vai pagar às vítimas todo o custo resultante desta operação; que o declarante afirma que assim que conseguir se restabelecer financeiramente entrará em contato com as vítimas para efetuar o pagamento; que o declarante acrescenta que, na ocasião da resolução do presente litígio, disponibilizará a opção de entregar um novo bilhete aéreo ou o valor em real correspondente do bilhete aéreo com a aplicação do dólar do dia (indexadores 00088/00089).

Em juízo, disse os fatos aconteceram como uma negociação comercial e não como apropriação, tanto que arrolou como testemu-

nha um Almirante, o qual chegou a viajar umas cinco vezes comprando do interrogando; que a outra testemunha é esposa de um dos que o estão acusando, a qual viajou sem problema nenhum; que houve rompimentos de acordo que o interrogando tinha com companhias aéreas; que trabalha no ramo há cinquenta anos e as coisas acontecem; que várias pessoas, que estavam na mesma situação, o interrogando conseguiu que elas embarcassem; que conseguiu pagar alguns, mas ainda tem uma meia dúzia que o interrogando ainda está negociando para pagamento, mas sem ação, pois as outras, que o ameaçaram com propositura de ação, deixaram para depois; que houve mudança de câmbio, mudança de acordo, tarifa de operador; que os valores foram recebidos e as passagens não foram entregues e ainda não foram ressarcidos; que, em cinquenta anos trabalhando no ramo, nunca deixou ninguém no chão; que, infelizmente, dessa vez não foi possível; que as passagens aéreas não foram emitidas porque as companhias aéreas não receberam por terem mudado os contratos com todos os fornecedores e o prejuízo foi grande; que, mesmo depois das reservas feitas, as companhias mudaram o contrato; que a negociação só tem validade com o bilhete pago, as reservas não garantem absolutamente nada; que foi um acidente de percurso, uma negociação comercial; que vieram informações de emissão, algumas sim outras não; que, além das pessoas no processo, mais quatro pessoas não viajaram; que para interrogando é muito constrangedor; que tem um filho que é Oficial de Marinha, amigo do Almirante; que o dinheiro recebido foi usado para emitir outras passagens; que não teve vantagens só perda; que perdeu mais de R\$ 200.000,00; que, depois dos fatos, parou de trabalhar com essa atividade; que se aposentou em 2012 e de lá para cá nunca mais fez nada, pois não havia mais confiabilidade; que toda reserva que o interrogando tinha pagou a quem devia; que ficaram faltando os lesados deste processo e mais quatro; que era um tipo de

agente de turismo, particular; que quando recebia um cliente fazia de tudo, hotel, passagens, aluguel de carros seguro; que, quando recebia o dinheiro dos clientes, os valores eram para pagar tudo, havia um caixa único; que tem intenção de pagar aos lesados; que não foi acionado na esfera cível, só criminal.

Autoria e materialidade restaram sobejamente demonstradas pelos seguros e coesos depoimentos prestados tanto em sede inquisitorial, quanto em Juízo, bem como pelos documentos acostados aos autos.

Veja-se que o réu, no período indicado na vestibular acusatória, apropriou-se de coisas alheias móveis, consistentes nas quantias de: R\$ 6.388,00 (seis mil, trezentos e oitenta e oito reais); R\$ 3.350,00 (três mil, trezentos e cinquenta reais); R\$ 3.350,00 (três mil, trezentos e cinquenta reais); R\$ 1.675,00 (mil seiscientos e setenta e cinco reais); R\$ 6.864,00 (seis mil, oitocentos e sessenta e quatro reais); R\$ 3.720,00 (três mil, setecentos e vinte reais) e R\$ 4.070,00 (quatro mil, e setenta reais), totalizando R\$ 29.417,00 (vinte e nove mil, quatrocentos e dezessete reais), de que teve a posse em razão de ter sido contratado, respectivamente, pelos lesados Carlos Taricano, Pedro Paulo Guimarães Berardinelli, Denise Canario Rabello, Raul Francisco Comerlato Filho, Zimilson Pedro Vianna, Marcio Lacerda Olivieri e Ernesto Marques de Sá como agente de viagens para a concretização de negócio jurídico de compra de passagens aéreas.

Consta dos autos que, no mês de outubro de 2011, com o escopo de adquirir passagens aéreas, os lesados contrataram os serviços de agente de viagens do denunciado, efetuando os depósitos nos valores acima consignados na conta-corrente nº ..., agência nº ..., do Banco Itaú, de titularidade de Taisa Maria Amaral Viard, companheira do recorrente. Tal senhora, em Juízo, disse que emprestou a conta para o

réu, a fim de que ele pudesse fazer os depósitos descritos na denúncia, confirmando que recebeu alguns valores e os repassou para o recorrente, não sabendo informar, contudo, por que o apelante não forneceu o número da própria conta, embora, à época, o acusado possuísse conta.

Restou inconteste nos autos que o apelante não restituiu os valores recebidos dos lesados, conforme afirmado por estes e admitido pelo próprio recorrente, que alegou, em resumo, que passou por problemas financeiros que o levaram a descumprir os compromissos assumidos, argumentando que os fatos pelos quais está sendo acusado referem-se à negociação comercial. Ressalta que atua há cinquenta anos no ramo, sendo a primeira vez que isso lhe acontece.

Contudo, as alegações do acusado repousam em terreno movediço, já que desacompanhadas de provas que as respaldem.

Consoante se colhe dos autos, o recorrente, deixou de atender às ligações e mesmo aos *e-mails* enviados pelas vítimas, deixando-as sem qualquer tipo de informação, obrigando algumas a desistir e outras a comprar novas passagens de outros fornecedores.

O lesado Carlos Taricano, em Juízo, informou que o réu foi indicado por um amigo seu, de nome Carlos Seixas, que já tinha utilizado os serviços do acusado e, por isso, comprou quatro passagens de ida e volta para Miami, no valor aproximado de R\$ 6.300,00, valor pago através de depósito em conta indicada pelo acusado, em nome de uma pessoa chamada Taisa, ressaltando que o réu chegou a mandar para o declarante um comprovante de reserva da Companhia. Contudo, a data prevista para viagem ia se aproximando e o Recorrente fazia promessas e não as cumpria e, a cada hora, dizia que estava num lugar, levando o depoente

a desistir da viagem.

Pedro Paulo, por sua vez, informou que ele e sua esposa adquiriram duas passagens em nome do declarante. Contudo, o réu ficou por um tempo prometendo que ia entregar as passagens e nunca as entregou e, mais próximo da viagem marcada, o recorrente saiu de circulação e o declarante não conseguia mais encontrá-lo, levando o declarante a comprar novas passagens para não perder a reserva do hotel e os ingressos para assistir a um torneio de tênis dos Estados Unidos. Ressaltou, ainda, que efetuou o pagamento ao réu no ano de 2011, ano da contratação e que o mesmo foi indicado por um amigo do depoente, o Carlos Taricano.

Denise Canário Rabello e seu marido Marcelo Rodrigues Rabello compraram duas passagens com o réu para Miami, as quais deveriam ter sido entregues no ano de 2012, no valor de R\$ 3.350,00, muito embora tenha sido efetuado depósito na conta indicada pelo acusado, em nome de Taisa, ressaltando que os contatos com o réu eram feitos por *e-mails* e que uma semana antes o mesmo não atendida mais o telefone.

Raul Francisco Comerlato Filho também adquiriu passagens com o réu e, como os demais lesados, depositou o dinheiro na conta indicada pelo réu, em nome de Taisa. Destacou que, chegando perto da viagem e não obtendo resposta do acusado, ligou várias vezes para este, o qual chegou, inclusive, a lhe enviar uma confirmação de reserva por *e-mail* e, depois disso, em março, perto da viagem, enviou, ainda, uma reconfirmação. No entanto, não obtendo mais resposta, foi obrigado a adquirir, através do Taricano, num empresa da Rua México, a Plantel Turismo, novas passagens para quinta-feira para não perder o hotel, o carro alugado e a reserva que tinha feito no destino.

Zimilson Pedro Vianna também confir-

mou os fatos narrados na denúncia, afirmando que depositou os valores da passagem, em torno de R\$ 6.000,00, na conta indicada pelo réu, em nome da companheira deste de nome Taisa.

Márcio Lacerda Olivieri e Ernesto Marque de Sá narram também que não foram restituídos dos valores pagos ao recorrente, consoante se constata dos depoimentos colacionados.

Deste cenário, não se vislumbra um mero inadimplemento contratual passível de recomposição tão só na seara cível, como quer fazer crer a defesa e o próprio réu, em sede de auto-defesa, já que não se espera de um profissional que atue no setor de compra e venda de passagens aéreas que simplesmente desapareça sem dar qualquer satisfação a seus clientes.

Muito embora o réu, em Juízo, tenha afirmado que tudo se tratou de uma negociação comercial que não deu certo e que pretendia ressarcir os valores recebidos, tais alegações não encontram eco no conjunto probatório e não se coadunam com sua atitude de não dar qualquer satisfação a seus clientes, ocultando-se. Sinaliza justamente o contrário, não se tendo notícia de que o mesmo tenha entrado em contato com o lesados, visando a uma renegociação. Antes, os depoimentos destes últimos são no sentido de que não foram ressarcidos, tampouco procurados com essa finalidade.

Curiosa a versão que apresenta quanto ao destino dado aos valores recebidos de cliente. Alega o réu que, quando recebia o dinheiro dos clientes, os valores eram para pagar tudo, havia um caixa único.

No entanto, pelo que se depreende das declarações do réu e dos lesados no que se refere aos fatos em questão, o pagamento dos serviços e produtos pelos clientes se dava de forma adiantada, ou seja, o réu não os custeava para somente após ser ressarcido pelos clientes.

Assim, ainda que, de acordo com sua versão, os valores recebidos entravam num caixa único, o qual era utilizado para pagar tudo, a alegação do réu no sentido de que o dinheiro recebido foi usado para emitir outras passagens não se mostra plausível para explicar o fato de não ter dinheiro em caixa para devolver aos lesados os valores que deles recebeu.

O profissional que se encontra em dificuldades financeiras tem obrigação de contatar os seus clientes e cientificá-los de que não será possível cumprir o avençado, em tempo hábil, apresentando-se-lhes os motivos para tanto. Todavia, não foi isso que aconteceu nos autos, sendo certo que o recorrente, mesmo depois das datas previstas para a viagem dos lesados, não entrou mais em contato com estes, sinalizando o seu *animus* de se apropriar, em definitivo, das quantias recebidas em razão de seu ofício. A propósito:

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 168, §1º, III DO CÓDIGO PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. 1. O Juízo de Direito da 36ª Vara Criminal da Comarca da Capital, da lavra do Doutor MARCEL LAGUNA DUQUE ESTRADA, condenou Jorge Luiz Cabral de Vasconcelos à pena de 05 (cinco) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, em regime fechado, como incurso no artigo 168, §1º, III, por seis vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal. 2. Defesa alega que há dúvidas quanto ao dolo do recorrente, portanto, em razão do princípio *in dubio pro reo* a absolvição se impõe. Assevera que o juízo *a quo*, equivocadamente, ponderou as circunstâncias judiciais e que, em se tratando de réu primário e de bons antecedentes, a fixação da pena deve se dar em seu mínimo. Requer, pois, absolvição do réu, ante a ausência de dolo, devendo o conflito de interesses ser levado à esfera cível. Subsidiariamente, pede a fixação da pena base em seu

mínimo legal. 3. Autoria e materialidade restaram sobejamente demonstradas pelos seguros e coesos depoimentos prestados tanto em sede inquisitorial, quanto em Juízo, bem como pela documentação acostada aos autos. A prova oral colhida em juízo, sob o crivo do contraditório, não deixa dúvida quanto à responsabilidade penal do acusado, o qual se apropriou dos valores descritos na denúncia que lhe foram entregues a título de pagamento pela compra de pacotes turísticos, mas que não foram repassados de modo a viabilizar a efetivação do serviço contratado pelos lesados relacionado a passagens aéreas, traslados e hotéis, ou seja, serviços inclusos nos pacotes contratados pelos mesmos. 4. O acusado, a seu turno, alega dificuldades financeiras, chegando a informar, em algumas mensagens eletrônicas, que faliu. 5. É de bom alvitre consignar que, em se tratando de pessoa jurídica, é de rigor que toda a sua atividade seja registrada, sendo, via de regra, documentados os seus atos mais importantes, especialmente aqueles relacionados à sua saúde financeira. Contudo, o acusado, em momento algum, comprova suas alegações, não tendo sequer juntado balanços ou balancetes, fluxos de caixa, extratos bancários ou qualquer outro documento que indicasse que, efetivamente, estava passando por dificuldades financeiras. Além do mais, as vítimas, que compareceram à sede da empresa do recorrente, encontrara as portas fechadas, sem que o cusado tenha deixado justificativa. Adite-se, outrossim, que nenhuma das vítimas foi ressarcida dos valores entregues ao apelante. Nesse contexto, não há como afastar a sua responsabilidade penal, porquanto devidamente caracterizado o *animus rem sibi habendi*. 6. Quanto à causa de aumento prevista no §1º, inciso III, do artigo 168 do Código Penal, vale consignar que restou devidamente evidenciada, eis que o acusado se valeu de sua condição de representante legal da sociedade empresária Viajantes Turismo Ltda., apropriando-se, indevidamente, dos valores descritos na exordial, dando-lhes desti-

nação diversa daquela contratada pelas vítimas. 7. Relativamente à dosimetria, verifica-se que as circunstâncias judiciais foram sopesadas, levando-se em conta o grau de culpabilidade, as consequências do delito e considerando o abalo psicológico e transtornos suportados pelos lesados. Veja-se o respectivo trecho da sentença: (...) “Atento às diretrizes do artigo 59, do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade do réu é intensa, dada a desfaçatez, cinismo e grande premeditação do acusado na consumação dos crimes, quando o agente adotou procedimento complexo para sua realização, em *modus operandi* que se protraiu durante longo tempo, inclusive, com prolongados e sucessivos contatos com as vítimas; que as consequências são reprováveis, face à natureza da verba indevidamente retida e seu elevado *quantum*, sendo certo também que as condutas do réu violam bens jurídicos não só das vítimas, mas também a fê pública, a economia popular e a confiança do próprio mercado; que as vítimas foram submetidas a profundo constrangimento e abalo psicológico, passíveis de exasperação da reprimenda. Por tais razões, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e multa de 30 (trinta) dias-multa.” Contudo, a pena-base foi incrementada muito acima do mínimo previsto tipo penal incriminador, merecendo a sentença um pequeno retoque nesse ponto. Assim, aproveitando-se dos escorregios argumentos utilizados na valoração das circunstâncias judiciais, penso que a fixação da pena-base no dobro da pena mínima já se mostra adequado. Assim, reduzo a pena-base para 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo. Ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes. Presente a causa de aumento prevista no parágrafo 1º, do inciso III do artigo 168, eleva-se a pena em 1/3, alcançando a mesma o patamar de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de e 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo. Por último, considerando a continuidade delitiva,

aplica-se o artigo 71 do Código Penal. Tratando-se de seis delitos, entendo que o aumento de 1/2 (metade), aplicado pelo Magistrado *a quo* sobre a PPL antes fixada restou adequado. Assim, nesta fase, a pena eleva-se para 04 (quatro) anos de reclusão. No entanto, quanto à reprimenda pecuniária, penso que cumpria aplicar a pena de multa de cada um dos seis delitos de forma distinta e integralmente, ou seja, deveriam ser somadas, ante o que dispõe o art. 72 do Código Penal. Porém, o Magistrado *a quo* entendeu por aplicar multa unificada. Ou seja, aplicou sobre o *quantum* de multa encontrado quando da aplicação do §1º, III do art. 168 do Código Penal o aumento de metade em razão do crime continuado. Não tendo havido recurso ministerial e, sendo a pena de multa fixada na sentença inferior àquela que se obteria mediante aplicação do art. 72 referido, cumpre seja mantida a aplicação da multa de forma unificada. Assim, aplicando o aumento de metade sobre os 26 (vinte e seis) dias-multa fixados na fase anterior, a pena pecuniária resta definitivamente fixada em 39 (trinta) e nove dias-multa, no valor unitário mínimo. Assim, impõe-se a condenação do réu a 04 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 39 (trinta) e nove dias-multa, no valor unitário mínimo. Tendo em vista a pena acima imposta e, preenchidos os requisitos do artigo 44 e seguintes do Código Penal, não sendo o réu reincidente consoante se verifica de sua FAC (indexador 00138), substitui-se a pena privativa de liberdade por duas penas restritiva de direitos, consistentes em: a) prestação pecuniária prevista no art. 43, I do Código Penal, no valor de dez salários-mínimos nacionais, em benefício de instituição a ser oportunamente indicada pelo Juízo da Execução, com observância dos termos da Resolução CNJ nº 154/2012 e Ato Executivo TJ nº 1.453/14; b) prestação de serviços à comunidade pelo mesmo tempo da condenação, em local a ser definido pelo Juízo da Execução, nos termos previstos nos arts. 46 e seguintes do códex re-

pressivo. Em caso de descumprimento da pena substitutiva, o regime inicial para cumprimento da sanção corporal será o aberto, o qual, a meu ver, mostra-se o mais adequado ao caso concreto. 8. dado parcial provimento ao recurso, ficando o réu Jorge Luiz Cabral de Vasconcelos definitivamente condenado à pena 04 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 39 (trinta) e nove dias-multa, no valor unitário mínimo, substituindo-se a pena privativa de liberdade por duas penas restritiva de direitos, consistentes em: a) prestação pecuniária prevista no art. 43, I do Código Penal, no valor de dez salários-mínimos nacionais, em benefício de instituição a ser oportunamente indicada pelo Juízo da Execução, com observância dos termos da Resolução CNJ nº 154/2012 e Ato Executivo TJ nº 1.453/14; b) prestação de serviços à comunidade pelo mesmo tempo da condenação, em local a ser definido pelo Juízo da Execução, nos termos previstos nos arts. 46 e seguintes do códex repressivo, estabelecendo-se o regime aberto para o caso de conversão da PRD em PPL - Acórdão - 0168356-96.2013.8.19.0001 - Apelação - ADRIANA LOPES MOUTINHO - Data de julgamento: 27/01/2016 - Data de publicação: 29/01/2016 – Oitava Câmara Criminal.

Nesse contexto, não há como afastar a responsabilidade penal do apelante, porquanto devidamente caracterizado o *animus rem sibi habendi*, não havendo dúvidas de que o mesmo se apropriou dos valores recebidos das vítimas, não os repassando às Companhias aéreas, sem dar qualquer justificativa plausível as mesmas, antes ocultou-se, repita-se, evitando qualquer contato.

Quanto à causa de aumento prevista no § 1º, inciso III, do artigo 168 do Código Penal, vale consignar que restou devidamente evidenciada, eis que o acusado se apresentou como agente de viagens, apropriando-se inde-

vidamente dos valores descritos na exordial, dando-lhes destinação diversa daquela contratada pelas vítimas.

DA DOSIMETRIA

O Juiz *a quo* fixou a pena-base no mínimo previsto no tipo penal incriminador, qual seja, em 01(um) ano e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo. Na segunda fase da fixação da reprimenda, não obstante o reconhecimento das circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65, I (maior de 70 anos) e III, “d”, do Código Penal, as mesmas não puderam ser consideradas, nos termos da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a pena-base não pode ficar aquém do mínimo legal. Com efeito, não merece acolhida o pleito defensivo nesse tocante.

Derradeiramente, tendo em vista a presença da causa de aumento prevista no inciso III do parágrafo 1º do artigo 168 do Código Penal, aumentou a pena em 1/3 (um terço), elevando-a a 01(um) ano, 4(quatro) meses e 13 dias-multa.

Por fim, reconhecendo o fenômeno da continuidade delitiva, acresceu a sanção obtida na última fase de fixação de reprimenda de 1/3, razão, aliás, benéfica ao recorrente, considerando o número de delitos praticados, em número de sete, acomodando a sanção em 01(um) ano, 09 (nove) meses e 10 dias de reclusão e a 16 dias-multa, no valor unitário mínimo. Nesse ponto, vale destacar que o Juiz sentenciante, não considerou o disposto no art. 72 do Código Penal, que dispõe que as multas se aplicam distinta e integralmente, cuja aplicação ensejaria a fixação da pena pecuniária em 91 (noventa e um) dias-multa. Considerando que o *quantum* de pena de multa aplicado pela Magistrada *a quo* é benéfico ao réu, o mesmo deve ser mantido.

Quanto ao regime fixado, nada a reparar,

já que estabelecido o mais benéfico, sendo certo que a pena corporal foi substituída, nos termos do artigo 44 do Código Penal, por prestação de serviços à comunidade pelo período da pena aplicada, bem como por prestação pecuniária no montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Portanto, a sentença vergastada não merece qualquer reparo, mantendo-se por seus próprios e escorreitos fundamentos, os quais se acrescentam os articulados lançados ao longo deste voto.

PREQUESTIONAMENTO

Por fim, no que tange às alegações de prequestionamento para fins de interposição eventual de recursos extraordinário ou especial arguidos, as mesmas não merecem conhecimento e tampouco provimento, eis que não se vislumbra a incidência de quaisquer das hipóteses itemizadas no inciso III, letras “a”, “b”, “c” e “d” do art. 102 e inciso III, letras “a”, “b” e “c” do art. 105 da C.R.F.B. e por consequência nenhuma contrariedade/negativa de vigência, nem demonstração de violação de normas constitucionais ou infraconstitucionais, de caráter abstrato e geral.

Diante de todo o exposto e tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de ser negado provimento ao recurso, mantendo-se, *in totum*, a sentença recorrida.

Rio de Janeiro, 08 de junho de 2016.

DES^a. ADRIANA LOPES MOUTINHO
Relatora

CRIME TRANSEUNTE. AUSÊNCIA DE VESTÍGIOS. DECLARAÇÕES DOS ENVOLVIDOS E TESTEMUNHAS. VERSÃO DA VÍTIMA ALEGANDO COAÇÃO COM ARMA NO CURSO DO PROCESSO

DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RÉU QUE NEGA OS FATOS ATRIBUÍDOS A ELE. CONFIRMAÇÃO PELAS TESTEMUNHAS DE DEFESA. CONJUNTO INSUFICIENTE PARA DECRETO CONDENATÓRIO. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*.

Apelação Criminal. Coação no curso do processo. Sentença absolutória. Recurso ministerial objetivando a condenação sob a alegação de suficiência de provas.

1. Art. 344 do Código Penal. Crime transeunte, cuja ocorrência se demonstra, precipuamente, pelas declarações ofertadas pela própria vítima e depoimentos prestados por eventuais testemunhas visuais.

2. Existência de duas versões nos autos: a versão ofertada pela vítima e corroborada pelas testemunhas de acusação – atribuindo a autoria do delito ao acusado – e a sustentada pelo réu e pelas testemunhas de Defesa, no sentido de que vítima e seu esposo teriam iniciado o desentendimento.

3. Conjunto probatório produzido nos autos não autoriza um juízo de certeza, indispensável à prolação de um decreto condenatório, sendo a manutenção da absolvição do apelante, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, a única solução jurídica possível.

Recurso conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0031772-19.2013.8.19.0002, originários da 4ª Vara Criminal da Comarca de Niterói, em que é Apelante o Ministério Público e Apelado Cosme Bezerra Martins.

Acordam os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso ministerial, nos termos

do voto do Desembargador Relator.

O Ministério Público ajuizou ação penal pública perante a 4ª Vara Criminal da Comarca de Niterói, em face de Cosme Bezerra Martins, devidamente qualificado nos autos, dando-o como incurso nas penas do artigo 344 do Código Penal, consoante denúncia de f. 02a/02b, lavrada nos seguintes termos:

“No dia 18 de agosto de 2012, por volta das 22h, em via pública situada na Rua Quatrocentos e Quinze, próximo ao nº 19, Cafubá, nesta comarca, o denunciado, vontade livre e consciente, ameaçou Marcelle Cristina Pinto Ferreira, dizendo-lhe que “teria que retirar o processo” e que iria “pegar uma arma no carro”, tudo com o fim de favorecer interesse próprio, qual seja, para que a ofendida “retirasse” o processo de nº 0077346-02.2012.8.19.0002, no qual ele responde pela prática de estupro de vulnerável cometido em desfavor da filha da vítima.”

Finda a instrução criminal, o pedido formulado na denúncia foi julgado improcedente, para absolver o réu, ora apelante, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, tudo nos termos da sentença de f. 198/201.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, objetivando, em suas razões recursais de f. 203/210, a condenação do apelado alegando, para tanto, a suficiência de provas.

Contrarrazões defensivas a f. 221/223 pelo desprovimento do apelo ministerial, em prestígio a r. sentença de primeiro grau.

Parecer da Procuradoria de Justiça a f. 251/253, da lavra do Procurador GUILHERME EUGÊNIO DE VASCONCELLOS, pelo conhecimento e desprovimento do recurso ministerial, mantendo-se a decisão absolutória.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos que possibilitam o seu conhecimento, passo à análise das razões recursais.

Narra a denúncia que o acusado, com vontade livre e consciente, ameaçou Marcelle para que esta “retirasse” o processo no qual o réu responde por estupro de vulnerável da filha da vítima, tendo dito, ainda, que iria pegar uma arma de fogo no carro.

Trata-se de crime transeunte, daqueles que não deixam vestígios, cuja ocorrência se demonstra, precipuamente, pelas declarações ofertadas pela própria vítima e pelos depoimentos de eventuais testemunhas.

Ocorre que o conjunto probatório produzido pela acusação se resume, basicamente, aos testemunhos colhidos em juízo pela vítima, por Max Angelo Hermann de Novaes Junior, marido da vítima, e por Genilton Alves da Silva, funcionário da pizzaria de propriedade do casal.

A vítima, em juízo, a f. 161, esclareceu que estava na pizzaria quando o acusado chegou ao local, manobrando e estacionando o carro de forma afrontosa, ameaçando-a com uma arma para que “retirasse” o processo que apura a suposta prática de crime de estupro de vulnerável, onde figura como acusado o réu do presente feito, e como vítima, a filha da ora vítima.

Confira-se, no ponto, os principais trechos de seu relato:

“(…) que são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, sendo que em muitas vezes a depoente foi coagida a retirar o processo; que o réu responde por estupro de vulnerável, no qual foi condenado no mês passado; que na

ocasião, o acusado chegou próximo a pizzaria da depoente, manobrando o carro e o estacionando de uma forma afrontosa; como se fosse adentrar no estabelecimento, que o réu também ameaçou a depoente no sentido de que iria dar um tiro na sua cara (...) que a vítima de abuso sexual foi a sua filha, na ocasião com 4 anos de idade (...) a depoente declara que o acusado se valeu de uma arma para ameaçar a depoente (...) que as expressões utilizadas pelo acusado foram: que a depoente era uma desgraçada, que a depoente tinha que tirar o processo, que ia meter um tiro na cara da depoente que a depoente viu perfeitamente a arma; que todos foram para cima dele para contê-lo; (...) que a arma era preta (...) que neste dia estavam na pizzaria a depoente, o seu funcionário e o seu marido; que a depoente não se recorda se o funcionário viu quando o acusado puxou a arma (...); que 3 dias depois da ocorrência foi um rapaz do tráfico na pizzaria declarando que o acusado estava vendendo a cabeça da depoente para que alguém a matasse e simulassem um assalto (...).”

Tais declarações foram corroboradas pelo testemunho em juízo de Max Angelo Hemann de Novaes Junior (f. 163/164), indicando que estava na pizzaria com sua esposa quando o acusado ameaçou a vítima, inclusive com uma arma, a fim de que “retirasse” o processo. *In verbis*:

“que estava na pizzaria, com a sua esposa e o motoqueiro quando Cosme chegou no local, manobrando na calçada e na rampa, de forma afrontosa; que começou, xingando e dizendo que Marcelle tinha que tirar o processo e que ela era uma maldita, uma desgraçada, termos assim (...); que Cosme chegou até pegar uma arma para ameaçar Marcelle, no que a esposa dele conteve a confusão, e pegou algo e embrulhou em um pano e o depoente acredita que era uma arma (...)”

As declarações ofertadas em Juízo por

Genilton Alves da Silva, funcionário da vítima, foram ao encontro do alegado por seus patrões, como se vê a f. 165/166:

“que testemunhou quando o acusado chegou no local com o seu carro e, manobrou de forma provocadora e depois estacionou em frente a pizzaria; que na hora na confusão, o acusado falou para Marcelle, com voz alta “Você tem que tirar o processo”, com tom de intimidação, que o marido de Marcelle também assistiu às ameaças; que o depoente viu o acusado na porta de seu carro, em, tom desafiador falando “Vem, vem” em tom intimidador, mas não verificou se ele estava portando arma (...) “Você é uma desgraçada, você tem que tirar este processo”; que o depoente se encontrava, em frente a pizzaria e o acusado estava próximo ao seu carro com a porta aberta, e a vítima estava em frente a pizzaria; que a rua é estreita e a luz é precária (...)”.

De outro giro, a Defesa arrolou Antonia Lucilene Soares dos Santos, que, igualmente em juízo, negou que Cosme, ora apelado, tivesse ameaçado o casal, afirmando, ao revés, que a vítima e seu marido iniciaram a confusão indo em direção do apelado com um rolo de pizza e uma faca:

“que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que na ocasião a depoente estava na sua casa, que é em frente a pizzaria; comemorando o seu aniversário; que em dado momento Marcelle partiu para cima de Cosme com um pedaço de rolo de pizza; e o seu marido com uma faca; que foi uma maior confusão e um maior bate-boca, mas a depoente e os demais, que estavam no local, não permitiram que algo pior acontecesse, que em nenhum momento Cosme ameaçou o casal”.

De igual modo, Antônio Luciano de Souza, em suas declarações colhidas em juízo (f. 168), disse que Marcelle e seu marido teriam

perpetrado ameaças contra Cosme, acusando-o de abuso contra sua filha:

“que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia, e que na verdade quem praticou as ameaças foram Marcelle e o seu marido; que o depoente chegou a gravar o final da briga; que o depoente sabe que é briga antiga, porque Marcelle dizia que Cosme abusou de sua filha, que em todas as vezes que Cosme foi na rua Marcelle armou um barraco”.

O réu, em seu interrogatório, negou os fatos a ele atribuídos, afirmando que:

“que na ocasião a sua inquilina, que acabou de depor, ligou para o depoente o convidando para a festa do seu aniversário; que o depoente argumentou que não iria, para evitar confusão porque Marcelle e seu marido arrumaram uma briga; que o depoente estacionou a sua saveiro na calçada da sua casa, porque o depoente é proprietário de umas casinhas ali, mas não houve nenhuma afronta; que um pouco depois chegou um carro da polícia perguntando o que estava acontecendo porque recebeu um telefonema da pizzaria; que eles viram que não estava acontecendo nada e foram embora; que depois Marcelle surgiu com um pedaço de rolo de fazer pizza e o marido dela veio atrás com uma faca; que o depoente não chegou a ver a faca, mas os vizinhos disseram que viram, que Marcelle o esculachou de tudo que é nome; que Marcelle cisma que o depoente abusou de sua filha, o que não é verdade; que o depoente trabalha bastante, em posto de gasolina (...) que o depoente tem um cassetete de madeira no carro, porque é sua ferramenta para se defender, porque Marcelle o ameaçou de morte inúmeras vezes”.

Assim sendo, existem duas versões distintas nos autos e igualmente plausíveis: a afirmada pela vítima e corroborada pelas testemunhas de acusação, atribuindo a autoria do delito

ao acusado, que responde a processo criminal por suposta prática do crime de estupro de vulnerável contra a filha da vítima, e a sustentada pelo réu, indicando que Marcelle, a ora vítima, teria iniciado a “confusão”, proferindo xingamentos em seu desfavor, o que foi confirmado pelas testemunhas de defesa.

Não se afasta a possibilidade de que o ora apelado tenha, de fato, sido o autor do delito que lhe foi imputado, nos exatos termos da denúncia.

De outro lado, não se revela inverossímil a versão de que Marcelle tenha se indignado com a presença do apelado em frente ao seu local de trabalho, mormente considerando a gravidade dos fatos atribuídos ao acusado, supostamente cometidos em desfavor de sua filha de tenra idade.

Todavia, é forçoso reconhecer que o conjunto probatório produzido nos autos não autoriza um juízo de certeza, indispensável à prolação de um decreto condenatório, subsistindo dúvida razoável acerca da dinâmica dos fatos, pelo que a observância do princípio do *in dubio pro reo*, com a consequente manutenção da absolvição do apelante, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, é a única solução jurídica possível.

Pelo exposto, voto pelo conhecimento e desprovimento do recurso ministerial.

Rio de Janeiro, 29 de julho de 2016.

DES. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI BALDEZ
Relator

DIGNIDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TENTATIVA DO PAI CONTRA FILHO MENOR. NÃO CONSUMAÇÃO EM RAZÃO DE CIR-

CUNSTÂNCIAS ALHEIAS. RELEVÂNCIA DADA À PALAVRA DA VÍTIMA. CRIANÇA. RECURSO NEGADO.

Apelação Criminal. Crime de atentado violento ao pudor. Artigo 214, *caput*, nos termos do artigo 224, c/c artigo e artigo 14, II, todos do Código Penal. Pretensão defensiva no sentido da absolvição do acusado pela fragilidade probatória. Subsidiariamente, pugna pela aplicação da fração máxima redutora em função do reconhecimento da tentativa. Autoria e materialidade devidamente configuradas. Provas suficientes a convencer do decreto condenatório. Em crimes contra a dignidade sexual inegavelmente que a palavra da vítima se afigura aqui registrada com muita relevância, em que a criança discorre com segurança que estava dormindo quando o pai abaixou o seu short e calcinha até os joelhos, tendo ela começado a chorar, quando o seu irmão deu um chute na porta e encontrou ambos no quarto. Depoimentos prestados em juízo que corroboram com a versão apresentada pela vítima. Relatório psicológico que com base nos relatos da vítima aponta para a possibilidade da prática delitativa. Impossibilidade da intimação do acusado para apresentar a sua versão em juízo e, embora citado, não compareceu aos demais atos processuais, motivo pelo qual foi decretada a sua revelia. Inviabilidade da aplicação da fração máxima de 2/3 (dois terços) pela tentativa, posto que o acusado percorreu quase todo o *iter criminis* do crime de atentado violento ao pudor, somente não logrando êxito em sua consumação em razão de circunstâncias alheias a sua vontade. Adequada, portanto, a redução pela tentativa na fração de 1/3 (um terço). Pena corporal que restou devidamente assentada. Prequestionamento que se afasta por ausência de violação a dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Recurso defensivo desprovido. Decisão mantida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 00281337-10.2009.8.19.0001, originários do Juízo da 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital, em que é Apelante J.O.F. e Apelado Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso defensivo, mantendo-se íntegra a douta sentença ora vergastada, nos termos do voto do relator.

Cuida a presente hipótese de Apelação Criminal, interposta pela Defesa do acusado J.O.F. (arquivo 000351) em face da Sentença (arquivo 000317) prolatada no Juízo da 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital, que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, conforme se pode colher da parte dispositiva abaixo reproduzida:

“(…) Diante do exposto, julgo procedente em parte a pretensão punitiva estatal para condenar o réu J.O.F., como incurso nas sanções previstas no art. 214, *caput*, nos termos do art. 224, c/c art. e art.14, II, todos do Código Penal com relação, a vítima G.S.F. e para absolvê-lo com relação à vítima H.S.F. (...)”

Pugna a ilustre Defesa Técnica pela absolvição do acusado diante da fragilidade probatória, com fulcro no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal.

Subsidiariamente, busca a Defesa Técnica, a aplicação do redutor máximo em função do reconhecimento da figura da tentativa.

Na oportunidade apresenta prequestionamento em face do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

As contrarrazões foram apresentadas, re-

gular e tempestivamente, pelo Ministério Público (arquivo 000362) pugnando pelo desprovemento do recurso interposto.

A douta Procuradoria de Justiça, como se vê do seu ilustrado Parecer (arquivo 000378) opinou no sentido do desprovemento do apelo defensivo.

Voto

O acusado foi condenado pelo Juízo da 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital como incurso nas sanções do delito previsto no artigo 214, *caput*, nos termos do art. 224, *c/c* art. e art.14, II, tendo sido estabelecida a pena em 04 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, porquanto:

“(...) Em data não precisada, sendo certo que entre 1998 e 1999; à noite, no interior do lavabo da residência localizada à Rua Orquídea, nº 51, FICAP, Jardim América, nesta cidade, o denunciado, de forma consciente e voluntária, dolosamente, tentou constranger sua filha H.S.F., com apenas 10 (dez) anos de idade na época dos fatos, mediante violência física e presumida, esta em face a pouquíssima idade da vítima, a consentir que com ela se praticasse atos libidinosos diversos de conjunção carnal.

Para tanto, o denunciado, aproveitando-se que a genitora da vítima estava dormindo, entrou no banheiro em que a criança tomava banho e, após a solicitação desta para que ele tentou agarrá-la.

O crime não se consumou por circunstâncias alheias a vontade do acusado, a saber, a vítima logrou êxito em se desvencilhar do mesmo e acordar a genitora dela.

Em 21 de julho de 2008, em horário noturno, no interior da mesma residência supramencionada, o denunciado, de forma consciente e voluntária, dolosamente, tentou constranger sua filha G.S.F., com apenas 07 (sete) anos de idade na época dos fatos, mediante violência

presumida, esta em face a pouquíssima idade da vítima, a consentir que com ela se praticasse atos libidinosos diversos de conjunção carnal.

Nesta oportunidade, o acusado retirou a bermuda e a calcinha da criança, deitou-a na cama e se ajoelhou sobre ela, iniciando a retirada da calça que ele vestia.

O crime não se consumou por circunstâncias alheias a vontade do acusado, a saber, a genitora e o irmão da vítima viram por uma fresta a mencionada cena, arrombaram a porta da residência e impediram que o denunciado retirasse as vestimentas dele e perpetrasse o delito.

Desta forma, sendo típica, ilícita e culpável a conduta, encontra-se, assim, o denunciado incurso duas vezes nas penas do artigo 214, *caput c/c* artigo 14, inciso II, nos termos do artigo 224, “a”, todos, do Código Penal. (...)”.

A combativa Defesa Técnica postula em suas razões a absolvição do acusado por inexistência de provas.

As questões apresentadas nestes autos indicam claramente que as provas são firmes a apontar de maneira segura e tranquila a materialidade e a autoria do crime praticado pelo acusado e pelo qual foi condenado.

Anota-se tal circunstância fática pelo exame do Registro de Ocorrência (arquivo 000008); no Registro de Ocorrência Aditado (arquivo 000012); no Relatório Psicológico (arquivo 00020/22); e, por fim, dos depoimentos prestados em Juízo.

Vejamos, então, os depoimentos que foram tomados em juízo e sob o crivo do contraditório.

A testemunha F.S.F., mãe da vítima, quando prestou depoimento em juízo, sob o crivo do contraditório e conforme transcrito na sentença, destacou que:

“(…) que chegou ao local do fato e sua filha G. estava chorona. Disse que o acusado estava “arriando as calças de G. até o joelho e a menina tava chorando”. Disse que perguntou o que estava acontecendo e o réu explicou que iria dar banho na criança. A testemunha disse “banho não, porque eu já dei banho nela antes de eu sair”. Afirmou que a vítima estava pálida e não conseguia falar e que as calças do acusado também estavam arriadas. Informou que seu filho R. também presenciou a cena. Depois disso saiu de casa com a vítima e foi morar na casa de sua mãe; (…)”.

A testemunha R.S.F., irmão da vítima, quando prestou depoimento em Juízo, sob o crivo do contraditório e conforme transcrito na sentença, relatou que:

“(…) Disse que estava na esquina da casa quando escutou sua irmã, a vítima G., gritando. Foi ao local com sua mãe e encontrou o acusado como pênis ereto e a menor apenas de calcinha. Disse que o acusado estava embriagado; (…)”.

A testemunha H.S.F., vítima quando prestou depoimento em juízo, sob o crivo do contraditório e conforme transcrito na sentença, discorreu que:

“(…) Disse que “ele já tentou também contra mim”. Disse que “tava no banheiro, tomando banho, e ele entrou inventando, dizendo que tinha bicho no banheiro (...) querendo me ver”. Afirmou que o acusado se dirigiu a ela, tentando agarrá-la, mas que conseguiu sair do banheiro. Esclareceu que o acusado tentou tocar em seu corpo, com a justificativa de que estava procurando um bicho. No tocante a conduta praticada contra sua irmã, disse a vítima/testemunha H. que ficou sabendo do ocorrido através de sua mãe e de seu irmão (…)”.

Destaca-se que diante da pouca idade da

vítima G.S.F., que contava à época dos fatos com sete anos de idade, ela foi ouvida mediante o apoio técnico psicológico, cujo relatório encontra-se acostado aos autos. Vejamos:

“(…) Identificou as pessoas que moram na casa e acrescentou que o pai e a mãe se separaram porque: ‘Ele fez saliência comigo. Ele quis me estuprar. Por isso minha mãe veio aqui para ele pagar pensão para mim e para meus irmãos’.

Pedi que me contasse como foi o estupro. Relatou ter dito ao pai que ia dormir. Ele tirou as calças. A mãe que estava na escola chegou. O R. (irmão) teve que dar um chute na porta para abri-la, pois estava trancada.

Ele entrou na casa e o pai disse que iria dar banho nela.

Disse que esta foi a primeira vez que ele fez isso.

Depois desses fatos, não mais viu o pai, pois a mãe saiu de casa.

Terminou dizendo que o pai ‘puxou faca’ para mãe dela e para ela. Acha que na hora ele estava bêbado.

Na segunda entrevista, disse que a mãe se separou do pai porque ele perturbava ela e a mãe. Quando estava bêbado, ‘puxava faca’ para mãe. Perguntei o que ele fazia ‘quando a perturbava?’ Respondeu que ele a acordava e mexia em seus brinquedos.

Pedi que falasse mais sobre o dia em que tudo aconteceu.

Alegou que ia junto com o irmão G. para casa da avó materna, enquanto a mãe ia para escola. O pai pediu para que ela ficasse com ele. A mãe concordou. Na casa só ficaram ela, o pai e o G.

Disse que foi andar de bicicleta na rua. O irmão foi procurar um amigo para pedir o vídeo game emprestado. Tudo isso aconteceu a noite. O pai chamou-a para entrar. Entrou e o pai trancou a porta. Depois ele queria fazer saliência. Ele queria estuprá-la. Não soube dizer o que é estuprar. Alegou que ele não conseguiu estuprá-

-la porque a mãe chegou. A porta estava fechada com um fio forte. O irmão R. deu um chute e abriu. Quando a mãe entrou, estava na cama.

Pedi que desenhasse como ela e o pai estavam quando a mãe chegou com o irmão. Fez alguns rabiscos demonstrando a cena. Alegou que na hora o pai falou que iria levá-la para tomar banho.

Na terceira entrevista, voltei a abordar o assunto gerador da denuncia. Ela falou que em data que não soube precisar, ficou em casa com o pai enquanto a mãe estava na escola. Estava com sono e deitou-se na cama da mãe.

Enquanto dormia, o pai foi tirando a roupa dela (na ocasião usava short e blusa). Alegou que acordou e começou a chorar. Neste momento, viu a mãe e o irmão chegarem. Eles a viram sem o *short* e a calcinha arriada até os joelhos. Na hora o pai falou que a tinha mandado tomar banho.

Perguntei o que ela sentia pelo pai. Respondeu que antes não gostava do pai, nem agora gosta. Hoje só gosta da mãe.

Alegou não gostar quando o pai mexia em seus brinquedos ou batia nela. Disse ter gostado da bicicleta que o pai lhe deu. Não era nova mas gostou.

Terminou dizendo que esta foi a única vez que ele fez tal coisa com ela (estuprá-la);

Conclusão:

Numa avaliação geral, a criança apresentava boa aparência física, bem cuidada, bons hábitos de higiene, comportamento, inteligência e maturidade emocional compatíveis com sua idade cronológica. Não foram observados na criança distúrbios psiquiátricos que a levassem a distorcer a realidade objetiva. Sua capacidade crítica, não se mostrou comprometida, lhe permitindo observar as diferenças entre seu mundo interno e externo.

Não foram observadas alterações comportamentais, nem dificuldades de interação.

Manteve-se participativa, calma e atenta as atividades propostas, o que permitiu o estabelecimento de um bom vínculo a criança.

Seu relato foi coerente, resumido e racionalizado. Não houve, durante as entrevistas, a manifestação de sintomas emocionais que pudessem ser vinculados aos fatos narrados. Entretanto, devemos levar em consideração a pouca idade da criança (07 anos), bem como a frequência dos fatos (segundo ela apenas uma vez) e as circunstâncias em que foi interrompido (com a chegada da mãe). Em nenhum momento relatou que ele tocou o seu corpo ou que tivesse tocado o corpo dele. (...)"

Não foi possível lograr êxito em efetuar a intimação pessoal do acusado J.O.F., a fim de proceder ao seu interrogatório em Juízo e, embora devidamente citado, ele não compareceu aos atos processuais, motivo pelo qual foi decretada a sua revelia.

De outro giro, impende salientar que a vítima não foi submetida ao exame de corpo de delito, com o fim de ser confeccionado um laudo pericial que possibilitasse a comprovação de atos de conjunção carnal, certo é que a prática do crime em comento, diverso da conjunção carnal é insuscetível de deixar vestígios, o que em nada afasta a veracidade da sua narrativa perante a psicóloga, eis que em conformidade com os depoimentos testemunhais em Juízo, apontando para a prática do ato libidinoso.

O arcabouço fático-probatório é constituído por provas consistentes, mormente pelos relatos produzidos tanto em sede inquisitorial como em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, corroborado pelo relatório psicológico, os quais serviram de base para o fundamento da condenação do acusado J.O.F.

E, por outro lado, em crimes contra a dignidade sexual inegavelmente que a palavra

da vítima se afigura aqui registrada com muita relevância, em que a criança discorre com segurança que estava dormindo quando o pai abaixou o seu short e calcinha até os joelhos, tendo ela começado a chorar, quando o seu irmão deu um chute na porta, devendo, portanto, sobrepor-se aos demais outros elementos de prova, uma vez que consentânea com estes.

Assim, não se ajusta clarificado qualquer dúvida sobre esse tema que possa importar como pretende a defesa na possível absolvição do acusado.

Busca a Defesa Técnica, subsidiariamente, pela aplicação da fração redutora em decorrência do reconhecimento da tentativa, na sua fração máxima, o que não merece acolhimento.

A douta Magistrada sentenciante acertadamente fixou a pena no mínimo legal e pelo fato do acusado ter percorrido quase todo o *iter criminis* do crime de atentado violento ao pudor, somente não logrando êxito em sua consumação em razão de circunstâncias alheias a sua vontade, fixou a redução pela tentativa na fração de 1/3 (um terço), a qual não merece reparo nesta instância recursal.

Pena corporal que restou devidamente assentada.

Prequestionamento que se afasta por ausência de violação a dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

À conta de tais considerações é que dirijo o meu voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso defensivo, mantendo-se íntegra a douta sentença ora vergastada.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2016.

DES. SIDNEY ROSA DA SILVA
Relator

HOMICÍDIO. VÍTIMA SERVIDORA PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE CONDIÇÕES FAVORÁVEIS PARA LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR ADEQUADA.

Habeas Corpus. Artigo 121, §§ 2º, I, II, IV e VI, do Código Penal, n/f do artigo 1º, I, da Lei nº 8.072/90. Alega o impetrante a desnecessidade da decretação da prisão preventiva do paciente, por ausência dos requisitos que justifiquem sua manutenção e por considera-la verdadeira antecipação da pena. Sustenta ainda, a ausência de fundamentação no decreto prisional e possuir o paciente condições pessoais favoráveis para a concessão da ordem, requerendo a sua liberdade provisória. Informa o juízo dito coator, que o paciente e seus comparsas foram denunciados pelo homicídio que vitimou uma então, Analista Judiciária do TJRJ, tendo a denúncia sido recebida e determinado a prisão preventiva dos acusados. Consta do decreto prisional, que o crime imputado ao paciente é grave com previsão de pena superior a quatro anos de reclusão, e que a prisão é necessária para a preservação da ordem pública, para a garantia da instrução criminal, considerando haver notícias de que um dos acusados é conhecido como suposto “matador” naquela região e que a liberdade vindicada poderia causar temor às testemunhas. Depreende-se dos autos, que a segregação cautelar mostra-se devidamente adequada e necessária, em face da presença do *fumus commissi delicti e periculum libertatis*, por haver indícios suficientes de autoria e de materialidade. Justificada e indispensável a manutenção da custódia como garantia da ordem pública e da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Não há qualquer ilegalidade a ser sanada no *decisum a quo*, considerando ter

o decreto prisional, analisado a presença dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva. Depreende-se dos autos, que a segregação cautelar mostra-se devidamente adequada e necessária, em face da presença do *fumus comissi delicti e periculum libertatis*. Ademais, a aplicação da medida cautelar prisional não fere o princípio da presunção de inocência, e sequer configura odiosa antecipação da pena, por encontrar-se prevista no ordenamento jurídico e amparada de efetiva fundamentação. Como cediço, as alegadas condições pessoais apresentadas pelo paciente por si só não autorizam a concessão do pleito pretendido, quando presentes elementos que autorizem a segregação. Presentes os requisitos previstos nos artigos 312 do Código de Processo Penal. Ausência do constrangimento ilegal apontado. Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0036286-16.2016.8.19.0000, em que é Impetrante U.S.M e Paciente U.S.M.

Acordam os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em denegar a ordem, nos termos do voto da eminente Desembargadora Relatora.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de U.S.M, alegando a desnecessidade da decretação da prisão preventiva do paciente, por ausência dos requisitos que justifiquem sua manutenção e por considerá-la verdadeira antecipação da pena.

Sustenta ainda, a ausência de fundamentação no decreto prisional e possuir o paciente condições pessoais favoráveis para a concessão da ordem, requerendo a sua liberdade provisória.

Informações prestadas pela autoridade

tida por coatora (f. 16/18) e parecer da douta Procuradoria de Justiça (f. 22/28).

Voto

O presente *mandamus* visa à liberdade provisória do paciente, aduzindo ainda, primariedade, bons antecedentes, trabalho lícito e residência fixa.

Constam das informações prestadas pela autoridade tida coatora, que o paciente e seus comparsas foram denunciado pelo homicídio que vitimou uma então, Analista Judiciária do TJRJ, tendo a denúncia sido recebida e determinado a prisão preventiva dos acusados.

Colhe-se dos autos a decisão do Juízo dito coator:

“Cuida-se de denúncia oferecida em face dos acusados U.S.M, G.J.M.F e J.B.L, por suposta prática do homicídio descrito na inicial. Conforme se verifica nos autos, presentes materialidade delitiva, conforme AEC de f. 11-A/11-C, bem como indícios de autoria demonstrados pelos elementos colhidos em fase inquisitorial, não sendo o momento para análise do mérito, pelo que recebo a denúncia. Com relação a prisão preventiva dos acusados, razão assiste ao MP. A denúncia traz imputação de crime grave aos acusados, com a presença de qualificadoras, havendo previsão de pena superior a quatro anos de reclusão. A prisão dos acusados é necessária para garantia da instrução criminal, para fins de garantia da lisura dos depoimentos a serem prestados em juízo, sendo relevante consignar que há notícias de que um dos acusados é conhecido como suposto ‘matador’ na região, e liberdade dos acusados poderá causar temor nas testemunhas. A prisão dos acusados também é necessária para preservação da ordem pública, já que a vítima era Analista Judiciária do Tribunal de Justiça deste Estado, sendo

pública e notória a repercussão dos fatos em mídia local, causando grande comoção social. Assim, deve ser dada pronta resposta jurisdicional, até pela gravidade e forma narrada na denúncia acerca das circunstâncias e motivação do delito. Desta forma, além da presença de materialidade delitiva e indícios de autoria, bem como dos elementos para decretação da prisão preventiva, como acima mencionado, verifica-se que a prisão dos acusados é necessária para garantia da ordem pública e instrução criminal. Com relação a quebra do sigilo de dados telefônicos, razão assiste ao MP, que ratificou representação da autoridade policial. Com efeito, com o avanço das investigações do crime descrito em denúncia, apontaram contatos dos acusados com terceiras pessoas que podem estar envolvidas no crime em apuração ou mesmo prestar esclarecimentos sobre o ocorrido. Assim, necessário se faz a quebra de sigilo dos dados telefônicos das linhas indicadas pelo MP em sua cota denunciada para determinar a vinda dos dados cadastrais das linhas telefônicas, bem como contas reversas de chamadas recebidas e originadas das referidas linhas do mês de abril de 2016. Assim, decreto prisão preventiva dos acusados U.S.M, G.J.M.F. e J.B.L, com fulcro nos artigos 312 e 313, inciso I, do Código de Processo Penal e defiro quebra de sigilo de dados telefônicos das linhas indicadas em cota denunciada, para determinar vinda dos dados cadastrais de seis titulares, bem como contas reversas de chamadas realizadas e recebidas durante todo o mês de abril de 2016. Expeçam-se os mandados de prisão e de citação dos acusados para apresentação de defesa inicial no prazo legal, bem como expedientes para vinda dos dados telefônicos como acima determinado. Deverá haver cumprimento dos mandados de prisão juntamente com os de citação dos acusados. Sem prejuízo, intimem-se os advogados já constituídos nos autos para apresentação de defesa nos autos. Autuem-se e retifique natureza do feito e capitulação do

delito. Cumpra-se.”

Assim, o decreto prisional encontra-se suficientemente fundamentado, conforme os ditames do artigo 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil e ao artigo 315 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, observa-se que não há qualquer ilegalidade a ser sanada no *decisum a quo*, considerando ter o decreto prisional analisado a presença dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva.

Com efeito, a custódia preventiva revela-se necessária por encontrarem-se presentes os requisitos exigidos para a sua decretação, bem como pela garantia da ordem pública, da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Depreende-se dos autos, que a segregação cautelar mostra-se devidamente adequada e necessária, em face da presença do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

Ademais, a aplicação de medida cautelar prisional não fere o princípio da presunção de inocência, e sequer configura odiosa antecipação da pena, por encontrar-se prevista no ordenamento jurídico e amparada de efetiva fundamentação.

Como cediço, as alegadas condições pessoais ostentadas pelo paciente por si só não autorizam a revogação da prisão preventiva, quando presentes elementos que autorizem a segregação.

Como bem ressaltou o ilustre Procurador de Justiça:

“(…) É de conhecimento geral que exclusivamente a gravidade em abstrato do delito não é suficiente para justificar

a decretação da custódia, conforme vem decidindo de forma reiterada nossos Tribunais. Entretanto, pode o Magistrado se valer da própria narrativa em concreto do fato imputado para concluir pela periculosidade do agente e o risco que a sua liberdade acarreta à ordem pública (...).

(...) Na espécie, a concessão da ordem pretendida poderia, a um só instante, comprometer o resultado do processo, além de estimular a prática de novos delitos, com a difusão social de um sentimento de impunidade, mesmo nos mais graves delitos. ”

Por tais razões, acolho o parecer do nobre Procurador de Justiça, Dr. MARCELO PEREIRA MARQUES, voto no sentido de denegar-se a ordem.

É como voto.

Rio de Janeiro, 14 de setembro de 2016.

DES^a. SUELY LOPES MAGALHÃES
Relatora

JÚRI. HOMICÍDIO. JURADAS ADVERTIDAS POR COMPORTAMENTO INADEQUADO. DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. IRRESIGNAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PROVIDO.

Apelação Criminal. Direito Processual Penal. Tribunal do Júri. Imputação do delito descrito no artigo 121, do CP, por duas vezes, sendo uma delas na modalidade tentada. Sentença absolutória. Irresignação ministerial. Alegações de nulidade no curso da sessão e de decisão manifestamente contrária à evidência dos autos. Ausência de motivo relevante para a dissolução do corpo de jurados ou afas-

tamento de quaisquer deles. Nulidade que se afasta. Cassação da decisão do Conselho de Sentença. Decisão manifestamente contrária à evidência dos autos. Autoria e materialidade demonstradas. Conjunto probatório que não dá amparo às conclusões do júri. 1. Ao Tribunal do Júri, a Constituição Republicana de 1988 garante, na alínea “c” do inciso XXXVIII, de seu artigo 5º, a soberania dos veredictos, de modo que, a submissão do apelante a novo julgamento, em razão da análise de circunstâncias fáticas e não meramente processuais, é excepcional, permitida apenas quando o veredicto dissociar totalmente do conjunto probatório, beirando a arbitrariedade. 2. Consideram-se as decisões do Conselho de Sentença manifestamente contrárias à prova dos autos quando desprovidas de qualquer sustentação nos elementos produzidos sob o crivo do contraditório judicial. 3. A expressão “manifestamente” impõe, justamente em razão da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, uma interpretação restritiva do que venha a ser uma decisão contrária à prova dos autos. 4. Nesse sentido, deve ser anulada a decisão do Conselho de Sentença que não encontre nenhum amparo nos elementos probatórios, isto é, seja manifestamente dissociada das provas dos autos. 5. Demonstrado que a decisão proferida pelo Tribunal do Júri se distanciou da prova dos autos, notadamente quanto à autoria delitiva, impõe-se a sua cassação para que outro julgamento se realize, sem que a medida implique ofensa à soberania dos veredictos populares. 6. Doutrina e precedentes jurisprudenciais. Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0014385-75.2006.8.19.0021, em que é Apelante o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Apelado José Carlos

Gomes da Silva.

Acordam os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada nesta data e por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Cuida-se de ação penal que move o Ministério Público em desfavor de José Carlos Gomes da Silva, devidamente qualificado nos autos, como incurso nas penas do artigo 121, do Código Penal por duas vezes, sendo uma delas na modalidade tentada, na forma descrita na denúncia.

Finda a instrução, o Juízo *a quo* pronunciou o acusado (f. 261/263 – ie 332) e, uma vez preclusas as vias impugnativas, foi o réu submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, átimo em que foi absolvido (f. 415 – ie 534).

Ministério Público, então, recorreu, aduzindo, inicialmente, que a sessão de julgamento foi eivada por nulidade, uma vez que duas juradas foram advertidas pela acusação por não se portarem de maneira adequada durante o julgamento e, por este motivo, teriam a sua opinião maculada pela antipatia pessoal e, também, uma das pessoas presentes na plateia proferiu uma frase que pode ter influenciado a decisão dos jurados, além disso, ressalta que a decisão final foi manifestamente contrária à prova dos autos, motivos pelos quais postula o provimento do recurso para submeter o acusado a novo julgamento por Conselho de Sentença diverso (f. 424/437 – ie 543).

O apelado apresentou contrarrazões (f. 441/451 – ie 560).

Parecer do Ministério Público em atuação nesta Câmara, da lavra da Dra. ELISABETH GOMES SAMPAIO, pelo conhecimento do re-

curso e parcial provimento das pretensões nele veiculadas. (f. 584/587 – ie 584).

Voto

Inicialmente, saliente-se que não merece sucesso a pretensão recursal de anulação da sentença em razão da suposta quebra da imparcialidade do Conselho de Sentença.

Narra o recorrente que:

“(…) durante os debates, quando o membro do Ministério Público estava falando e sustentando à acusação, duas juradas ficaram rindo e, por conta disso, o Promotor de Justiça se dirigiu ao Juiz Presidente, comunicou o ocorrido e disse que gostaria de saber o motivo pelo qual as juradas estavam rindo, aduzindo que a sessão de julgamento não era local de brincadeiras e que a função de jurado exige seriedade e, em razão do ocorrido, requereu a dissolução do conselho de sentença, por evidente quebra da imparcialidade, pelo menos, das duas juradas que foram admoestadas, eis que é notório que, lamentavelmente, ninguém aceita ser advertido, mesmo que esteja errado. (...) Durante os debates, quando o membro do Ministério Público estava sustentando à acusação, aduzindo que a Defensora Pública disse que a vítima era violenta e agredia a companheira, porém, em sentido diametralmente oposto, a companheira da vítima teve um filho com a vítima e morou com a vítima até o dia de sua morte, a irmã do apelado e companheira da vítima gritou da plateia que “morou com a vítima até a sua morte porque era ameaçada (...)”.

No tocante aos fatos, está registrado na ata de julgamento que:

“(…) duas juradas (Drivia Gonçalves Ramos e Elisa Tavares Ribeiro) riram durante sua fala, indagando qual motivo. Que uma jurada disse que riu em razão da idade avan-

çada de uma das testemunhas, tendo o Membro do *Parquet* requerido a dissolução do conselho, o que foi negado pelo Presidente, nos seguintes termos: “Não há como agasalhar a pretensão ministerial. De efeito, vislumbro que o ocorrido em plenário não demonstrou nenhum pré-julgamento e nem caracterizou a imparcialidade de algum dos membros do Conselho (...)”.

Colhe-se das narrativas que inexistia fato relevante para a dissolução do Conselho de Sentença ou mesmo o afastamento de quaisquer dos seus componentes, uma vez que a pretensão acusatória baseou-se em suposições e elocubrações de que duas juradas teriam ficado irritadas com o representante do Ministério Público e que, por estas razões, teriam decidido absolver o acusado ou que, por ser composto majoritariamente por mulheres, o Conselho teria sido influenciado por uma frase dita por alguém da plateia, sem apresentar fato apto a embasar suas afirmações.

Diante disso, não havendo qualquer indício nos autos da existência de motivo relevante capaz de influenciar a opinião dos componentes do Conselho de Sentença acerca dos fatos que lhes foram apresentados, afasta-se, de plano, a nulidade suscitada pelo recorrente.

Isto ultrapassado, no que tange à matéria posta em debate, é importante dizer que, em nome da soberania dos veredictos, prevista no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição de 1988, a este Tribunal de Justiça cabe apenas averiguar se a decisão proferida pelos jurados é totalmente contrária a prova dos autos, ou seja, se foi adotada em total dissonância de todo conjunto probatório produzido durante a instrução processual.

Nesse sentido, em relação a alínea “d” do inciso III do artigo 593, do CPP, colhe-se da obra de RENATO BRASILEIRO DE LIMA:¹

“(...) para que seja cabível apelação com base nessa alínea e, de modo a se compatibilizar sua utilização com a soberania dos veredictos, é necessário que a decisão dos jurados seja absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório constante dos autos. Portanto, decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório, é aquela que não tem apoio em nenhuma prova, é aquela que foi proferida no arrepio de tudo que consta nos autos, enfim, é aquela que não tem qualquer prova ou elemento informativo que a suporte ou justifique, e não aquela que apenas diverge do entendimento dos juízes togados a respeito da matéria”.

Aos jurados é dada a possibilidade de escolher uma das versões apresentadas acerca dos fatos, aquela que mais lhe convenceu, aquela que mais se mostrou real e convincente, sem necessidade de fundamentar sua decisão, sendo essas soberanas e, acolhendo qualquer umas das teses apresentadas, não há que falar em decisão manifestamente contrária a prova dos autos.

Para arrematar da obra suso citada:²

“(...) havendo os jurados optado por uma das teses existentes, a submissão do acusado a novo julgamento a novo julgamento não encontra amparo legal no art. 593, III, d, do CPP, pois a decisão não se mostrou manifestamente contrária à prova dos autos. Assim, optando os jurados, bem ou mal, por uma das versões trazidas aos autos, não há falar em decisão inteiramente divorciada da prova existente no processo. Logo, existindo prova a sustentar a tese adotada em plenário pelos jurados, não é possível que o Tribunal *ad quem* desconstitua a escolha dos jurados, procedendo à interpreta-

penal, Niterói/RJ: Impetus, 2013, pp. 1743/1744.

2 Ob. cit., p. 1744.

1 LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo**

ção que, sob sua ótica, coaduna-se melhor com a hipótese dos autos, sob pena de ferir a soberania dos veredictos”.

A propósito, sobre o conceito de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, a justificar a submissão do réu a novo julgamento, com propriedade, anota DAMÁSIO DE JESUS:³

“Conceito de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos - é pacífico que o advérbio ‘manifestamente’ (III, d) dá bem a ideia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos. E não contraria esta a decisão que, com supedâneo nos elementos de convicção dele constante, opte por uma das versões apresentadas (TJMT, RT 526/442). No mesmo sentido: TJSP, JTJ 227/302; STJ, Resp 212.619, DJU 4.9.2000, p. 178, Resp 242.592, DJU 24.6.2002, p. 349; STF, RE 166.896, DJU 17.5.2002, ementário 2069-02. Contra: TJSP, RT 464/354.”

Este entendimento é, também, corroborado pelo magistrado GUILHERME DE SOUZA NUCCI:⁴

“Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: esta é a hipótese mais controversa e complexa de todas, pois, em muitos casos, constitui nítida afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos. É certo, como afirmando na nota anterior, que o duplo grau de jurisdição merece conviver harmoniosamente com a soberania dos veredictos, mas nem sempre, na situação concreta, os tribu-

nais togados respeitam o que os jurados decidiram e terminam determinando novo julgamento, quando o correto seria manter a decisão. O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas do autos. Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida.”

Assim também vem decidindo o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“1. Embora uma das alterações significantes no procedimento do julgamento dos crimes dolosos contra a vida, com o advento da Lei nº 11.689/2008, tenha sido a proibição das partes se referirem em Plenário à decisão de pronúncia (art. 478, I, do CPP), é certo que os jurados, caso solicitem, terão acesso aos autos e, conseqüentemente, à decisão objurgada (art. 480, § 3º, do CPP), razão pela qual vislumbra-se o risco de influência no ânimo do Tribunal Popular. 2. Interposto recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Tribunal do Júri sob o fundamento desta ter sido manifestamente contrária à prova dos autos, ao órgão recursal se permite apenas a realização de um juízo de constatação acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados integrantes do Conselho de

3 JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**: 25.^a ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPP, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 547.

4 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1312.

Sentença, somente se admitindo a cassação do veredicto caso este seja flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo. 3. Em se tratando de absolvição do paciente por negativa de autoria, e que o representante do Ministério Público tenha interposto recurso de apelação com fulcro na alínea “d” do art. 593 do Código de Processo Penal, o Órgão Colegiado, para demonstrar que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, deve indicar as provas produzidas durante a instrução criminal que sejam aptas a apontar ao recorrido a autoria do ilícito que lhe é atribuída, em contraposição ao decidido pelo Conselho de Sentença. 4. Na hipótese vertente, o Órgão Colegiado se absteve de emitir qualquer juízo de valor, somente se restringindo a apontar que as provas constantes dos autos não permitiriam o reconhecimento da tese de negativa de autoria, não podendo falar-se, então, em invasão de competência ou qualquer excesso de linguagem. (HC 143.066/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 09/11/2010, DJe de 01/02/2011). (“1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República. 2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade. 3. O art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal traduz uma liberalidade em favor dos jurados, os quais, soberanamente, podem absolver o acusado mesmo após terem reconhecido a materialidade

e autoria delitivas, e mesmo na hipótese de a única tese sustentada pela Defesa ser a de negativa de autoria. Por outro lado, referido juízo absolutório não se reveste de caráter absoluto, podendo ser afastado, sem ofensa à soberania dos vereditos, quando reste evidenciado que o *decisum* distancia-se, por completo, dos fatos constantes dos autos, mostrando-se manifestamente contrário às provas colhidas. 4. Na hipótese, todavia, apesar de ter sido mencionada contrariedade às provas dos autos, a Corte de origem reconheceu a existência de duas teses contrárias – a de absolvição sustentada por três depoimentos, e a de condenação albergada pelas palavras da vítima –, tendo declarado a nulidade do julgamento exclusivamente em decorrência da “grave contradição” na conduta dos jurados, que encamparam a tese acusatória de autoria e materialidade delitivas e, não obstante, absolveram o réu. 5. Insustentável a tese de que, com as alterações promovidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 11.689/2008 – especialmente à luz do art. 483, inciso III, do CPP –, passou a ser vedada a interposição de recurso de apelação ministerial com base no artigo 593, III, “d” do mesmo codex. Independentemente do motivo que levou os jurados a absolver o acusado, a capacidade postulatória recursal do *Parquet*, quando o julgamento se afigura contrário à prova dos autos, é consentânea com a paridade de armas inerente ao princípio do contraditório e do devido processo legal, e em nenhum momento foi objeto de restrição pela precitada lei. Precedente. 6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. Ordem concedida de ofício para cassar o acórdão que determinou a submissão do paciente a novo julgamento, ficando restabelecida a decisão absolutória de primeira instância. (HC nº 243.716/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 18/03/2014, DJe de 28/03/2014).

Portanto, na esteira da uníssona orientação doutrinária e jurisprudencial, a soberania

dos veredictos, regra geral, deve ser preservada, razão pela qual somente quando evidenciado o total descompasso entre a prova produzida e a decisão proferida pelos Senhores Jurados que se admitirá a sua cassação. Do contrário, não sendo manifesta a contrariedade, há de prevalecer o veredicto popular.

Desta feita, cabe a este Órgão recursal somente aferir se a decisão dos jurados encontra lastro na prova produzida, sem qualquer juízo valorativo, e, em caso positivo, o julgamento deve ser mantido.

Pois bem, a materialidade delitiva encontra-se esculpida através do laudo de exame cadavérico (f. 47/48 – ie 57/59) e do Boletim de Ocorrência (s. 03/04 – ie 07), o que foi reconhecido pelo Conselho de Sentença.

A autoria, por sua vez, veio firmemente demonstrada através da prova oral coligida na fase pré-processual e em sessão plenária, mormente nas seguras declarações prestadas por Osvaldo da Silva Borges, vítima da tentativa de homicídio e irmão da vítima fatal, que presenciou os fatos e os narrou de forma detalhada, clara e sem contradições, consoante pode ser colhido dos fragmentos a seguir transcritos:

“(...) que no dia dos fatos estava saindo da residência de sua mãe, quando ali vinha chegando a vítima, seu irmão; que quando estava a uma distância de, aproximadamente, trinta metros, viu uma pessoa segurando a vítima por trás e outra chegando pela frente e efetuando três disparos, salvo engano; que imediatamente gritou para que parasse, ao que o atirador virou-se para onde ele estava e efetuou também disparos, tendo em seguida fugido em direção de uma comunidade (...); que não pode pela visão que teve afirmar ter sido o acusado presente o autor dos disparos, porém imediatamente aos fatos aproximou-se da vítima e lhe prestou socorro; que a vítima logo falou que o autor

dos disparos havia sido o acusado presente, que vinha a ser o seu cunhado; que a vítima só veio a falecer cinco dias depois no hospital e lá ainda reafirmou que realmente quem havia atirado contra ele havia sido o cunhado e ora acusado José Carlos (...)”.

Igualmente, Maura da Silva Borges, mãe da vítima, que, também estava próximo ao local dos crimes no momento em que foram cometidos, afirmou no Plenário que:

“(...) assistiu aos fatos descritos na denúncia; que no dia dos fatos a depoente se encontrava em casa, sendo que ao sair chegou a ver o acusado presente junto com um outro elemento, agredindo a vítima junto à linha férrea; que a depoente pode ver o companheiro do acusado ainda batendo com a cabeça da vítima contra a linha do trem, enquanto que o acusado passava atirando; (...) que a depoente reconhece o acusado presente como sendo o autor dos disparos nos fatos descritos na denúncia; que após a testemunha Osvaldo ter gritado para que não continuasse a atirar contra vítima, o acusado virou a arma em direção dele Osvaldo e começou a atirar, mas não o acertou (...).

Com efeito, a prova oral produzida na sessão de julgamento deixou incontestemente de dúvida que o apelado foi o autor dos crimes e alvejou a vítima Luiz da Silva Borges, gerando lesões que, por sua natureza, foram a causa de sua morte, assim como, desferiu disparos contra Osvaldo da Silva Borges, cujo resultado somente não foi igualmente efetivo por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Sendo assim, na hipótese dos autos, após análise cuidadosa das razões apresentadas pelo Ministério Público e seu confronto com a decisão combatida e com as demais provas carreadas aos autos, conclui-se que o Tribunal Popular não optou por uma das versões razoáveis existentes no processo, ao absolver o apelado

dos fatos imputados.

Portanto, o conjunto probatório é desfavorável ao apelado, uma vez que a decisão dos jurados, ao responder negativamente ao segundo quesito formulado, desprezando por completo a prova oral coligida, mesmo diante do reconhecimento expresso da materialidade delitiva, certamente traduz decisão evidentemente contrária à prova dos autos.

Em outras palavras, se qualquer razão existe para absolvição do apelado, com toda certeza, não é a negativa de autoria dos disparos contra as vítimas.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso para cassar, nos termos do artigo 593, inciso III, alínea “d”, c/c § 3º, do Código de Processo Penal, a decisão do Conselho de Sentença, e determinar que o réu José Carlos Gomes da Silva seja submetido a novo julgamento perante o Tribunal Popular.

Rio de Janeiro, 28 de julho de 2016.

DES. LUCIANO SILVA BARRETO
Relator

PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PENAL. MUTIRÃO CARCERÁRIO. PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEI Nº 12.016/2009. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. SEGURANÇA DENEGADA.

Penal. Processo penal. Ação constitucional. Mandado de segurança. Execução penal. Mutirão carcerário. Pretensão de garantia da prerrogativa ministerial de intimação e vista pessoal através de remessa dos autos à sede das promotorias de justiça de execução. Observância do devido processo legal e contraditório. Ofício de comunicação

do Poder Judiciário ao Procurador-Geral de justiça, sem participação do *Parquet* no planejamento do mutirão. Alegação de existência de falhas na estrutura física e administrativa que inviabilizaram os trabalhos do ministério público. Retorno dos promotores de justiça de execução penal à sede de seus órgãos de execução. Alegação de ilegalidade da decisão judicial que negou remessa dos processos judiciais em análise no mutirão carcerário, para prévia manifestação do ministério público. Informações da autoridade apontada coatora. Questões preliminares: a) ilegitimidade passiva *ad causam*. Incompetência absoluta da corte; b) ilegitimidade ativa *ad causam*; c) inépcia da inicial. Impossibilidade jurídica do pedido mediato; d) superveniente perda do interesse. Fecimento do objeto. No mérito, alegação de inexistência de direito líquido e certo a ser tutelado pela via mandamental. Rejeição das preliminares. Legitimidades ativa e passiva já afirmadas na decisão que indeferiu a liminar. Definição das atribuições dos membros do ministério público. Distinção entre ato de gestão e ato judicial. Possibilidade jurídica do pedido evidente, diante da pretensão de garantia da prerrogativa institucional de intimação pessoal, não elencada no rol do artigo 5º da Lei 12.016/2009. Acolhimento da perda superveniente do interesse de agir que conduz à denegação da segurança. Artigo 6º, § 5º da Lei 12.016/2009. Registro sobre o posicionamento desta relatoria acerca da nulidade existente na adoção do contraditório diferido. Ofensa ao devido processo legal e às prerrogativas institucionais do ministério público. Denegação da segurança.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 0014573-53.2014.8.19.0000.8.19.0000, em que figura como Impetrante o Ministério Público do Es-

tado do Rio de Janeiro e Autoridade Impetrada o Juízo da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores sa Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, denegar a segurança, por perda do objeto, nos termos do voto do Relator.

Ao decidir-se a liminar, o feito foi assim relatado:

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra ato de autoridade emanado do Juízo da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro, acoimado de ilegal e arbitrário.

Inicia-se a exposição, com o histórico dos atos que instituíram o mutirão carcerário, ora em andamento. Diz-se que foi instituído “Mutirão Carcerário” a ser realizado no Complexo Penitenciário de Gericinó, entre os dias 17 a 28 de março de 2014, através da Portaria nº 29, de 28 de fevereiro de 2014, do Conselho Nacional de Justiça. Aduz-se que o referido ato foi emitido em decorrência da Resolução Conjunta nº 01, de 29 de setembro de 2009, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, que estabelece a necessidade de revisão, com periodicidade anual, da legalidade na manutenção das prisões provisórias e definitivas, além das medidas de segurança e das internações de adolescentes. Destaca-se que o artigo 1º desta Resolução estabelece que o Poder Judiciário e o Ministério Público devem, em colaboração mútua, adotar mecanismos para que tal intento seja realizado. Por fim, menciona o Ato Executivo Conjunto do TJ/CGJ nº 6/2014, do Tribunal de Justiça deste Estado, por meio do qual foi instituído o regime de mutirão carcerário na Vara de Execuções Penais, entre os dias 17 a 28 de março de 2014, com sede no 10º Pavimento do Fórum

Central da Capital, Lâmina II, local onde estão estabelecidos os magistrados e funcionários do Tribunal designados para o mutirão.

Em seguida, sustenta-se que, sem a observância da necessidade de atuação integrada entre as duas instituições – Poder Judiciário e Ministério Público, – houve apenas comunicação feita pelo primeiro ao segundo, por meio de ofício dirigido ao Procurador-Geral de Justiça, datado de 13 de março de 2014, e subscrito pelo Desembargador ANTONIO JAYME BOENTE, além de comunicação verbal do funcionário do Tribunal de Justiça, Sr. Helder Fábio Lima Vieira, à Coordenadora de Execução Penal do Ministério Público, Dra. MARIA DA GLÓRIA GAMA PEREIRA FIGUEIREDO, em 12/03/2014, tudo em data extremamente próxima ao início dos trabalhos inerentes ao mutirão. Pontua-se que, em nenhum momento, o Ministério Público foi instado a participar do planejamento do referido mutirão carcerário, conforme clara exigência da Resolução Conjunta nº 1/09, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

Relata-se que, a despeito de tal falha, do exíguo prazo e da inobservância das prerrogativas da instituição, o Ministério Público, imbuído de espírito de colaboração e concentrado na importância de sua atividade fim, entendeu por participar ativamente dos trabalhos do mutirão carcerário, deslocando os Promotores de Justiça de Execução para o local onde estaria sediado o mutirão e montando, com seus próprios recursos, a estrutura administrativa e pessoal a fim de possibilitar o exercício efetivo e razoável de seu *munus*.

Narra-se que, com o início dos trabalhos no dia 17 de março, inúmeras falhas começaram a ser observadas, extremamente prejudiciais ao desempenho da atividade ministerial, trazendo-se como exemplo o deficitário sinal de *internet*, o precário sistema de ar condicionado, o limitado espaço físico para alocar os serviços cartorários do *Parquet*, a precariedade e insuficiência das instalações sanitárias e

a ausência de instalações de copa e cozinha, para atender promotores e funcionários. Segundo a impetração, todas essas dificuldades levaram a Chefia Institucional do Ministério Público, através do seu Procurador-Geral de Justiça, a reavaliar a necessidade e conveniência da manutenção de estrutura física ministerial dentro do Edifício do Tribunal de Justiça, decidindo, então, pelo retorno dos Promotores de Justiça de Execução Penal à sede de seus Órgãos de Execução, localizada bem próxima ao Fórum Central, entendendo-se que não haveria qualquer prejuízo aos trabalhos do mutirão, até mesmo porque em seu ambiente próprio de trabalho, a equipe ministerial teria a possibilidade de ter produção mais expressiva.

A partir de tal decisão, diz a impetração, “em manifesta e ilegal atitude de retaliação, a autoridade impetrada, mesmo alertada a tanto pelos Promotores de Justiça da Execução Penal, negou-se a remeter os processos judiciais em análise no mutirão carcerário, para a necessária, prévia e imprescindível manifestação do Ministério Público”.

Afirma-se que a vista pessoal dos feitos que necessitam de manifestação do Ministério Público, com a correspondente entrega dos autos tem previsão legal no artigo 41, IV, da Lei nº 8625/93, fazendo-se a transcrição do dispositivo citado. Cita-se, ainda, que o artigo 236, § 2º do CPC tem norma de igual teor e que o artigo 67, *caput* da Lei de Execuções Penais dispõe sobre a atividade fiscalizatória do Ministério Público na Execução e da necessidade de que officie nos processos executivos e incidentes de execução. Colacionam-se, ainda, julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre a obrigatoriedade de intimação do Ministério Público nos feitos que deva atuar e a consequente entrega dos autos.

Allega-se que a ausência do cumprimento da sistemática legal não se coaduna com a

legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses da sociedade e a inafastabilidade de sua intervenção.

Argumenta-se, ainda, que a entrega dos autos na sede das Promotorias de Execução Penal sempre foi regularmente realizada pelo juízo impetrado, através de seus funcionários e estagiários, pessoas que não estão envolvidas no processamento dos feitos na serventia, sendo certo que a devolução é executada pela estrutura do próprio Ministério Público, rotina que continuaria sendo feita, no mesmo dia do recebimento. Por este motivo, diz-se que não se justifica a negativa da autoridade impetrada em remeter os autos, até porque o volume de processos inerentes ao mutirão carcerário em nada superou o volume diário normalmente recebido pelas Promotorias de Execução Penal. Diante de tal quadro, reafirma-se “arbitrário, ilegal e totalmente desarrazoado o ato praticado pela autoridade impetrada, que, ao revés de estar em sintonia com os mandamentos de justiça, os contraria severamente, optando por querer ‘demonstrar poder’ ao invés de dignificar a importante função na qual está investida, que deveria priorizar a sociedade e os indivíduos destinatários e sua função pública, deixados de lado com uma prestação jurisdicional impregnada de vícios como a que está ocorrendo nos processos de mutirão carcerário nos quais está ocorrendo o cerceamento da constitucional e obrigatória fiscalização e atuação do Ministério Público”.

Ressalta-se, ao final do arrazoado da impetração, que o ato de autoridade ora impugnado está dando ensejo a possível anulação das ilegais decisões que já estão sendo proferidas sem a prévia manifestação ministerial, gerando evidente prejuízo, pois tais nulidades redundarão em morosidade na solução final dos benefícios, atingindo terceiros que em nada concorreram para a arbitrariedade. Destaca, também, a possibilidade de danos à sociedade em geral, diante da insegurança jurídica que se irá propagar.

Postula-se a concessão da liminar para que o Juízo da Vara de Execuções Penais, imediatamente, remeta fisicamente os processos judiciais à sede das Promotorias de Justiça de Execução, sejam os mesmos decorrentes ou não do mutirão carcerário, procedendo-se, desta forma, à intimação e vista pessoal prevista em lei “Mandado de Segurança nº 0014573-53.2014.8.19.0000, página 11 de 46”, e, definitivamente, a confirmação da liminar deferida, para assegurar ao Ministério Público a vista e intimação pessoal, com a conseqüente remessa física dos processos pela serventia do juízo impetrado, de forma a se preservar a necessária e prévia manifestação ministerial antes das decisões judiciais, quer se refiram ou não ao mutirão carcerário.

A inicial veio instruída com os ofícios, resoluções e portarias mencionados no texto da impetração.”

Esta Relatoria decidiu a liminar, indeferindo-a, nos seguintes termos:

Desde logo, reconheço a legitimidade do Ministério Público para o aforamento desta ação constitucional e reconheço, na autoridade judicial apontada coatora, legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que age por delegação da Presidência do Tribunal de Justiça *in casu*.

Pois bem, para o exame do que se pede como antecipação de tutela, algumas considerações prévias se impõem. Por primeiro, o conceito de mutirão, que significa “trabalho coletivo em prol da comunidade” (**Aulete – dicionário on line**).

Sendo assim, seja qual for o objeto de um mutirão, necessário trabalho coletivo, significa dizer, que todos os participantes se elevem para o mister com a mesma vontade e dirigidos pela mesma finalidade, no caso o favor ao bem comum.

Alguns mutirões decorrem de fenômenos da natureza, a exemplo de uma geada inespe-

rada no campo agrícola, que exige um trabalho extra e rápido dos agricultores para evitar a perda significativa, senão total, de toda uma safra.

Outros mutirões podem ter origem, lamentavelmente, na precariedade da atuação estatal. Com efeito, se é necessário um mutirão para materializar mecanismo de revisão periódica das prisões provisórias e definitivas, há que se imaginar que o trabalho rotineiro não está atendendo ao que se espera, o que não significa que os atores legitimados a agir não sejam competentes para tanto. O que se afigura em casos tais é, normalmente, a constatação do reduzido corpo de profissionais (juizes, promotores, serventuários, etc.) e, principalmente precária estrutura de trabalho, sendo que as dificuldades apontadas, somadas a tantas outras, podem identificar, no ponto, uma falta de gestão adequada.

Sim. Gestão (ação ou resultado de gerir) boa e eficaz é o caminho para, ao menos, minimizar-se as agruras causadas pelas falhas do Poder Público. No caso em debate, que envolve incidentes na execução das penas e benefícios eventuais a serem garantidos a presos que cumprem pena no regime fechado no Complexo de Gericinó, nesta cidade do Rio de Janeiro, uma vez que a prestação jurisdicional não pode afastar a atuação do Ministério Público (artigo 67 da LEP – O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução), aliás, está condicionada ao pronunciamento prévio ministerial, embora do mesmo possa divergir, evidentemente, há que se criar mecanismo de gestão – e tão somente isso, assim penso – que permita aos juizes e promotores de justiça, cumprirem com independência funcional e autonomia e garantidas as respectivas prerrogativas legais as suas funções.

Todavia, dúvida não há de que ao se instituir um mutirão que tem como premissas a excepcionalidade e a provisoriedade, algumas conseqüências devem ser verificadas, a exem-

plo de uma jornada de trabalho maior que a normal; um certo desconforto nas condições de trabalho; eventual mudança do próprio local em que o trabalho acontecerá; e, também, possibilidade e mitigação – o que não significa abrir mão delas – de algumas prerrogativas.

Exemplificando. Se o Ministério Público se permite participar de um mutirão, poderá – e até é recomendável que concorde em – officiar nos autos sem utilizar todo o prazo legal de que dispõe para a manifestação. Da mesma forma, poderá concordar em receber os autos dos feitos em local outro que não o de sua sede oficial, poupando o erário de gastos e tempo incompatíveis, ao menos em tese, com um mutirão.

Entretanto, para que o Poder Judiciário e o Ministério Público possam assim agir, integrados em um mutirão, Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, na Resolução Conjunta 01/2009, estabeleceram que para a “revisão periódica da legalidade da manutenção das prisões provisórias e definitivas” (art.1º), “os tribunais e as procuradorias do Ministério Público poderão promover ações integradas (...)” (§1º) e “para auxiliar o trabalho de revisão, os tribunais e procuradorias poderão criar grupos de trabalho compostos por juízos e membros do Ministério Público, que terão competência e atribuição em todo o estado ou região, e por servidores em número compatível com a quantidade de processos” (§ 2º).

Resta claro, portanto, que o trabalho integrado somente alcançará êxito se decorrente de uma boa gestão e esta, dúvida parece não haver, está na dependência da atuação conjunta das Chefias Institucionais.

Pelo que se extrai da documentação que instrui esta ação constitucional, ao que parece, não há ato conjunto da Presidência do Tribunal de Justiça e da Procuradoria Geral de Justiça, regulamentando a atuação dos juízes e promotores de justiça no mutirão em curso, como, aliás, orienta a referida Resolução Conjunta do

CNJ e do CNPM.

Em verdade, há uma Portaria assinada pelo Ministro Presidente do CNJ instituindo “equipe de trabalho para compor Mutirão Carcerário Local a realizar-se no Complexo Penitenciário de Gericinó, no estado do Rio de Janeiro”, que diz respeito, apenas, ao Poder Judiciário.

No mesmo sentido, o Ato Executivo Conjunto TJ/CGJ Nº 06/2014 ao instituir “o regime de mutirão carcerário na Vara de Execuções Penais, relativo aos apenados que cumprem pena em regime fechado no Complexo Penitenciário de Gericinó”, nenhuma eficácia possui sobre a atuação do Ministério Público, até porque não o poderia fazer.

É de se presumir que o Ministério Público foi apenas cientificado da instituição do regime de mutirão carcerário e do período em que se realizaria, como se constata do ofício expedido pelo Eminentíssimo Desembargador ANTONIO JAYME BOENTE, na condição de Presidente do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário, ao Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça.

Sobre isso, muito preocupante o que se afirma na impetração: “Vale dizer, em nenhum momento o Ministério Público foi instado a participar do planejamento do referido mutirão carcerário, conforme exigência clara da Resolução Conjunta nº 1/09, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público”.

Não obstante este quadro, o Ministério Público participou, por três dias (17, 18 e 19) do mutirão, mas se retirou do espaço físico onde ele se realiza, segundo ainda a impetração, após reavaliação procedida pela Chefia Institucional, que restou por entender que “deveria haver o retorno dos promotores de justiça de execução penal à sede de seus Órgãos de Execução (...)”.

Aqui parece concentrar-se o cerne da questão: a falta de integração efetiva entre o Poder Judiciário e o Ministério Público, no

ponto Este Relator integra há pouco mais de seis anos o Judiciário Fluminense e por quase um quarto de século integrou o *Parquet* deste Estado, pelo que muito lamenta ter que prestar jurisdição nesta ação mandamental.

De efeito, tenho para mim que não está em discussão que a intimação pessoal dos membros do Ministério Público, em qualquer processo ou grau de jurisdição é garantida “através da entrega dos autos com vista” (art. 41 da Lei nº 8.625/93), bem como de que a manifestação prévia é decorrência de ditames legais e a sua não observância pode gerar a nulificação das decisões exaradas.

Sobre isso, muito preocupante, também, o que consta no ofício expedido pelo Excelentíssimo Juiz de Direito CARLOS AUGUSTO BORGES e dirigido às Promotorias de Justiça de Execução Penal, após justificar a impossibilidade temporal da remessa dos feitos como pleiteado pelo Ministério Público: “De qualquer forma, tão logo encerrado esse breve mutirão carcerário, os processos que penderem da ciência e manifestação ministerial serão encaminhados para vista pessoal do *Parquet*”.

O conteúdo do mencionado ofício dá a entender – mas talvez não seja isto, é de se esperar – que juízes estão decidindo incidente na execução e concedendo eventuais benefícios aos apenados, sem a prévia manifestação do *Parquet* ou, em outras palavras, de forma diferida.

Caso seja esta a realidade, esta Relatoria se abstém de qualquer pronunciamento ou juízo de valor porquanto, por certo, face à dimensão dos feitos analisados, muito provavelmente será instada a decidir eventuais impugnações apresentadas pelo Ministério Público.

No entanto, levando em conta a notícia publicada na data de ontem, no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça, no sentido de que a Vara de Execuções Penais do Tribunal de Justiça concedeu 896 benefícios a presos que cumprem pena em regime fechado no Complexo Penitenciário de Gericinó, sendo 171 livra-

mentos condicionais; 474 progressões de regime; 47 visitas periódicas ao lar; 14 trabalhos extramuros; 14 cursos extramuros e 176 alvarás em virtude de indulto ou prisão domiciliar, avizinha-se uma preocupante situação que, dependendo de como agirem os atores antes referidos, poder-se-á estar diante de um previsível cataclismo jurídico, com consequências dramáticas que podem atingir a imagem do Poder Judiciário e do Ministério Público e por em risco o próprio resultado do mutirão.

Destarte, no momento em que a mediação e a conciliação dos conflitos se erigem como excelente caminho para a pacificação, gostaria este Relator de provocar uma reunião com as partes envolvidas na busca de um eficaz e salutar consenso. Porém, estando há dois dias do término do mutirão, vislumbro que somente as Chefias do Poder Judiciário e do Ministério Público é que poderão, após cientificadas do que está ocorrendo, adotar as providências para uma rápida solução no impasse.

A tutela antecipada que se requer, não vejo como deferir, como posta.

Com efeito, não cabe, ao menos em tese, determinar a um juiz que cumpra a lei, no caso, que garanta a vista dos autos com a respectiva entrega física ou virtual ao membro do *Parquet*. Quem fará a entrega(?); onde(?) e quando(?), isso, com todas as vênias, é problema de gestão.

Não vislumbro, por igual, como quer o órgão ministerial impetrante, possibilidade de intervir no mutirão em curso, muito embora tema as consequências que poderão advir se as respectivas Chefias não agirem com a devida rapidez.

No mais, somente após prestadas as informações e o pronunciamento do *parquet* em atuação na Corte sobre o mérito desta ação constitucional é que, por ocasião do julgamento, será possível concluir, ou não, por eventual abuso ou ilegalidade praticada pela digna autoridade judicial apontada coatora.

Ante o exposto,

- 1) Indefiro, pois o pleito liminar;
- 2) Venham as informações;
- 3) Com a resposta, ao *Parquet* em atuação na Corte.
- 4) Intimem-se.
- 5) Oficie-se, com a máxima urgência, aos Excelentíssimos Presidente do Tribunal de Justiça, Corregedor Geral de Justiça, Procurador Geral de Justiça, Corregedor Geral do Ministério Público e aos Excelentíssimos Senhor Conselheiro GUILHERME CALMON, Juiz de Direito MARCELO MENEZES LOUREIRO (Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo) e Desembargador ANTÔNIO JAYME BOENTE, dando-lhes ciência da decisão ora proferida”.

Os ofícios foram regularmente expedidos, conforme decisão *supra*.

O digno juiz titular da Vara de Execuções Penais, à época, Dr. CARLOS AUGUSTO BORGES, prestou informações, suscitando quatro preliminares de carência acionária, a saber: a) ilegitimidade passiva *ad causam* – incompetência absoluta da Corte; b) ilegitimidade ativa *ad causam*; c) inépcia da inicial – impossibilidade jurídica do pedido mediato; e d) superveniente perda do interesse – fencimento do objeto. No mérito, afirmou não vislumbrar a existência de direito líquido e certo a ser protegido e não estar o mandado de segurança direcionado à correção de ato judicial ilegal e ofensivo a direito líquido e certo, que em sede de execução penal é suscetível de recurso próprio. Destaca não ter havido motivo justo para a retirada do Ministério Público do local a ele destinado, nas excelentes instalações destinadas ao funcionamento do Mutirão Carcerário. Assinalou que, em mutirões anteriores, sempre houve parceria entre juízes e promotores que, por incansáveis vezes, disponibilizaram-se a realizar mutirões dentro das unidades penais, em instalações precárias. Na hipótese sobre a qual versa o mandado de segurança, o mutirão esta-

va sendo realizado no Tribunal de Justiça, nas instalações outrora ocupadas por Desembargadores. Destacou que, assim como o Ministério Público, o Tribunal de Justiça também se viu surpreendido com a notícia do mutirão e o exíguo tempo para sua preparação e realização – 10 dias úteis para análise de 10.000 processos, conforme estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça. Asseverou a inexistência de qualquer descaso com o Ministério Público, salientando que apesar do pouco tempo, a Coordenação das Promotorias de Execução Penal foi cientificada, desde o início, participando, inclusive de reunião sobre o tema, sendo certo que o ofício criticado na impetração teve apenas o condão de formalizar o que já houvera sido acertado com a Coordenação das Promotorias de Execução Penal. Negou a existência de retaliação, afirmada na impetração e, uma vez mais, disse não haver direito líquido e certo a amparar a determinação de retirada dos processos do mutirão carcerário, para remetê-los às promotorias de Execução penal, independentemente de comando judicial a respeito. Manifestou, por fim, esperar a denegação da segurança, caso superadas as preliminares destacadas.

O *Parquet* em atuação na Corte, em parecer da lavra da Eminente Procuradora de Justiça ANA PAULA CARDOSO CAMPOS, opinou pelo reconhecimento da perda parcial do interesse de agir superveniente do *writ*, quanto ao pleito de intimação pessoal prévia dos processos que tramitam em regime de mutirão carcerário, porque já encerrado o mutirão em 28/03/2014. Disse que o contraditório diferido, no caso dos processos do mutirão, é medida aparentemente arbitrária. Sustentou que com o encerramento do mutirão, encerra-se também a discussão acerca da ilegitimidade e da incompetência suscitadas pela autoridade impetrada, pois os processos que tramitaram no regime de mutirão serão analisados sob o prisma da regra geral e *a posteriori*. Sobre o pedido mais amplo, que abrange a remessa de todos os proces-

sos da Vara de Execuções Penais, oriundos ou não do mutirão carcerário, ao Ministério Público, entende deva ser concedida a ordem, por se tratar, a intimação pessoal, de prerrogativa dos membros do *Parquet*, conforme artigo 41, IV, da Lei nº 8.625. Manifestando sua discordância sobre a posição desta Relatoria sobre a existência de espaços à gestão administrativa, afirma que “a lei determina que os autos sejam entregues ao *Parquet*, ou seja, pela legalidade que vige como princípio da Administração Pública, cabe ao Poder Judiciário realizar todos os esforços para fazer com que os processos cheguem ao Ministério Público, sendo “entregues” como determina a lei, não havendo margem para a discricionariedade da Administração”. Opinou, por fim, pela concessão da segurança para que todas as futuras intimações do *Parquet* sejam feitas pessoalmente, mais precisamente pela entrega dos autos ao setor administrativo da Instituição, em prestígio à prerrogativa legal.

Esta Relatoria determinou expedição de novos ofícios, buscando esclarecimentos, em decisão assim vazada:

1) Não obstante a manifestação ministerial (f. 67/71), impõe observar que a digna autoridade judicial apontada coatora instruiu suas informações com o documento de f. 61 (correspondência eletrônica).

2) Da mesma forma, a impetração expressamente afirma que a Chefia do *Parquet* reavaliou a “necessidade e conveniência da manutenção de estrutura física ministerial dentro do Edifício do Tribunal de Justiça, entendendo, assim, que deveria haver o retorno das Promotorias de Justiça de Execução Penal à sede de seus Órgãos de Execução.” (f. 05, segundo parágrafo).

Destarte, oficie-se ao Eminentíssimo Procurador-Geral de Justiça, solicitando-se informações sobre:

a) Eventuais providências adotadas em

relação à solicitação da digna autoridade judicial apontada coatora; e

b) Se o retorno dos membros do Ministério Público aos espaços físicos da sede dos respectivos órgãos de execução foi precedido de algum ato formal da chefia, notadamente em relação à tramitação dos feitos que deveriam ser examinados no Mutirão.

3) Por igual, oficie-se à VEP indagando se os feitos examinados durante o Mutirão foram, todos, remetidos aos Promotores de Justiça com atribuição naquele juízo, após o seu término.

4) O ofício ao eminentíssimo Procurador Geral de Justiça deverá ser assinado por este Relator e/ou o Exmo. Presidente da Câmara e instruído com cópias do Mandado de Segurança, das informações prestadas e do e-mail remetido pelo Eminentíssimo Juiz CARLOS AUGUSTO BORGES.

Cumpridas as determinações, a digna autoridade impetrada prestou novas informações, esclarecendo que os processos que pendiam de ciência e manifestação ministerial foram encaminhados ao Ministério Público, aduzindo que a ciência ao douto órgão de execução ministerial, após o Mutirão Carcerário, repercutiu sensivelmente no número de Agravos interpostos pelo *Parquet*, nos meses subsequentes.

O feito foi incluído em pauta para julgamento, no dia 07 de outubro de 2014.

VOTO

Denego a segurança, divergindo, em parte da orientação do parecer ministerial.

As questões relativas à legitimidade ativa e passiva *ad causam* já foram enfrentadas quando da decisão que indeferiu a liminar. Vejamos:

Desde logo, reconheço a legitimidade do

Ministério Público para o aforamento desta ação constitucional e reconhecimento, na autoridade judicial apontada coatora, legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que age por delegação da Presidência do Tribunal de Justiça *in casu*.

Todavia, em suas informações, a doutra Autoridade judicial apontada coatora questionou a sua legitimidade passiva, sustentando que “(...) no caso o impetrante apontou sua flecha mandamental para este Juiz titular da Vara de Execuções Penais, que não dispõe de competência e poderes para retirar os processos de execução penal do local do mutirão carcerário, com o fito de encaminhá-los à vista do Ministério Público noutra local, que é o ato reclamado (...). Autoridade coatora é aquela que ordena ou omite a prática do ato impugnado. Como visto, não foi este Magistrado quem decidiu pelo local das instalações do Ministério Público, e nem tem poderes para retirar processos do local do Mutirão, alterando o procedimento dos Mutirões Carcerários adotado pelo Conselho Nacional de Justiça. (...) Nesse passo, considerando que o planejamento e a organização do Mutirão compete ao Grupo de Monitoramento e Fiscalização, que atua por delegação da Presidência, e que o local da sede do mutirão, onde os atos devem ser concentrados foi instituído por ato da Presidência, a competência, *in casu*, para o julgamento do mandado de segurança é do Órgão Especial”. (f. 48, 49 e 50)

Em verdade, a digna autoridade impetrada afirmou, expressamente, que o *mandamus* deveria indicar o eminente Desembargador ANTONIO JAYME BOENTE como responsável pelos atos impugnados, em razão da sua condição de Presidente do GMF, atuando por delegação da Presidência deste Tribunal de Justiça, e a quem compete “o planejamento, a organização dos serviços e a supervisão do Mutirão Carcerário”. (f. 49)

Pois bem, não obstante encômios ao raciocínio expandido pelo nobre Magistrado, a par da discussão envolver a gestão do Mutirão, o objeto desta ação constitucional se refere a ato judicial a ser proferido ou praticado em autos de processos em execução penal, em particular a fiscalização exercida pelo *Parquet*, nos autos, a ser garantida pelo Juiz.

Em outras palavras, o *mandamus* não ataca – embora critique – ato de gestão, e, sim, ato judicial.

No que se refere à impugnação, pela digna autoridade judicial apontada coatora, da legitimidade ativa do subscritor do mandado de segurança, no ponto, sob o argumento de que “o mandado de segurança é subscrito pelo Promotor de Justiça titular de uma das Promotorias de Execução Penal, cuja atribuição é limitada a um único final, dos dez finais que compreendem a divisão de processamento dos feitos de execução penal, e não obstante essa limitação em sua atribuição, postula a segurança além da sua atribuição, ou seja, pede que sejam remetidos todos os processos judiciais físicos à sede das Promotorias de Justiça de Execução Penal. Não pode um membro do Ministério Público postular a tutela de eventuais interesses de outros membros, titulares dos direitos vindicados, e com atribuição diversa. E tal circunstância, por óbvio, se presta a inviabilizar a iniciativa autônoma materializada na inicial, apta a ensejar a carência acionária, por ilegitimidade ativa *ad causam*” (f. 51/52), mais uma vez o argumento não procede.

Aliás, ainda que houvesse acerto na fundamentação da digna autoridade judicial, não se poderia negar a legitimidade ativa *ad causam* do eminente promotor de justiça ao menos em relação a parte do pedido, pois o próprio Magistrado reconhece que alguma legitimidade o referido promotor detém, ou seja, nos processos do mutirão aos quais estaria vinculado

por distribuição interna do *Parquet*.

Demais disso, equivooca-se o digno Magistrado em não observar que o membro do *Parquet*, desde que tenha atribuição na matéria versada, é legitimado para agir, no ponto, em nome da própria Instituição que representa, vez que não age em nome pessoal, não devendo ser confundidas as questões de competência da Chefia do *Parquet*, meramente administrativas, com a atuação dos membros da Instituição que é definida legalmente com base na atribuição de cada Promotoria ou Procuradoria de Justiça, inclusive as atribuições legais do próprio Procurador Geral de Justiça.

Reiteram-se, pois, os fundamentos *supra*, para afirmar-se a legitimidade ativa e a legitimidade passiva, na presente ação constitucional.

Quanto à preliminar de inépcia da inicial, por impossibilidade jurídica do pedido mediato, tampouco merece prosperar.

O impetrante em sua causa de pedir, narra, em síntese, que o juízo apontado coator, após haverem se retirado os Promotores de Justiça de Execução das instalações do Mutirão Carcerário, retornando à sede de seus órgãos, deixou de remeter-lhes os processos judiciais para prévia manifestação, sem a observância da prerrogativa institucional da intimação pessoal através da abertura de vista dos autos.

Ora, a pretensão de respeito à prerrogativa prevista na Lei nº 8.625 não se apresenta como pedido juridicamente impossível. Nenhuma abstração se extrai do pleito de que seja determinado ao juízo impetrado a imediata remessa física dos processos judiciais à sede das Promotorias de Execução. Desnecessária a individualização dos processos a serem remetidos, tendo em vista que a intimação pessoal do representante do *Parquet* – repise-se – é prerrogativa institucional. Assim, em todo e qualquer processo judicial em que haja necessidade de manifestação ministerial, sua intimação dá-se através de abertura de

vistas e intimação pessoal.

Saliente-se, ademais, que o ato impugnado não é daqueles elencados no rol do artigo 5º da Lei 12.016/2009, contra os quais não se concede segurança (“I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; III – de decisão judicial transitada em julgado”).

Portanto, não há que se cogitar de inépcia da inicial, que apontou o ato acoimado de ilegal, indicando a razão da ilegalidade e postulou sua correção, com a observância da prerrogativa ministerial e do devido processo legal.

No que tange à preliminar de superveniente perda do interesse de agir, pelo fenechimento do objeto, deve-se destacar que, de acordo com a Lei nº 12.016/2009, artigo 6º, § 5º, que “denega-se o mandado de segurança nos casos previstos pelo artigo 267 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”.

Assim, não há que se acolher a alegação de perda superveniente de interesse de agir em sede de preliminar, uma vez que, tratando-se de mandado de segurança, o reconhecimento de uma das hipóteses do artigo 267 do Código de Processo Civil, conduz a julgamento de mérito, com denegação da segurança.

Destarte, refutam-se as questões preliminares, passando-se à análise do mérito.

As questões mencionadas na impetração estariam a merecer considerações mais profundas, notadamente a confirmação do que posto na impetração, no sentido de que “(...) em nenhum momento o Ministério Público foi instado a participar do planejamento do referido mutirão carcerário, conforme exigência clara da Resolução Conjunta nº 1/09, do Conselho

Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público” (f. 04).

Com efeito, no ofício dirigido à Presidência desta Corte, datado de 14/07/2014, o Subprocurador-Geral de Justiça ERTULEI LAUREANO MATOS afirma que após ter sido procurado pela coordenadora do centro de apoio operacional das promotorias de execução penal e do promotor de justiça que subscreve o *writ*, constatou “a coerência das informações apresentadas era corroborada pelo fato de o Poder Judiciário não ter realizado qualquer tratativa prévia, com o Ministério Público, a respeito da realização do mutirão, limitando-se a comunicar a sua instalação. Embora sejam diversos os atores envolvidos, as nuances do mutirão carcerário foram definidas, exclusivamente, no Ato Executivo Conjunto TJ/CGJ nº 06/2014, firmado pela Presidência e pela Corregedoria Geral da Justiça. Considerando o risco eminente de que o exercício das funções ministeriais fosse seriamente comprometido, com grande prejuízo para o interesse público, autorizei que todos os Promotores de Justiça com atribuição na área de execução penal retornassem ao ambiente físico das Promotorias de Justiça e lá aguardarem a sua intimação pessoal, com o encaminhamento dos autos, tal qual determinada em lei.” (f. 80/81 - destaque desta Relatoria)^{1 e 2}.

Todavia, encerrado o Mutirão Carcerá-

rio, donde se originou a celeuma em debate no presente *writ*, de fato, encontra-se esvaziado o interesse de agir.

Esta Relatoria, todavia, em diversas oportunidades em que foi chamada a decidir nos Agravos em Execução que se seguiram ao procedimento adotado no Mutirão Carcerário, utilizando-se do contraditório diferido, firmou seu posicionamento no sentido da impossibilidade de que se subtraísse do *Parquet* a prerrogativa de abertura de vista e intimação pessoal.

Pois bem, ainda que a referida ação constitucional tenha perdido o seu objeto, o que conduz à denegação da segurança, deve-se ratificar tudo quanto exposto em sede de liminar, dada à afronta expressa não apenas a texto de Lei Federal, mas, principalmente, à norma constitucional (art. 127 e seguintes da Constituição do Brasil).

Não é só. Em diversos agravos em execução penal interpostos pelo *Parquet* fluminense e relativos à mesma matéria tratada no presente recurso, quando Relator, concedeu efeito suspensivo vazado nos seguintes termos, a exemplo do proferido no Agravo nº 0027706-65.2014.8.19.0000:

Trata-se de Agravo em matéria de Execução Penal em que o Ministério Público se insurge contra decisão que deferiu benefício e progressão de regime ao apenado, ora agravado, arguindo, basicamente, a nulidade da decisão judicial porquanto a prestação jurisdicional se fez sem a devida e obrigatória oitiva do *Parquet*.

O que importa nesta oportunidade é o exame do efeito suspensivo requerido pelo órgão ministerial agravante, para que se suste os efeitos da medida atacada.

Enfrento a matéria desde logo e não obstante ser situação excepcional porquanto o referido efeito não tem previsão legal expres-

1 No ofício encaminhado à Presidência do TJERJ o eminente Subprocurador-Geral de Justiça esclareceu que toda atividade à qual “importe em alteração do local em que os Promotores de Justiça e os serviços auxiliares exercerão as suas atividades regulares, será preciso que a Instituição seja convidada a participar da iniciativa com um mínimo de antecedência (...)” (f. 82)

2 A referida autorização foi ratificada pelo eminente Procurador-Geral de Justiça MARFAN MARTINS VIEIRA, no procedimento administrativo MPRJ 2014.00592787 (f. 83/84)

sa, no ponto, só sendo admitido em hipóteses que fogem ao comum forense ou de natureza evidentemente teratológica, defiro o requerido tendo em vista que o que se extrai do contexto dos autos se afigura, com todas as vênias, ao menos em tese, em afronta ao texto constitucional vigente que atribui ao *Parquet*, nos termos do artigo 127 e seguintes, a fiscalização da correta aplicação da lei sendo a instituição – que é de caráter permanente – “essencial à função jurisdicional do Estado”.

Os fatos que levaram ao aforamento deste Agravo são por demais conhecidos desta Relatoria, porquanto exerceu tal função também no mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público em face do Juiz de Direito Titular da Vara de Execuções Penais do Estado, tendo como “pano de fundo”, o mutirão carcerário realizado sob os auspícios do Conselho Nacional de Justiça.

Ao decidir a liminar naquele feito, esta Relatoria já antevia o que veio efetivamente a ocorrer, o que se lamenta, e para bem ilustrar o que ora se afirma, transcrevo integralmente o que ali foi decidido:

(omissis)

Sendo assim, e ainda que aquela ação constitucional tenha resultado em perda do seu objeto, não se pode desconhecer, como bem doutrina MIRABETE³, a função fiscalizadora do Ministério Público na execução da pena e da medida de segurança, exige o opinamento prévio, e não sendo dada a oportunidade dessa manifestação, ocorrerá nulidade, salvo, é claro, aquelas hipóteses expressamente previstas no Código de Processo Penal, a exemplo dos artigos 563, 565 e 566, concluindo o saudoso autor o seu magistério afirmando que: “devido à imperiosa necessidade da fiscalização da lei, a declaração de nulidade independe de demonstração de prejuízo para o Ministério Público”.

Esta Relatoria não desconhece que vários órgãos fracionários deste Tribunal de Justiça vêm tendo entendimentos distintos, havendo mesmo Relatorias que já atribuíram por igual efeito suspensivo em situação análoga (*vide* Agravo de Execução Penal nº 0026207-46.2014.8.19.0000, relatado pela Eminente Desembargadora GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA em feito em curso na Egrégia Quarta Câmara Criminal).

A par de outras decisões que afirmam a possibilidade do controle do órgão fiscal da lei ser exercido de maneira diferida, tenho que tal argumento não pode afrontar dispositivo constitucional.

Todavia, respeitando diversos precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça que reconhecem a referida nulidade (veja-se a exemplo o *Habeas Corpus* nº 207.934 – MS 2011/0121429-5, relatado pelo Exmo. Sr. Ministro GILSON DIPP), no sentido de que “tendo o juiz singular concedido ao paciente a progressão de regime sem o prévio pronunciamento do *Parquet*, agiu corretamente o Tribunal de origem ao decretar a nulidade desta decisão. Todavia, não se mostra razoável determinar a regressão de regime do paciente, porquanto o apenado não possa ser prejudicado por nulidade pela qual não deu causa”.

Com esta orientação, é que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em várias oportunidades, manteve os apenados nos regimes mais benéficos “até que nova decisão seja proferida, mediante regular manifestação do Ministério Público estadual acerca do pedido de progressão prisional”.

Ante todo o exposto, e deixando para maiores apreciações sobre a função constitucional do *Parquet* por ocasião do julgamento de mérito do presente agravo, concedo o efeito suspensivo requerido para suspender os efeitos da decisão atacada até que outra seja proferida com a regularidade exigida na lei, sem prejuízo de manter o ora agravado na situação em que se encontra até a decisão final no presente agravo.

7 Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984 / JULIO FABRINI MIRABETE. – 11ª. ed. – Revista e atualizada – São Paulo: Atlas, 2004.

vo em execução penal.

Ocorre que apesar de vencido no mérito, meus eminentes pares e, posso dizer a maioria dos desembargadores integrantes dos oito órgãos fracionários com competência em matéria penal deste Tribunal de Justiça, jamais lograram me convencer do contrário, isto é, justificar fundamentada e juridicamente em contrário ao que sustento, posição esta que não é isolada porquanto há precedentes de outras Câmaras Criminais nesse sentido, como se pode constatar do julgamento realizado pela Quarta Câmara Criminal no recurso de Agravo nº 0034110-35.2014.8.19.0000, relatado pela eminente Desembargadora GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA:

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – Insurge-se o Ministério Público contra a decisão do Juiz da Vara de Execuções Penais, proferida em sede de Mutirão Carcerário, mantida em Juízo de retratação, que concedeu ao ora agravado o benefício da progressão do regime prisional sem manifestação prévia do Ministério Público. Com razão o Ministério Público. – Descumprimento de prerrogativas previstas na CF em vigor. *Decisum* contrariou texto expresso da lei que traz a indispensável necessidade de prévia manifestação do representante do *Parquet*, a teor dos arts. 67 e 68 da Lei nº 7.210/84. Mostra-se nula a decisão proferida na fase referente à execução da pena, sem a prévia manifestação do MP, cuja intervenção é obrigatória, nos termos dos artigos 67 e 112, § 1º, da LEP. Antes de qualquer decisão no curso da execução penal é necessária a oitiva do MP, enquanto fiscal da lei, para que o processo seja realizado de forma regular. Resta nítida a clara violação ao exercício de fiscalização do MP e, em decorrência, flagrante o prejuízo à sociedade como um todo, haja vista que fora concedido um benefício a um condenado sem a oitiva daquele que tem o dever constitucional de zelar pela correta aplicação da lei. Note-se

que consta da ilegal decisão o reconhecimento explícito de que os autos não foram enviados ao Ministério Público, ou seja, não se intimou o Ministério Público para a devida apreciação e manifestação. Provimento ao recurso ministerial para cassar a decisão ora combatida, declarando-se a nulidade, para que outra seja proferida com a prévia e indispensável manifestação do Ministério Público. Prequestionamento que restou prejudicado, eis que foi dado provimento ao recurso. – Recurso provido.

Aliás, nulidade idêntica foi reconhecida em processo relativo a anterior mutirão carcerário pelo Eminentíssimo Desembargador ANTONIO JAYME BOENTE, coincidentemente, o Presidente do GMF (Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário no Âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro), *verbis*:

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. Recurso do Ministério Público no qual se impugna decisão do Juízo da Execução que, em sede de execução provisória e sem prévia manifestação do *Parquet*, concedeu progressão de regime e a prisão em albergue domiciliar ao apenado. Pedido preliminar de nulidade da decisão por afronta ao artigo 112, § 1º, da LEP. Pedidos subsidiários de reforma da decisão, indeferindo-se o benefício de progressão para o regime aberto, bem como o albergue domiciliar. Nulidade da decisão que se impõe. É cediço que a Lei n. 7.210/84 prevê expressamente a participação do Ministério Público em todos os atos do processo de execução penal, conforme se verifica na dicção do artigo 67 do referido diploma legal. No caso dos autos, conquanto o *Parquet* tenha requerido diligências, o magistrado as dispensou e, após isso, os autos não retornaram ao Ministério Público para se manifestar acerca do pleito da progressão, que restou deferido pela decisão ora impugnada, proferida em Mutirão Carcerário. A decisão impugnada afronta o artigo 112, § 1º, da Lei

de Execução Penal, de modo que a nulidade é medida que se impõe, restando prejudicada as demais questões suscitadas. Entretanto, o agravado não poderá ser prejudicado por vício de nulidade a que não deu causa, não sendo razoável e nem mesmo necessário que o retorne ao regime semiaberto, razão pela qual ele deverá permanecer no regime em que se encontra até que o Ministério Público se manifeste e nova decisão seja proferida. Provimento parcial do recurso para cassar a decisão recorrida, concedido *habeas corpus*, de ofício, para que o apenado permaneça no regime em que se encontra até ulterior decisão. (Agravo de Execução Penal nº 0068539-96.2012.8.19.0000 – 1ª Câmara Criminal – julgado em 10/04/2013)

Sendo assim, e mantendo sua convicção à afronta constitucional, *in casu*, é que esta relatoria entendeu por acolher a preliminar de nulidade nos inúmeros agravos em execução sobre o tema.

Registro, ainda, por pertinente, que ao contrário do que entenderam diversos desembargadores deste TJERJ, o simples fato de ter sido o Ministério Público cientificado da reali-

zação do mutirão, isto, por si só, com todas as vênias, não significa que os promotores de justiça já se encontravam intimados pessoalmente de cada feito executivo, pelo que referido entendimento – permito dizer respeitosamente – se afigurou teratológico até na sua concretude. Em outras palavras, é tentativa vã de legalizar o absurdo, o não factível, o impossível ao agir funcional.

A despeito desse entendimento, encerrado o Mutirão ao tempo em que foi julgado o presente mandado de segurança, evidentemente esvaziado seu objeto.

Diante do exposto, denego a segurança, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, c/c artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Rio de Janeiro, 07 de outubro de 2014.

DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Relator

ABORTO

0026332-86.2011.8.19.0204

26324 / 2016 - TJ - (AC) - Indenização. Alegação de erro médico. Aborto natural inevitável. Três curetagens. Perito que atesta regularidade no atendimento à paciente. Técnica e rigor científicos. Proviemento negado.....273

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0313469-13.2015.8.19.0001

13902 / 2016 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Rodoviária Novo Rio. Instalação de posto médico de urgência. Dever da concessionária. Manutenção da sentença..254

AGÊNCIA REGULADORA

826548 / 2015 - STJ - (AGRAVO) - CEG.

Atraso na entrega de serviço. Aplicação de multa administrativa pela Agência Reguladora (AGENERSA). Inconformismo. Pedido de declaração de nulidade do ato administrativo. Impossibilidade. Previsão de imposição de multa no contrato de concessão.....132

ALÍQUOTA

1594513 / 2015 - STJ - (RESP) - IPTU.

Cobrança de alíquotas diferenciadas. Alegação de inconstitucionalidade. Inexistência. Cumprimento da função social da propriedade.....146

ALUGUEL SOCIAL

0000781-17.2012.8.19.0060

19441 / 2016 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer. Interdição de moradia. Calamidade pública. Área de risco. Aluguel social. Solidariedade entre Estado e Município. Princípios da reserva do possível, do mínimo existencial e da dignidade humana.....275

AMEAÇA

0005754-27.2013.8.19.0077

3651 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Lei Maria da Penha. Ex-companheira. Pai impossi-

bilitado de levar a filha em comum para passear, por motivo de doença da menor. Grave ameaça e intimidação à vítima. Requer absolvição por ausência de dolo. Condenação mantida206

APROPRIAÇÃO

0005258-95.2014.8.19.0001

3953 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Agente de viagens. Negócio jurídico de compra de passagens aéreas. Apropriação de quantias em dinheiro. Sete delitos. Continuidade delitiva. Ausência de satisfação aos lesados. Destinação diversa dos valores pagos. Manutenção da sentença293

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

0252976-70.2015.8.19.0001 - Arguição de

Inconstitucionalidade. Shoppings Centers. Praça de Alimentação. Reserva de mesas e cadeiras para idosos, gestantes e deficientes. Perda do objeto. Lei nº 6.878/2014.... 236

ASSEMBLEIA GERAL

1456903 / 2014 - STJ - (RESP) - Exceção

de incompetência. Incorporação das ações de empresa de capital aberto. Operação aprovada em Assembleia Geral realizada em São Paulo. Inconformismo dos acionistas minoritários da empresa incorporada. Ação de reparação de danos proposta na comarca do Rio de Janeiro. Impossibilidade. Competência do lugar do ato ou fato. Declaração de competência da justiça paulista125

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

0281337-10.2009.8.19.0001

9968 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Dignidade sexual. Atentado violento ao pudor. Tentativa do pai contra filha menor. Não consumação em razão de circunstâncias alheias. Relevância dada a palavra da vítima (criança). Recurso negado.....318

CEG

826548 / 2015 - STJ - (AGRAVO) - CEG. Atraso na entrega de serviço. Aplicação de multa administrativa pela Agência Reguladora (AGENERSA). Inconformismo. Pedido de declaração de nulidade do ato administrativo. Impossibilidade. Previsão de imposição de multa no contrato de concessão..... 132

Cessão Fiduciária em Garantia de Recebíveis Performados e a Performar
Jorge Lobo..... 101

COAÇÃO

0031772-19.2013.8.19.0002

14164 / 2015 - TJ - (ACRIM) - Crime transeunte. Ausência de vestígios. Declarações dos envolvidos e testemunhas. Versão da vítima alegando coação com arma no curso do processo de estupro de vulnerável. Réu que nega os fatos atribuídos a ele. Confirmação pelas testemunhas de defesa. Conjunto probatório insuficiente para decreto condenatório. Princípio do *in dubio pro reo*..... 315

COMPANHEIRA

0004330-79.2016.8.19.0000

2394 / 2016 - TJ - (HC) - Femicídio. Homicídio qualificado. Agressão à companheira. Brutal violência. Prisão em flagrante. Conversão em prisão preventiva. Inexistência de constrangimento ilegal. Ausência de afronta ao princípio da presunção de inocência. Manutenção da custódia..... 196

0005754-27.2013.8.19.0077

3651 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Lei Maria da Penha. Ex-companheira. Pai impossibilitado de levar a filha em comum para passear, por motivo de doença da menor. Grave ameaça e intimidação à vítima. Requer absolvição por ausência de dolo. Condenação mantida..... 206

0004761-31.2014.8.19.0050

6793 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Delitos de

injúria racial e lesão corporal. Humilhação a ex-compamheira. Preconceito. Expressões pejorativas referentes à raça e cor da pele. Inquestionável valor da palavra da vítima. Recurso negado..... 192

COMPETÊNCIA

1456903 / 2014 - STJ - (RESP) - Exceção de incompetência. Incorporação das ações de empresa de capital aberto. Operação aprovada em Assembleia Geral realizada em São Paulo. Inconformismo dos acionistas minoritários da empresa incorporada. Ação de reparação de danos proposta na comarca do Rio de Janeiro. Impossibilidade. Competência do lugar do ato ou fato. Declaração de competência da justiça paulista..... 125

CONCESSIONÁRIA

0313469-13.2015.8.19.0001

13902 / 2016 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Rodoviária Novo Rio. Instalação de posto médico de urgência. Dever da concessionária. Manutenção da sentença..... 254

CONSELHO DE SENTENÇA

0014385-75.2006.8.19.0021

2102 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Júri. Homicídio. Juradas advertidas por comportamento inadequado. Decisão do Conselho de Sentença contrária à prova dos autos. Irresignação do Ministério Público. Recurso provido..... 326

CONSUMIDOR

0393233-19-2013.8.19.0001

Ação civil pública. Consumidor. Copa do Brasil. Lei da oferta e da procura. Aumento do preço dos ingressos. Justa causa. Abusividade afastada..... 245

0002984-88.2015.8.19.0207

46093 / 2016 - TJ - (AC) - Consumidor. Indenizatória. *E-mail* violado. Provedores de serviços de internet. Falha de segurança em

seus serviços. Dano moral. Violação à intimidade e à privacidade..... 259

CONTINUIDADE DELITIVA

0005258-95.2014.8.19.0001

3953 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Agente de viagens. Negócio jurídico de compra de passagens aéreas. Apropriação de quantias em dinheiro. Sete delitos. Continuidade delitiva. Ausência de satisfação aos lesados. Destinação diversa dos valores pagos. Manutenção da sentença..... 293

DESOBEDIÊNCIA

46362 / 2014 - STJ - (HC) - Violência doméstica. Crimes de lesão corporal, ameaça, resistência e desobediência. Uso de substâncias psicotrópicas. Utilização de faca de cozinha. Prisão preventiva. Requisitos. Periculosidade concreta. Dignidade humana da mulher..... 176

DIGNIDADE SEXUAL

0281337-10.2009.8.19.0001

9968 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Dignidade sexual. Atentado violento ao pudor. Tentativa do pai contra filha menor. Não consumação em razão de circunstâncias alheias. Relevância dada a palavra da vítima (criança). Recurso negado 318

DIREITO DE VIZINHANÇA

0013034-18.2011.8.19.0207

69371 / 2015 - TJ - (AC) - Conflito de interesses. Dois imóveis confinantes. Servidão de passagem. Necessidade. Situação fática e jurídica que deve ser mantida..... 257

ERRO MÉDICO

0026332-86.2011.8.19.0204

26324 / 2016 - TJ - (AC) - Indenização. Alegação de erro médico. Aborto natural inevitável. Três curetagens. Perito que atesta regularidade no atendimento à paciente. Técnica e rigor científicos. Provimento negado 273

EXCESSO DE PRAZO

69804 / 2016 - STJ - (HC) - Custódia provisória de presos. Elevado número de réus voltados para graves delitos. Procedimento complexo. Excesso de prazo. Ausência de desídia estatal. Preservado o princípio da razoável duração do processo..... 155

EXECUÇÃO

0014573-53.2014.8.19.0000

28 / 2014 - TJ - (MS) - Processo penal. Execução penal. Mutirão carcerário. Prévia manifestação do Ministério Público. Lei nº 12.016/2009. Perda superveniente do interesse de agir. Segurança denegada 332

346443 / 2015 - STJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Orientação do STF. Novo entendimento. Execução provisória da pena. Inexistência de ofensa ao princípio da presunção de inocência 151

FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

0002332-09.2010.8.19.0058

52678 / 2014 - TJ - (AC) - Município. Omissão. Obra de contenção em cemitério. Responsabilidade objetiva. Falha na prestação do serviço de guarda e conservação de restos mortais. Ressepultamento sem identificação. Dano moral 266

0002984-88.2015.8.19.0207

46093 / 2016 - TJ - (AC) - Consumidor. Indenizatória. *E-mail* violado. Provedores de serviços de internet. Falha de segurança em seus serviços. Dano moral. Violação à intimidade e à privacidade..... 259

FEMINICÍDIO

0004330-79.2016.8.19.0000

2394 / 2016 - TJ - (HC) - Femicídio. Homicídio qualificado. Agressão à companheira. Brutal violência. Prisão em flagrante. Conversão em prisão preventiva. Inexistência de constrangimento ilegal. Ausência de

afrenta ao princípio da presunção de inocência. Manutenção da custódia..... 196

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

1594513 / 2015 - STJ - (RESP) - IPTU. Cobrança de alíquotas diferenciadas. Alegação de inconstitucionalidade. Inexistência. Cumprimento da função social da propriedade146

GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE PERIGOSA

0100717-61.2013.8.19.0001 - Professor. Exercício do Magistério em estabelecimento de ensino em unidade prisional. Gratificação de atividade perigosa. Pagamento devido até o advento da Lei Estadual nº 5.348/08. Extinção de gratificação. Valores atrasados calculados em liquidação. Incidência de correção monetária e juros286

GRATIFICAÇÃO POR ENCARGOS ESPECIAIS

0027916-78.1998.8.19.0000
936 / 1998 - TJ - (MS) - Agravo. Mandado de Segurança. Atualização da gratificação por encargos especiais. Coronéis da Polícia Militar. Reajuste do benefício. Percentual. Preservação do valor real. Caráter permanente.....233

HOME CARE

0000435-13.2016.8.19.0000
803 / 2016 - TJ - (AI) - Plano de saúde. Paciente incluído no atendimento domiciliar. *Home Care*. Antecipação de tutela. Insurgência quanto ao prazo de 48 horas para instalação. Ausência de justificativa plausível. Indeferimento282

HOMICÍDIO

0014385-75.2006.8.19.0021
2102 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Júri. Homicídio. Juradas advertidas por comporta-

mento inadequado. Decisão do Conselho de Sentença contrária à prova dos autos. Irresignação do Ministério Público. Recurso provido326

0036286-16.2016.8.19.0000

16884 / 2016 - TJ - (HC) - Homicídio. Vítima servidora pública. Prisão preventiva. Alegação de condições favoráveis para liberdade provisória. Ausência de constrangimento ilegal. Segregação cautelar adequada323

Honorários Advocatícios Sucumbenciais no CPC/2015 e Seus Reflexos nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais

ALEXANDRE CHINI E ALEXANDRE FLEXA 70

INCONSTITUCIONALIDADE

0023797-78.2015.8.19.0000
72 / 2015 - TJ - (RI) - Inconstitucionalidade de lei . Município de Macaé. Financiamento ao programa pró-tratamento do câncer. Contrapartida social. Tributo municipal não previsto no ordenamento constitucional. Não é tarifa ou preço público. Violação aos princípios da proporcionalidade e da anterioridade239

INDENIZAÇÃO

0026332-86.2011.8.19.0204
26324 / 2016 - TJ - (AC) - Indenização. Alegação de erro médico. Aborto natural inevitável. Três curetagens. Perito que atesta regularidade no atendimento à paciente. Técnica e rigor científicos. Provedimento negado273

INJÚRIA RACIAL

0004761-31.2014.8.19.0050
6793 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Delitos de injúria racial e lesão corporal. Humilhação a ex-compamheira. Preconceito. Expressões pejorativas referentes à raça e cor da pele. Inquestionável valor da palavra da vítima. Recurso negado.....192

INTERNET

0002984-88.2015.8.19.0207

46093 / 2016 - TJ - (AC) - Consumidor. Indenizatória. E-mail violado. Provedores de serviços de internet. Falha de segurança em seus serviços. Dano moral. Violação à intimidade e à privacidade259

IPTU

1594513 / 2015 - STJ - (RESP) - IPTU. Cobrança de alíquotas diferenciadas. Alegação de inconstitucionalidade. Inexistência. Cumprimento da função social da propriedade.....146

LAUDO PSICOLÓGICO

0021007-87.2016.8.19.0000

9501 / 2016 - TJ - (HC) - Lei Maria da Penha. Relação íntima de afeto. Perseguições, monitoramento clandestino e intimidações à vítima. Situação de vulnerabilidade. Palavras da vítima de relevante valor probatório. Medidas protetivas de urgência. Pedido de cassação. *Habeas Corpus*. Ordem denegada..... 208

LEI DA OFERTA E DA PROCURA

0393233-19-2013.8.19.0001

Ação civil pública. Consumidor. Copa do Brasil. Lei da oferta e da procura. Aumento do preço dos ingressos. Justa causa. Abusividade afastada..... 245

LEI MARIA DA PENHA

0005754-27.2013.8.19.0077

3651 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Lei Maria da Penha. Ex-companheira. Pai impossibilitado de levar a filha em comum para passear, por motivo de doença da menor. Grave ameaça e intimidação à vítima. Requer absolvição por ausência de dolo. Condenação mantida... 206

LESÃO CORPORAL

46362 / 2014 - STJ - (HC) - Violência doméstica. Crimes de lesão corporal, ameaça, resistência e desobediência. Uso de substâncias psicotrópicas. Utilização de faca de cozinha.

Prisão preventiva. Requisitos. Periculosidade concreta. Dignidade humana da mulher.. 176

0004761-31.2014.8.19.0050

6793 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Delitos de injúria racial e lesão corporal. Humilhação a ex-compamheira. Preconceito. Expressões pejorativas referentes à raça e cor da pele. Inquestionável valor da palavra da vítima. Recurso negado 192

MAGISTÉRIO

0100717-61.2013.8.19.0001 - Professor. Exercício do Magistério em estabelecimento de ensino em unidade prisional. Gratificação de atividade perigosa. Pagamento devido até o advento da Lei Estadual nº 5.348/08. Extinção de gratificação. Valores atrasados calculados em liquidação. Incidência de correção monetária e juros..... 286

MEDIDAS PROTETIVAS

0021007-87.2016.8.19.0000

9501 / 2016 - TJ - (HC) - Lei Maria da Penha. Relação íntima de afeto. Perseguições, monitoramento clandestino e intimidações à vítima. Situação de vulnerabilidade. Palavras da vítima de relevante valor probatório. Medidas protetivas de urgência. Pedido de cassação. *Habeas Corpus*. Ordem denegada..... 208

92875 / 2007 - STJ - (HC) - Lei Maria da Penha. Relação íntima de afeto. Término. Fatos aterrorizantes. Medidas protetivas de urgência. Pedido do Ministério Público. Legitimidade. Revogação. Indevida supressão de instância..... 171

1419421 / 2013 - STJ - (RESP) - Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Agressões físicas, após doação com reserva de usufruto vitalício. Medidas protetivas pleiteadas de forma autônoma. Relação familiar entre mãe e filho. Natureza satisfativa. Convenção de Belém do Pará. Prevenção..... 183

MINISTÉRIO PÚBLICO**0291155-83.2009.8.19.0001**

61385 / 2015 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Ministério Público. Obrigação de fazer. Poder executivo. Condições insalubres. Penitenciária. Separação dos poderes. Prioridades orçamentárias do Estado 247

0014385-75.2006.8.19.0021

2102 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Júri. Homicídio. Juradas advertidas por comportamento inadequado. Decisão do Conselho de Sentença contrária à prova dos autos. Irresignação do Ministério Público. Recurso provido 326

MULTA**826548 / 2015 - STJ - (AGRAVO)** - CEG.

Atraso na entrega de serviço. Aplicação de multa administrativa pela Agência Reguladora (AGENERSA). Inconformismo. Pedido de declaração de nulidade do ato administrativo. Impossibilidade. Previsão de imposição de multa no contrato de concessão..... 132

MUNICÍPIO**0002332-09.2010.8.19.0058**

52678 / 2014 - TJ - (AC) - Município. Omissão. Obra de contenção em cemitério. Responsabilidade objetiva. Falha na prestação do serviço de guarda e conservação de restos mortais. Ressepultamento sem identificação. Dano moral 266

0023797-78.2015.8.19.0000

72 / 2015 - TJ - (RI) - Inconstitucionalidade de lei. Município de Macaé. Financiamento ao programa pró-tratamento do câncer. Contrapartida social. Tributo municipal não previsto no ordenamento constitucional. Não é tarifa ou preço público. Violação aos princípios da proporcionalidade e da anterioridade..... 239

MUTIRÃO CARCERÁRIO**0014573-53.2014.8.19.0000**

28 / 2014 - TJ - (MS) - Processo penal. Execução penal. Mutirão carcerário. Prévias manifestação do Ministério Público. Lei nº 12.016/2009. Perda superveniente do interesse de agir. Segurança denegada 332

NEGÓCIO JURÍDICO**0005258-95.2014.8.19.0001**

3953 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Agente de viagens. Negócio jurídico de compra de passagens aéreas. Apropriação de quantias em dinheiro. Sete delitos. Continuidade delitativa. Ausência de satisfação aos lesados. Destinação diversa dos valores pagos. Manutenção da sentença..... 293

O Dano Moral nas Relações Contratuais – Sob o Enfoque da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

JOANA CARDIA JARDIM CÔRTEZ, LEONARDO DE CASTRO GOMES, LEDIR DIAS DE ARAÚJO E ADMARA FALANTE SCHNEIDER 78

O Impacto da Lei Anticorrupção na Recuperação Judicial de Empresas

LUIZ ROBERTO AYOUB E VANDERSON MACULLO BRAGA FILHO 57

PLANO DE SAÚDE**0000435-13.2016.8.19.0000**

803 / 2016 - TJ - (AI) - Plano de saúde. Paciente incluído no atendimento domiciliar. *Home Care*. Antecipação de tutela. Insurgência quanto ao prazo de 48 horas para instalação. Ausência de justificativa plausível. Indeferimento 282

POLÍCIA MILITAR**0027916-78.1998.8.19.0000**

936 / 1998 - TJ - (MS) - Agravo. Mandado de Segurança. Atualização da gratificação por encargos especiais. Coronéis da Polícia Militar. Reajuste do benefício. Percentual. Preservação do valor real. Caráter permanente 233

PRESÍDIO

0100717-61.2013.8.19.0001 - Professor. Exercício de magistério em estabelecimento de ensino em unidade prisional. gratificação de atividade perigosa. Pagamento devido até o advento da Lei Estadual nº 5.348/08. Extinção. Valores atrasados calculados em liquidação. Incidência de correção monetária e juros286

Possibilidade de Ato Infralegal do Executivo Extinguir Penas e Questões Sobre o Poder Regulamentar

BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA..... 95

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

0399092-79.2014.8.19.0001

8840 / 2016 - TJ - (AC) - Violência doméstica. Especial proteção pelo poder público. Inobservância. Prestação de serviços. Situação precária. Princípio da dignidade da pessoa humana. Provimento..... 212

0000781-17.2012.8.19.0060

19441 / 2016 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer. Interdição de moradia. Calamidade pública. Área de risco. Aluguel social. Solidariedade entre Estado e Município. Princípios da reserva do possível, do mínimo existencial e da dignidade humana..... 275

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

346443 / 2015 - STJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Orientação STF. Novo entendimento. Execução provisória da pena. Inexistência de ofensa ao princípio da presunção de inocência..... 151

PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

69804 / 2016 - STJ - (HC) - Custódia provisória de presos. Elevado número de réus voltados para graves delitos. Procedimento complexo. Excesso de prazo. Ausência de desídia estatal. Preservado o princípio da razoável duração do processo..... 155

PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

0291155-83.2009.8.19.0001

61385 / 2015 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Ministério Público. Obrigação de fazer. Poder executivo. Condições insalubres. Penitenciária. Separação dos poderes. Prioridades orçamentárias do Estado ..247

PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

0031772-19.2013.8.19.0002

14164 / 2015 - TJ - (ACRIM) - Crime transeunte. Ausência de vestígios. Declarações dos envolvidos e testemunhas. Versão da vítima alegando coação com arma no curso do processo de estupro de vulnerável. Réu que nega os fatos atribuídos a ele. Confirmação pelas testemunhas de defesa. Conjunto probatório insuficiente para decreto condenatório. Princípio do *in dubio pro reo*.....315

PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA ANTERIORIDADE

0023797-78.2015.8.19.0000

72 / 2015 - TJ - (RI) - Inconstitucionalidade de lei . Município de Macaé. Financiamento ao programa pró-tratamento do câncer. Contrapartida social. Tributo municipal não previsto no ordenamento constitucional. Não é tarifa ou preço público. Violação aos princípios da proporcionalidade e da anterioridade239

PRISÃO

0004330-79.2016.8.19.0000

2394 / 2016 - TJ - (HC) - Femicídio. Homicídio qualificado. Agressão à companheira. Brutal violência. Prisão em flagrante. Conversão em prisão preventiva. Inexistência de constrangimento ilegal. Ausência de afronta ao princípio da presunção de inocência. Manutenção da custódia196

0036286-16.2016.8.19.0000

16884 / 2016 - TJ - (HC) - Homicídio. Ví-

tima servidora pública. Prisão preventiva. Alegação de condições favoráveis para liberdade provisória. Ausência de constrangimento ilegal. Segregação cautelar adequada..... 323

PRISÃO PREVENTIVA

46362 / 2014 - STJ - (HC) - Violência doméstica. Crimes de lesão corporal, ameaça, resistência e desobediência. Uso de substâncias psicotrópicas. Utilização de faca de cozinha. Prisão preventiva. Requisitos. Periculosidade concreta. Dignidade humana da mulher..... 176

Questões Acerca do Direito Imobiliário à Luz do CDC

SÉRGIO SEABRA VARELLA 13

RESPONSABILIDADE OBJETIVA

0002332-09.2010.8.19.0058

52678 / 2014 - TJ - (AC) - Município. Omissão. Obra de contenção em cemitério. Responsabilidade objetiva. Falha na prestação do serviço de guarda e conservação de restos mortais. Ressepultamento sem identificação. Dano moral 266

SERVIDÃO DE PASSAGEM

0013034-18.2011.8.19.0207

69371 / 2015 - TJ - (AC) - Conflito de interesses. Dois imóveis confinantes. Servidão de passagem. Necessidade. Situação fática e jurídica que deve ser mantida..... 257

SHOPPING CENTER

0252976-70.2015.8.19.0001 - Arguição de Inconstitucionalidade. Shoppings Centers. Praça de Alimentação. Reserva de mesas e cadeiras para idosos, gestantes e deficientes. Perda do objeto. Lei nº 6.878/2014..... 236

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

92875 / 2007 - STJ - (HC) - Lei Maria da Penha. Relação íntima de afeto. Término.

Fatos aterradorizantes. Medidas protetivas de urgência. Pedido do Ministério Público. Legitimidade. Revogação. Indevida supressão de instância..... 171

1419421 / 2013 - STJ - (RESP) - Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Agressões físicas, após doação com reserva de usufruto vitalício. Medidas protetivas pleiteadas de forma autônoma. Relação familiar entre mãe e filho. Natureza satisfativa. Convenção de Belém do Pará. Prevenção 183

46362 / 2014 - STJ - (HC) - Violência doméstica. Crimes de lesão corporal, ameaça, resistência e desobediência. Uso de substâncias psicotrópicas. Utilização de faca de cozinha. Prisão preventiva. Requisitos. Periculosidade concreta. Dignidade humana da mulher..... 176

0005754-27.2013.8.19.0077

3651 / 2016 - TJ - (ACRIM) - Lei Maria da Penha. Ex-companheira. Pai impossibilitado de levar a filha em comum para passear, por motivo de doença da menor. Grave ameaça e intimidação à vítima. Requer absolução por ausência de dolo. Condenação mantida..... 206

0399092-79.2014.8.19.0001

8840 / 2016 - TJ - (AC) - Violência doméstica. Especial proteção pelo poder público. Inobservância. Prestação de serviços. Situação precária. Princípio da dignidade da pessoa humana. Provimento..... 212

0021007-87.2016.8.19.0000

9501 / 2016 - TJ - (HC) - Lei Maria da Penha. Relação íntima de afeto. Perseguições, monitoramento clandestino e intimidações à vítima. Situação de vulnerabilidade. Palavras da vítima de relevante valor probatório. Medidas protetivas de urgência. Pedido de cassação. *Habeas Corpus*. Ordem denegada..... 208

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MIN. JANE SILVA (92875/2007) - STJ	(HC).....	171
MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO (1419421/2013) - STJ	(RESP).....	183
MIN. LAURITA VAZ (46362/2014) - STJ	(HC).....	176
MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1456903/2014) - STJ	(RESP).....	125
MIN. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (346443/2015) - STJ	(HC).....	151
MIN. ASSUSETE MAGALHÃES (826548/2015) - STJ	(AG).....	132
MIN. GURGEL DE FARIA (1594513/2015) - STJ	(RESP).....	146
MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (69804/2016) - STJ	(HC).....	155

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REL. DES. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO 0027916-78.1998.8.19.0000 (936/1998) - TJ	(MS).....	233
REL. DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO 0014573-53.2014.8.19.0000 (28/2014) - TJ	(MS).....	332
REL. DES. ALCIDES DA FONSECA NETO 0002332-09.2010.8.19.0058 (52678/2014) - TJ	(AC).....	266
REL. DES. NAGIB SLAIBI FILHO 0023797-78.2015.8.19.0000 (72/2015) - TJ	(RI)	239

REL. DES. ELISABETE FILIZZOLA 0252976-70.2015.8.19.0001 () - TJ	(AI)	236
REL. DES. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA 0393233-19.2013.8.19.0001 () - TJ	(AC).....	245
REL. DES. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI BALDEZ 0031772-19.2013.8.19.0002 (14164/2015) - TJ	(ACRIM)	315
REL. DES. LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES 0291155-83.2009.8.19.0001 (61385/2015) - TJ	(AC).....	247
REL. DES. JOSÉ CARLOS VARANDA DOS SANTOS 0013034-18.2011.8.19.0207 (69371/2015) - TJ	(AC).....	257
REL. DES. MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA 0000435-13.2016.8.19.0000 (803/2016) - TJ	(AI)	282
REL. DES. LUCIANO SILVA BARRETO 0014385-75.2006.8.19.0021 (2102/2016) - TJ	(ACRIM)	326
REL. DES. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA 0004330-79.2016.8.19.0000 (2394/2016) - TJ	(HC).....	196
REL. DES. PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO 0005754-27.2013.8.19.0077 (3651/2016) - TJ	(ACRIM)	206
REL. DES. ADRIANA LOPES MOUTINHO 0005258-95.2014.8.19.0001 (3953/2016) - TJ	(ACRIM)	293
REL. DES. JOSÉ ROBERTO LAGRANHA TÁVORA 0004761-31.2014.8.19.0050 (6793/2016) - TJ	(ACRIM)	192
REL. DES. CLÁUDIO DE MELLO TAVARES 0399092-79.2014.8.19.0001 (8840/2016) - TJ	(AC).....	212
REL. DES. FLÁVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES 0021007-87.2016.8.19.0000 (9501/2016) - TJ	(HC).....	208
REL. DES. SIDNEY ROSA DA SILVA 0281337-10.2009.8.19.0001 (9968/2016) - TJ	(ACRIM)	318
REL. DES. DENISE LEVY TREDLER 0313469-13.2015.8.19.0001 (13902/2016) - TJ	(AC).....	254

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS POR RELATOR

357

REL. DES. SUELY LOPES MAGALHÃES 0036286-16.2016.8.19.0000 (16884/2016) - TJ	(AC).....	323
REL. DES. CRISTINA TEREZA GAULIA 0100717-61.2013.8.19.0001 () - TJ	(HC).....	286
REL. DES. VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO 0000781-17.2012.8.19.0060 (19441/2016) - TJ	(AC).....	275
REL. DES. SÔNIA DE FÁTIMA DIAS 0026332-86.2011.8.19.0204 (26324/2016) - TJ	(AC).....	273
REL. DES. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO 0002984-88.2015.8.19.0207 (46093/2016) - TJ	(AC).....	259

(92875/2007) - STJ (HC)	MIN. JANE SILVA.....	171
(1419421/2013) - STJ (RESP)	MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO.....	183
(46362/2014) - STJ (HC)	MIN. LAURITA VAZ.....	176
(1456903/2014) - STJ (RESP)	MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA.....	125
(346443/2015) - STJ (HC)	MIN. ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO.....	151
(826548/2015) - STJ (AG)	MIN. ASSUSETE MAGALHÃES.....	132
(1594513/2015) - STJ (RESP)	MIN. GURGEL DE FARIA.....	146
(69804/2016) - STJ (HC)	MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA.....	155
0027916-78.1998.8.19.0000 (936/1998) - TJ (MS)	REL. DES. LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO.....	233
0014573-53.2014.8.19.0000 (28/2014) - TJ (MS)	REL. DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO.....	332
0002332-09.2010.8.19.0058 (52678/2014) - TJ (AC)	REL. DES. ALCIDES DA FONSECA NETO.....	266
0023797-78.2015.8.19.0000 (72/2015) - TJ (RI)	REL. DES. NAGIB SLAIBI FILHO.....	239
0031772-19.2013.8.19.0002 (14164/2015) - TJ (ACRIM)	REL. DES. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI BALDEZ.....	315
0291155-83.2009.8.19.0001 (61385/2015) - TJ (AC)	REL. DES. LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES.....	247
0013034-18.2011.8.19.0207 (69371/2015) - TJ (AC)	REL. DES. JOSÉ CARLOS VARANDA DOS SANTOS.....	257
0000435-13.2016.8.19.0000 (803/2016) - TJ (AI)	REL. DES. MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA.....	282
0014385-75.2006.8.19.0021 (2102/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. LUCIANO SILVA BARRETO.....	326
0004330-79.2016.8.19.0000 (2394/2016) - TJ (HC)	REL. DES. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA.....	196
0005754-27.2013.8.19.0077 (3651/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO.....	206
0005258-95.2014.8.19.0001 (3953/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. ADRIANA LOPES MOUTINHO.....	293
0004761-31.2014.8.19.0050 (6793/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. JOSÉ ROBERTO LAGRANHA TÁVORA.....	192
0399092-79.2014.8.19.0001 (8840/2016) - TJ (AC)	REL. DES. CLÁUDIO DE MELLO TAVARES.....	212
0021007-87.2016.8.19.0000 (9501/2016) - TJ (HC)	REL. DES. FLÁVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES.....	208
0281337-10.2009.8.19.0001 (9968/2016) - TJ (ACRIM)	REL. DES. SIDNEY ROSA DA SILVA.....	318
0313469-13.2015.8.19.0001 (13902/2016) - TJ (AC)	REL. DES. DENISE LEVY TREDLER.....	254
0036286-16.2016.8.19.0000 (16884/2016) - TJ (HC)	REL. DES. SUELY LOPES MAGALHAES.....	323
0000781-17.2012.8.19.0060 (19441/2016) - TJ (AC)	REL. DES. VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO.....	275
0026332-86.2011.8.19.0204 (26324/2016) - TJ (AC)	REL. DES. SÔNIA DE FÁTIMA DIAS.....	273
0002984.88.2015.8.19.0207 (46093/2016) - TJ (AC)	REL. DES. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO.....	259
0100717-61.2013.8.19.0001 - TJ (AC)	REL. DES. CRISTINA TEREZA GAULIA.....	286
0252976-70.2015.8.19.0001 - TJ (AC)	REL. DES. ELISABETE FILIZZOLA.....	236
0393233-19.2013.8.19.0001 - TJ (AC)	REL. DES. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA.....	245

**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**