

TJRJ

REVISTA DE
DIREITO

VOLUME 127

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Leis nº 13.140/2015 e 9.307/1996 – Mediação,
conciliação e arbitragem

DOCTRINA

Lucro decorrente da intervenção em bens e direitos
alheios. Responsabilidade civil ou enriquecimento sem
causa? Doutrina e jurisprudências

Evolução doutrinária e jurisprudencial dos danos materiais
nos 20 anos do Código Civil



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REVISTA DE
DIREITO
VOLUME 127

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

TJRJ

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

2022
set/dez

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

DIRETORIA-GERAL DE COMUNICAÇÃO E DE DIFUSÃO DO CONHECIMENTO – DGCOM

José Carlos Tedesco

DEPARTAMENTO DE GESTÃO E DISSEMINAÇÃO DO CONHECIMENTO – DECCO

Marcus Vinicius Domingues Gomes

DIVISÃO DE ORGANIZAÇÃO DE ACERVOS DO CONHECIMENTO – DICAC

Ana Claudia Elsuffi Buscacio

PROJETO GRÁFICO

Thais Gallart

EDITORAÇÃO

Hanna Kely Marques de Santana

ASSISTENTE DE PRODUÇÃO

Wagner Gomes de Lemos

ÍNDICE DA REVISTA DE DIREITO

www.tjrj.jus.br

<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/revista-de-direito>

sejur@tjrj.jus.br

34 (815.3)

R 454

Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro n° 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: n° 1-33, 1962-74: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**; segunda fase, n° 34-50, 1975-84: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça 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 Júnior, Jessé Torres**. – (2017) **Fernandes, Sérgio Ricardo de Arruda**.

1. Direito – Rio de Janeiro (Estado) – Periódicos. 2. Direito – Rio de Janeiro (Estado) – Jurisprudência. I. Rio de Janeiro (Estado) Tribunal de Justiça. II. Tenório, Oscar, dir. III. Silva, Romeu Rodrigues, dir. IV. Tostes, Olavo, dir. V. Passos, José Joaquim da Fonseca, dir. VI. Gusmão, Paulo Dourado de, dir. VII. Freitas, Paulo Roberto de Azevedo, dir. VIII. Domingos, 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., 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 Júnior, Jessé Torres, dir., XIV. Fernandes, Sérgio Ricardo de Arruda, Vice-dir., XV. Fernandes, Sérgio Ricardo de Arruda, dir.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRESIDENTE

Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Des. Ricardo Rodrigues Cardozo

1º VICE-PRESIDENTE

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

2º VICE-PRESIDENTE

Des. Marcus Henrique Pinto Basílio

3º VICE-PRESIDENTE

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

REVISTA DE DIREITO

DIREÇÃO DA REVISTA

Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

EQUIPE TÉCNICA

Fernanda Bordeira de Moraes (Chefe de Serviço)

Eneida Conceição Figueiredo de Assis Ferraz

Lilian Neves Passos

Vera Lúcia Barbosa

REVISÃO

Ricardo Vieira Lima

Wanderlei Barreiro Lemos

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. Luiz Zveiter
Des. Cláudio de Mello Tavares
Des.^a Maria Inês da Penha Gaspar
Des.^a Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo
Des. Milton Fernandes de Souza
Des. Nagíb Slaibi Filho
Des. Adriano Celso Guimarães
Des. Bernardo Moreira Garcez Neto
Des. Maurício Caldas Lopes
Des. José Carlos Varanda dos Santos
Des. Celso Ferreira Filho
Des.^a Suely Lopes Magalhães
Des. Edson Aguiar de Vasconcelos
Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira
Des. Ricardo Rodrigues Cardozo
Des. José Carlos Maldonado de Carvalho
Des. Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco
Des. Marcus Henrique Pinto Basílio
Des. Benedicto Ultra Abicair
Des. Carlos Santos de Oliveira
Des.^a Marília de Castro Neves Vieira
Des.^a Jacqueline Lima Montenegro
Des.^a Denise Vaccari Machado Paes
Des.^a Maria Helena Pinto Machado

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira
Des. Ricardo Rodrigues Cardozo
Des. José Carlos Maldonado de Carvalho
Des. Marcus Henrique Pinto Basílio
Des. Edson Aguiar de Vasconcelos
Des.^a Ana Maria Pereira de Oliveira
Des.^a Mônica Maria Costa Di Piero
Des.^a Katya Maria de Paula Menezes Monnerat
Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez
Des. Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Des. Elton Martinez Carvalho Leme
Des.^a. Teresa de Andrade Castro Neves
Des.^a. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat
Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto
Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO E NORMAS

Des. Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho
Des.^a. Flávia Romano de Rezende
Des. João Ziraldo Maia
Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho
Des. André Luiz Cidra

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

CÂMARAS CÍVEIS

1ª CÂMARA CÍVEL

Des. Camilo Ribeiro Rulière
Des. Custódio de Barros Tostes
Des. Fábio Dutra
Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes
Des. Antônio Carlos Arrábida Paes

2ª CÂMARA CÍVEL

Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos
Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara
Des^a. Maria Isabel Paes Gonçalves
Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho
Des^a. Fernanda Fernandes C. Arrábida Paes

3ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. Helda Lima Meireles
Des. Fernando Foch de Lemos Arigony Silva
Des. Carlos Santos de Oliveira
Des^a. Renata Machado Cotta
Des^a. Andréa Maciel Pachá

4ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo
Des. Antônio Iloízio Barros Bastos
Des^a. Maria Helena Pinto Machado
Des^a. Maria Celeste Pinto De Castro Jatahy
Des. Carlos Gustavo Vianna Direito

5ª CÂMARA CÍVEL

Des. Milton Fernandes de Souza
Des^a. Cristina Tereza Gaulia
Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes
Des^a. Claudia Telles de Menezes
Des^a. Denise Nicoll Simões
Designado
Des. Alexandre Teixeira De Souza

6ª CÂMARA CÍVEL

Des. Nagib Slaibi Filho
Des. Rogério de Oliveira Souza
Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva
Des^a. Inês da Trindade Chaves de Melo
Des^a. Cláudia Pires dos Santos Ferreira
Designado
Des. Jean Albert de Souza Saadi

7ª CÂMARA CÍVEL

Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa
Des. André Gustavo Corrêa de Andrade
Des. Ricardo Couto de Castro
Des. Claudio Brandão de Oliveira
Des. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho
Designado
Des. André Luís Mançano Marques

8ª CÂMARA CÍVEL

Des. Adriano Celso Guimarães
Des^a. Conceição Aparecida Mousnier T. Guimarães
Des^a. Mônica Maria Costa di Piero
Des. Marcelo Lima Buhatem
Des. Augusto Alves Moreira Júnior

9ª CÂMARA CÍVEL

Des. Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco
Des. Adolpho Corrêa de Andrade Mello Júnior
Des. Carlos Azeredo de Araújo
Des^a. Daniela Brandão Ferreira
Des. Luiz Eduardo Cavalcanti Canabarro
Designado
Des^a. Renata Silveiras França Fadel

10ª CÂMARA CÍVEL

Des. Bernardo Moreira Garcez Neto
Des. José Carlos Varanda dos Santos
Des. Celso Luiz de Matos Peres
Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

Des^a. Patrícia Ribeiro Serra Vieira

11^a CÂMARA CÍVEL

Des. Fernando Cerqueira Chagas
Des. César Felipe Cury
Des. Luiz Henrique Oliveira Marques
Des. Sérgio Nogueira de Azeredo
Des. André Luiz Cidra

12^a CÂMARA CÍVEL

Des. Mário Guimarães Neto
Des. Cherubin Helcias Schwartz Júnior
Des^a. Geórgia de Carvalho Lima
Des. Jaime Dias Pinheiro Filho
Des. Alcides da Fonseca Neto

13^a CÂMARA CÍVEL

Des. Fernando Fernandy Fernandes
Des^a. Sirley Abreu Biondi
Des. Guaraci de Campos Vianna
Des^a. Valéria Dacheux Nascimento
Des. Juarez Fernandes Folhes

14^a CÂMARA CÍVEL

Des. José Carlos Paes
Des. Cléber Ghelfenstein
Des. Gilberto Campista Guarino
Des. Francisco de Assis Pessanha Filho
Des^a. Nádia Maria de Souza Freijanes

15^a CÂMARA CÍVEL

Des. Cláudio de Mello Tavares
Des^a. Maria Regina Fonseca Nova Alves
Des^a. Lúcia Regina Esteves de Magalhães
Des. Paulo Wunder de Alencar
Des^a. Leila Santos Lopes

16^a CÂMARA CÍVEL

Des. Mauro Dickstein
Des. Carlos José Martins Gomes

Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo
Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto
Des. José Roberto Portugal Compasso

17^a CÂMARA CÍVEL

Des. Elton Martinez Carvalho Leme
Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas
Des^a. Márcia Ferreira Alvarenga
Des. César Augusto Rodrigues Costa
Des^a. Flávia Romano de Rezende

18^a CÂMARA CÍVEL

Des. Maurício Caldas Lopes
Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos
Des. Cláudio Luis Braga Dell'orto
Des. Eduardo de Azevedo Paiva
Des^a. Margaret de Olivaes Valle dos Santos

19^a CÂMARA CÍVEL

Des. Gabriel de Oliveira Zefiro
Des. Mauro Pereira Martins
Des. Luiz Umpierre de Mello Serra
Des^a. Mafalda Lucchese
Des. Fábio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro

20^a CÂMARA CÍVEL

Des^a. Maria Inês da Penha Gaspar
Des^a. Marília de Castro Neves Vieira
Des. Alexandre Eduardo Scisínio
Des. Renato Lima Charnaux Sertã
Designado
Des. Eduardo Abreu Biondi
Des. Ricardo Alberto Pereira

21^a CÂMARA CÍVEL

Des. Marco Antônio Ibrahim
Des^a. Denise Levy Tredler
Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto
Des. André Emílio Ribeiro Von Melentovytch

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

Des^a. Mônica Feldman de Mattos
Designado
Des. Geraldo da Silva Batista Junior

22^a CÂMARA CÍVEL

Des. Benedicto Ultra Abcair
Des^a. Teresa de Andrade Castro Neves
Des^a. Mônica de Faria Sardas
Des. Gilberto Clóvis Farias Matos
Des^a. Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello

23^a CÂMARA CÍVEL

Des^a. Sônia de Fátima Dias
Des. Murilo André Kieling Cardona Pereira
Des. Marcos André Chut
Des. Celso Silva Filho
Des^a. Cristina Serra Feijó

24^a CÂMARA CÍVEL

Des. Mário Assis Gonçalves
Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho
Des^a. Regina Lúcia Passos
Des^a. Cíntia Santarém Cardinali
Des. João Batista Damasceno
Designado
Des. Eduardo Antônio Klausner
Des. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

25^a CÂMARA CÍVEL

Des^a. Leila Maria R. Pinto de Carvalho
e Albuquerque
Des. Werson Franco Pereira Rêgo
Des. Sérgio Seabra Varela
Des^a. Marianna Fux
Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto

26^a CÂMARA CÍVEL

Des^a. Ana Maria Pereira de Oliveira
Des^a. Sandra Santarém Cardinali

Des^a. Natacha Nascimento Gomes Tostes
Gonçalves de Oliveira
Des. Arthur Narciso de Oliveira Neto
Des. Wilson do Nascimento Reis

27^a CÂMARA CÍVEL

Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres
Des^a. Jacqueline Lima Montenegro
Des^a. Lucia Helena do Passo
Des^a. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio
Des^a. Maria Luiza de Freitas Carvalho
Designado
Des. Vitor Marcelo Aranha Afonso Rodrigues

SEÇÃO CÍVEL

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho
(PRESIDENTE)
Des. Nagib Slaibi Filho
Des. Cherubin Helcias Schwartz Junior
Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres
Des. Guaraci de Campos Vianna
Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo
Des.^a Renata Machado Cotta
Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara
Des. Antônio Iloízio Barros Bastos
Des. Marcelo Lima Buhatem
Des.^a Patrícia Ribeiro Serra Vieira
Des. Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho
Des. César Augusto Rodrigues Costa
Des.^a Margaret de Oliveira Valle dos Santos
Des.^a Natacha Nascimento Gomes Tostes
Gonçalves de Oliveira
Des. Werson Franco Pereira Rêgo
Des. Antônio Carlos Arrábida Paes
Des.^a Denise Nicoll Simões
Des. Francisco de Assis Pessanha Filho
Des.^a Daniela Brandão Ferreira

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

Des.^a Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello
Des. André Luiz Cidra
Des. João Batista Damasceno
Des. Mafalda Lucchese
Des. Paulo Wunder de Alencar

CÂMARAS CRIMINAIS

1^a CÂMARA CRIMINAL

Des. Luiz Zveiter
Des. Pedro Freire Raguenet
Des.^a Katya Maria de Paula Menezes Monnerat
Des.^a Maria Sandra Rocha Kayat Direito
Des.^a Denise Vaccari Machado Paes

2^a CÂMARA CRIMINAL

Des. Celso Ferreira Filho
Des.^a Kátia Maria Amaral Jangutta
Des.^a Rosa Helena Penna Macedo Guita
Des. Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes
Des. José Acir Lessa Giordani

3^a 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

4^a CÂMARA CRIMINAL

Des.^a Gizelda Leitão Teixeira
Des.^a Márcia Perrini Bodart
Des. João Ziraldo Maia
Des. Paulo César Vieira de Carvalho Filho
Des. Luiz Marcio Victor Alves Pereira

5^a CÂMARA CRIMINAL

Des. Cairo Ítalo França David
Des. Paulo de Tarso Neves
Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez
Des. Luciano Silva Barreto
Des. Peterson Barroso Simão

6^a CÂMARA CRIMINAL

Des.^a Rosita Maria de Oliveira Netto
Des. Luiz Noronha Dantas
Des. José Muiños Piñeiro Filho
Des. Fernando Antonio de Almeida
Des. Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira

7^a CÂMARA CRIMINAL

Des. Siro Darlan de Oliveira
Des.^a Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes
Des. Sidney Rosa da Silva
Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto
Des. Marcius da Costa Ferreira

8^a 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 Daudt D'Oliveira

SEÇÃO CRIMINAL

RESOLUÇÃO TJ/TP/RJ N° 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 19 de dezembro de 2022)

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

Sumário

DOUTRINA

Lucro decorrente da intervenção em bens e direitos alheios. Responsabilidade civil ou enriquecimento sem causa? Doutrina e jurisprudências	12
MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES	

A ilusão constitucional do novo art. 14-A do Código de Processo Penal	48
ANA PAULA COUTO E MARCO COUTO	

Evolução doutrinária e jurisprudencial dos danos materiais nos 20 anos do Código Civil	63
PAULO MAXIMILIAN	

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça	82
Temática – Leis n^os 13140/2015 e 9307/1996	
Mediação, conciliação e arbitragem	157
Cível	208
Criminal	327

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

Por Assunto	381
Por Relator	402
Por Ordem Numérica	405

DOCTRINA

Lucro decorrente da intervenção em bens e direitos alheios. Responsabilidade civil ou enriquecimento sem causa? Doutrina e jurisprudências.

MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES *

Sumario: I - Introdução; II - O lucro da intervenção e suas (com)implicações: 1- Conceito, contornos, hipóteses; 2 - O lucro da intervenção e os problemas que suscita; 3 - Soluções possíveis: 3.1 - A ação de responsabilidade civil como solução do problema do lucro da intervenção; 3.2 - A ação de enriquecimento sem causa como instrumento para remoção do lucro da intervenção: 3.2.1 - O enriquecimento do interventor; 3.2.2 - O empobrecimento do titular do direito ou as custas deste; 3.2.3 - Sem justificativa ou sem causa; 3.2.4 - Subsidiariedade. Pretensão restitutória e reparatória. Reinterpretando o lucro da intervenção; 3.2.5 - Cumulatividade das pretensões restitutória e reparatória. 4 - Proposta de redução na configuração do lucro da intervenção. III - Conclusão.

1. Introdução

Agraciado com o convite para contribuir com um texto para a **Revista de Direito** do Tribunal de Justiça do E. do Rio de Janeiro, resolvi apresentar um tema que, embora conhecido por alguns de seus aspectos, não o é por seu título básico: Lucro da Intervenção.

O exame do tema tem chamado a atenção da doutrina atual, embora, como se verá, não se trata propriamente de uma novidade, mas inegavelmente, entre nós voltou à baila recentemente, e certamente sua releitura se faz necessária, em especial, uma vez que o direito positivo não tem como regular todas as situações na sociedade em sua dinâmica de fomento e modificação de suas relações. De um modo geral, em ocorrendo novas situações sociais geradoras de conflitos sociais e jurídicos, passa a doutrina a debater e refletir sobre os impactos que provocam na vida das pessoas. O vácuo normativo de regra provoca dificuldade não só no posicionamento das pessoas no grupo social, mas também ao Poder Judiciário na solução das questões que lhe são apresentadas. Tenha-se em mente o tema dos direitos da personalidade, ausentes na codificação de 1916, mas identificados pela a doutrina, o que possibilitava ao Judiciário sobre eles se manifestar.

* Mestre e Doutor em D. Civil pela UERJ. Prof. Associado do Departamento de Direito Civil da UERJ. Prof. do Mestrado e Doutorado em Direito da Cidade da UERJ. Presidente do Fórum Permanente de Direito da Cidade da EMERJ. Desembargador do TJ-RJ.

Na situação objeto deste ensaio, assim também tem ocorrido, ainda que julgados passem a considerar o assunto, após a doutrina identifica-lo e refletir sobre ele, evidenciando um despertar após a primeira oportunidade que tratamos do tema.¹

Analisar nos dias de hoje o lucro da intervenção e suas consequências na vida de relação se tornou uma tarefa menos árdua, considerando o interesse que o assunto despertou em jovens professores, motivando-os a empreender estudos específicos, examinando o(s) “problema(s)”², as dificuldades oriundas das hipóteses geradoras de tal lucro, seu adequado enquadramento na dogmática brasileira³, como se verá ao longo deste ensaio, bem como razão dos debates recentemente travados no egrégio STJ sobre o tema.

Ao se deparar o leitor com alguns dos exemplos de lucro da intervenção que talvez fosse melhor chama-lo de lucro por intervenção, verificará que a situação fática que lhe serve de suporte ocorre com muita frequência no dia a dia das pessoas e, a rigor, o que de novo se tem é a solução específica para determinadas hipóteses de intervenção, daí porque se proporá, ao final, a aplicação pontual da figura do lucro da intervenção.

Em denso estudo, publicado no ano de 1991, sobre o instituto do enriquecimento sem causa, FERNANDO DE NORONHA analisou diversas situações de intervenção em direito alheio, mas preferiu identifica-las com expressão própria: “exploração de bens, trabalho ou direitos de outrem”⁴, apesar de fazer uso também da expressão adotada no direito português por PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA de “lucro por intromissão”⁵, porque há, em verdade, uma intromissão em bens e direitos alheios

- 1 Cf. Intervenção em bens e direitos alheios. Lucro decorrente, como remover. “Responsabilidade civil ou enriquecimento sem causa? Doutrina e jurisprudência”. In: **Direito Civil. Diálogos entre a doutrina e jurisprudência**. Vol. 2. Gen/Atlas, 2021, p. 515 e ss.
- 2 A expressão “problemas” ao se referir ao lucro da intervenção foi utilizado no direito português, por PEREIRA COELHO (COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. Livraria Almedina. Coimbra 1970, p. 12), e, entre nós, com especial enfoque no texto do jovem e brilhante professor CARLOS NELSON KONDER, em tópico próprio: “O(s) problema(s) do lucro da intervenção” (KONDER, Carlos Nelson. “Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção”. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 13/2017, dez. 2017, p. 2.
- 3 Indica-se a tese de doutoramento de MARIA CANDIDA DO A. KROETZ, apresentada em 2005 na Universidade Federal do E. do Paraná, sob o título **Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**, e a tese de doutoramento SERGIO SAVI, apresentada junto à Universidade do E. do Rio de Janeiro, na qual o foco é o lucro da intervenção e seu enquadramento no sistema brasileiro, resultando no livro **Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa**. O lucro da intervenção, que terá citação adequada ao longo do texto. Importante registrar que o STJ, no REsp.1.552.434-GO, já havia se referido ao segundo trabalho acima indicado e ao texto do professor CARLOS NELSON KONDER (que será objeto de citação oportuna). Registre-se que os dois primeiros trabalhos doutrinários influenciaram sobremodo a recente decisão do STJ, no REsp. 1.698.701-RJ, e certamente inspiraram a reflexão sobre a temática em manuais, cursos e artigos, não menos importantes, que serão indicados ao longo do texto.
- 4 NORONHA, Fernando. “Enriquecimento sem causa”. **Revista de Direito Civil, Imobiliário e Empresarial**. Ano 15, vol. 56, p. 67.
- 5 LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. **Código Civil Anotado**. Coimbra Editora Ltda., vol. I, 4ª ed. 1987, p. 455 e, por este último, no seu conhecido manual **Das Obrigações em geral**. Coimbra. Almedina, vol. I, 9ª ed., 1996, p. 501. A primeira edição deste manual se dera em 1970, como se pode ver do prefácio transcrito na edição consultada.

como pano de fundo caracterizador do lucro por intervenção, está última utilizada no direito alemão, que passou a destacá-lo já no ano de 1909, nos estudos de FRITZ SCHULZ⁶, indicado pelos autores portugueses como a primeira obra a se referir ao lucro da intervenção. Destaca-se nesse ponto PEREIRA COELHO, que parece ter sido o primeiro autor em língua portuguesa a tratar especificamente do assunto.⁷

Interessante observar contudo, que, em 1977, quando professor na Universidade de Salvador, ANTUNES VARELA publicou o livro **Direito das Obrigações**, com base no direito civil brasileiro, no qual tratou da figura do “lucro por intromissão ou ingerência” em bens alheios, apresentando vários exemplos de que os autores atuais se valeram como hipóteses de lucro da intervenção, inclusive a situação levada a julgamento no STJ⁸.

Certamente inspirou os autores de hoje a refletirem de modo específico sobre o tema do lucro da intervenção o texto de outro ator português, publicado no Brasil em 2004, MENEZES LEITÃO, sob o título **O enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro**, cuidando, em tópico específico, do “enriquecimento por intervenção”.⁹

Considerando que a intervenção ou ingerência de uma pessoa nos direitos ou bens jurídico alheios, quer ser trate de uso, de consumo ou de alienação é que dá o suporte fático para o lucro da intervenção, pode-se dizer que os autores do passado não deram a devida atenção ao tema, embora muitas das hipóteses de lucro da intervenção constasse em dispositivos esparsos do antigo código civil, mas não assim identificada. Atente-se, por exemplo, a intervenção sem causa jurídica na propriedade alheia; no consumo não autorizado de bens alheios; na plantação, na construção com sementes ou materiais alheios em terreno próprio, sem a devida aquisição das sementes e materiais; na especificação, dentre outras situações examinadas pelos autores do passado remoto e recente, mas não identificadas como lucro da intervenção, ainda que fosse reconhecido tratar-se de situações de enriquecimento sem causa, princípio geral do direito, não toleradas pelo sistema brasileiro.

6 Cf. “System der Rechte auf den Eingriffserwerb”, indicado por COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. Livraria Almedina. Coimbra 1970, p. 12.

7 COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. Livraria Almedina. Coimbra 1970.

8 VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Forense, RJ, 1977, p. 189. Ressalve-se que a exceção do ex. inusitado indicado por FERNANDO DE NORONHA no texto citado, do genealogista que descobre os herdeiros de alguém, possibilitando o recebimento da herança (*ob. cit.*, p 60), todas as hipóteses de lucro da intervenção foram referenciadas pelos nossos autores atuais.

9 LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. “O enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro”. **Revista CEJ**. Direito Civil, Brasília, junho 2004, p. 29, resultado de uma conferência proferida em novembro de 2003, na II Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários do CJF. Certamente influenciou na proposição do Enunciado 620 da VIII Jornada de Direito Civil, especificamente sobre o tema em exame: “Art. 884: A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa.”.

Parece que a utilização da expressão lucro da ou por intervenção foi apenas uma questão de escolha do intérprete, pois na consulta que se fizer, por ex., ao **Tratado de Direito Privado**, de Pontes de Miranda, quando o autor cuida do tema do enriquecimento injustificado, percebe-se que referido autor teve acesso à obra de FRITZ SHULZ já referida, citando-o expressamente, mas se utiliza da expressão “intervir na esfera econômica do prejudicado”, apontando exemplos de intervenção, não tendo adotado a expressão “lucro por intervenção”, como fez o autor alemão¹⁰, possivelmente porque naquele direito havia regra expressa que sugeria a situação de intervenção (§§ 816 e 818 do CC alemão).

Uma situação curiosa de intervenção indevida em direito alheio foi prevista no Código Civil de 1916, em sua versão original no art. 655¹¹, o qual estabelecia que se alguém musicasse poesia de outrem, podia executá-la, publicá-la, transmiti-la livremente mesmo sem autorização de seu autor tendo, contudo, a obrigação de indenizar o poeta. CLOVIS BEVILAQUA afirmou tratar-se de um caso de especificação, na qual a música “é considerada principal por ser mais valiosa e arrasta consigo a letra, sem contudo lhe tirar a individualidade, de modo que não possa cada uma aparecer e se reproduzir em separado”, e acrescenta que era necessário uma tal disposição na nossa legislação, face a especialidade da situação.¹²

Aliás, mesmo na literatura brasileira recente, autores analisam as hipóteses de intervenção em direito alheio, mas optam por não destacar o lucro da intervenção como figura autônoma. Um deles considera tais situações como de “enriquecimento obtido mediante fato injusto”¹³. Outro,¹⁴ num primeiro texto sobre enriquecimento, apesar de indicar situações de lucro da intervenção, assim não as identificou, só o fazendo em texto posterior, texto este utilizado também ao longo deste ensaio.

- 10 MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito de Privado**. Parte Especial. Tomo XXVI. Editor Borsoi. RJ, 2ª ed. 1959, pp. 121 e 122. Faz referência também a obra de WILBURG: “A teoria do enriquecimento sem causa”, na qual, como se vê de estudo específico de DIOGO CAMPOS, cuida também do lucro por intervenção. (CAMPOS, Diogo J. P. Leite de. **A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento**. Livraria Almedina, Coimbra, 1974, p. 474).
- 11 O artigo 655 do Código Civil de 1916, na versão original continha: “O autor de composição musical, feita sobre texto poético, pode executá-la, publicá-la ou transmitir o seu direito, independente de autorização do escritor, indemnizando, poderem, a este, que conservará direito à reprodução do texto sem a música.” Transcrito como no original. Essa regra quebrava o princípio estabelecido no código para obras em colaboração, na qual seria necessário autorização de todos os colaboradores quando indivisível (art. 653 do CC/16).
- 12 BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Livraria Francisco Alves. RJ, 1945, vol. III, pp. 211/212.
- 13 Refiro-me a obra de vulto do professor GIOVANNI NANNI sobre enriquecimento sem causa. (NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. Ed. Saraiva. 2ª ed., 2010, pp. 299/306, em especial p. 302, com a citação da obra de MENEZES LEITÃO sobre o assunto.
- 14 KONDER, Carlos Nelson. “Enriquecimento sem causa e pagamento indevido”. In **Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Coord. Gustavo Tepedin, Renovar, 2005, pp. 381/382.

Essa constatação carrega de significado as reflexões realizadas de modo específico sobre o tema do lucro da intervenção, dentre elas as já indicadas, e outras que serão utilizadas no exame do assunto, o que motivou a reflexão de autores de manuais que passaram a cuidar da figura do lucro da intervenção.¹⁵

Em verdade, nos últimos anos, em especial a partir da nova codificação, viveu-se e vive-se entre nós um tempo de aplicação e adequação de figuras jurídicas há muito discutidas nos países de inspiração romano-germânica, como a boa-fé e seus reflexos (*surrectio*, *supressio*, *tu quoque*, vedação ao comportamento contraditório, obrigações do terceiro cúmplice, etc.), indenização pela perda de uma chance,¹⁶ lesão ao tempo¹⁷.

No particular ao objeto deste ensaio, SCHREIBER e SILVA salientam que “o desenvolvimento contemporâneo da teoria geral das obrigações encontra relevante desafio nas hipóteses reunidas sob o rótulo genérico de *lucro da intervenção*”.¹⁸

Certamente que não se tem a pretensão de analisar a questão com a profundidade desejada, mas espera-se que este texto sirva de estímulo para reflexões futuras a respeito do tema.

2. O lucro da intervenção e suas (com)implicações

2.1. CONCEITO, CONTORNOS, HIPÓTESES

PEREIRA COELHO, no estudo que apresentou à Faculdade de Direito de Coimbra, na década de 70, para se habilitar como professor extraordinário, chamou atenção para a posição do “problema”, do lucro da intervenção ao qual “não se sabe bem que lugar é o dele”¹⁹, formulando os contornos básicos de tal figura do seguinte modo:

15 Consulte-se v.g.: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Direito das obrigações e Responsabilidade Civil. Gen/Forense, 11^a ed. pp. 32/33; SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. Saraiva, 2018, p. 391; OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Direito Civil. Obrigações**. Gen/Forense, 3^a ed., p. 668, e no seu **Curso de Direito Civil. Direitos das Obrigações e Atos Unilaterais**. Ed Atlas, SP, 2015, vol. II, p. 887/888; SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio et al. **Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudência**. Gen/Forense, 2019, p. 582; SILVA, R. da Guia. **Enriquecimento sem causa. As obrigações restitutórias no direito civil**. Revista dos Tribunais. 2018, p. 300 e ss.

16 No distante ano de 1999, quando juiz titular da 34^a V. Cível, apliquei a teoria da perda de uma chance no caso Vinicius Ottoni e outro X Polygram do Brasil (proc. 97.001.015295-4), em razão da quebra da promessa de edição de discos de um grupo musical, então promissor que se findou pelas restrições previstas no contrato e pela não edição dos discos prometidos. Tal decisão foi confirmada pela 17^a CC, na AC n^o 5.364/2.000 sendo rel. Des. Severiano Aragão.

17 Ver por todos “Lesão ao tempo: Configuração e Reparação nas Relações de Consumo, p. 205 e ss., em especial p. 205: “(...) o direito ao tempo livre objeto de discussões mais recentes, também se mostra interesse merecedor de tutela à luz da dignidade da pessoa humana” (FILHO MONTEIRO, Carlos Edison do R. **Rumos Contemporâneos do Direito Civil**. Estudos em perspectiva civil-constitucional. Editora Fórum, BH, 2017).

18 SCHREIBER, Anderson; SILVA, R. da Guia. “Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro”. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, out./dez. 2018, p. 1.

19 COELHO, Pereira. **O Enriquecimento...**, *ob. cit.*, p. 15.

A intervenção ou ingerência de uma pessoa nos direitos ou bens alheios, quer se trate do uso, do consumo ou da alienação desses bens, pode trazer, e na verdade traz frequentes vezes, uma vantagem patrimonial ao autor daquela ingerência ou intervenção. A tal vantagem patrimonial se chama “lucro por intervenção” ou “lucro da intervenção”.²⁰

(...) fala-se em “interventor” e “titular do direito” para designar, respectivamente, o autor da intervenção e aquele em cuja esfera jurídica a intervenção se deu.²¹

Percebe-se então facilmente que o lucro da intervenção é a vantagem obtida pelo interventor quando ele intervém de modo não autorizado na esfera do direito alheio. A discussão se essa vantagem só pode ser de natureza patrimonial ou também moral é outra das dificuldades da questão do lucro da intervenção como indica DIOGO CAMPOS.²²

Entre nós, em obra indicada como pioneira, SERGIO SAVI afirma que o lucro da intervenção “significa o lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa, e que decorre justamente dessa intervenção”²³, e ANDERSON SCHREIBER e RODRIGO DA GUIA SILVA salientam que “trata-se, em síntese essencial, de situações nas quais uma determinada pessoa auferir vantagem patrimonial a partir da exploração não autorizada de bens ou direitos alheios”²⁴, ou a intromissão decorrente da “exploração de bens, trabalho ou direitos de outrem”, na expressão de FERNANDO NORONHA.²⁵

Tais noções, pode-se dizer, foram incorporadas na primeira parte do Enunciado 620 do CJF assim redigido: “A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio”.

20 *Idem, ob. cit.* pp. 5/06

21 CAMPOS, Diogo J. P. Leite de. **A subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento**. Livraria Almeida. Coimbra, 1974, p. 482 nota de rodapé nº 1. Examina julgados da Cour de Cassation, de 1873 e sentenças de 1852, 1869, 1890, na França, mas que, conforme seu exame cuidava-se de hipóteses em que o benefício auferido resultara de economia de despesas, portanto de conteúdo econômico, nos casos decorrentes de lições aplicadas por um professor contra o aluno porque seu pai havia se tornado insolvente; de um cidadão que instalou por conta própria postes com lanternas nas estradas públicas de sua comuna, ou daquele que suportou despesas para fazer sair da casa de saúde mental um recuperado, e, na Itália, sentença da Cassação de Turim, de 1881, que concedera ação a um cidadão que emprestou dinheiro a uma mulher casada, privada de autorização marital para que ela o visitasse na prisão. Conclui o referido autor: “Contudo, não é difícil aceitar que o enriquecimento teria origem numa vantagem moral que se converteu numa vantagem patrimonial a desencadear a acção de enriquecimento, e não uma vantagem moral.” (p. 483).

22 KONDER, Carlos Nelson. Dificuldades..., *op. cit.*, p. 2, item 2. No mesmo sentido Leonardo Fajngold et all (FAJNGOLD, Leonardo; SALGADO, Bernardo; GUERCHON, Dan. “Lucro da Intervenção: a disciplina e os julgamentos pioneiros no Superior Tribunal de Justiça”. RBDCivil, BH, v. 21, jul./set. 2019, p. 164.

23 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa**. O Lucro da Intervenção. Editora Atlas. SP, 2012, p. 7.

24 SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. “Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro”. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, out./dez. 2018, p. 1.

25 NORONHA. Fernando, *ob. cit.*, p. 67.

ANTUNES VARELA salienta que a intromissão²⁶ ou ingerência nos bens alheios pode incidir sobre coisas móveis ou imóveis (uso, fruição, consumo ou alienação de coisas de outrem), sobre a propriedade intelectual (uso ou fruição das obras literárias, científicas ou artísticas de terceiro) ou sobre os próprios direitos da personalidade (uso do nome, imagem ou voz de alguém)²⁷. MENEZES LEITÃO afirma que as hipóteses mais comuns se referem a direitos absolutos, como sejam os direitos reais, os direitos de autor e a propriedade industrial, os direitos da personalidade.²⁸

Assim, percebe-se a presença de uma vantagem para o interventor, reprovável desde que não justificada por uma causa prevista no ordenamento (sem causa), na esfera jurídica alheia, nas hipóteses de alguém que aliena coisa alheia e cuja alienação se mostra eficaz perante o titular²⁹; no aluguel ou arrendamento de coisa alheia, nos casos de acessão ou especificação³⁰; no consumo de bebidas ou charutos destinados a outra pessoa e que por engano foram entregues na casa de alguém; de alguém que ocupe um imóvel alheio persuadido de que ele lhe pertence; de alguém que apascente seu gado em terreno vizinho; do empresário que afixe cartazes ou instale anúncios de propaganda dos seus produtos no telhado ou na parede de prédio alheio; da empresa de TV que transmita uma peça sem autorização do autor; de uma casa comercial que utilize abusivamente o nome ou a imagem de um artista na apresentação de seus artigos³¹; da publicação de uma obra alheia, da utilização de patentes, modelos de utilidade ou marcas alheias³²; na violação de dados da privacidade³³; no uso de criação intelectual alheia³⁴; na concorrência desleal e nos casos de oferta de prestação mediante retribuição, por ex., na

26 Expressão por ele preferida como indica em nota de rodapé de nº 2: “O termo intromissão terá porventura a vantagem de ser mais expressivo, além de ter já alguma tradição legislativa por si (cf. arts. 1723º e 1733º do Cód. Civil de 1867). Cf. VARELA, J. de M. Antunes. **Das Obrigações em Geral**, vol. Almedina. Coimbra, 9ª ed., 1996, p. 487.

27 VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**, Forense, *ob. cit.*, p. 189.

28 LEITÃO, Luis M. T. de M. **Direito das Obrigações**. vol. I. Almedina. 15ª ed., 2018, p. 481.

29 Cf. Pereira Coelho. **O Enriquecimento...**, *ob. cit.*, p. 5, Pontes de Miranda, **Tratado...** *ob. cit.*, p. 167; Antunes Varela. **Das Obrigações em geral**, Almedina, *ob. cit.*, p. 503, Menezes Leitão, **O Enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro**, *ob. cit.*, p. 29.

30 Pereira Coelho. **O Enriquecimento...**, *ob. cit.*, p.15, Giovani Nanni, *ob. cit.*, p. 301.

31 Cf. ANTUNES VARELA. **Direito das Obrigações**, Forense, *ob. cit.*, p. 189. Algumas dessas hipóteses também foram indicadas por PONTES DE MIRANDA, **Tratado...**, *ob. cit.*, p. 167. A última hipótese referida pelo primeiro autor, utilização abusiva da imagem de um artista na apresentação de produtos do interventor, foi o “leading case” que o STJ analisou no Recurso Especial já indicado.

32 Cf. PEREIRA COELHO. **O Enriquecimento...** *ob. cit.*, p. 15; MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações**, *ob. cit.*, p. 431; PONTES DE MIRANDA, **Tratado...**, *ob. cit.*, p. 167.

33 VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Almedina, 8ª ed., 2017, p. 180.

34 Cf. FERNANDO NORONHA. **Enriquecimento...**, *ob. cit.*, p. 68.

utilização de transporte público sem pagar o respectivo preço³⁵; na utilização de estacionamento sem pagar, estes dois últimos casos por pouparem uma despesa necessária³⁶, e tantos outros que serão indicados à medida que forem necessários para facilitar a compreensão da questão.

Deste modo “de forma geral, qualquer ato de exploração ou aproveitamento, intencional ou não, de forma não autorizada, pode, em alguma medida, ser reconduzido à figura do lucro da intervenção”³⁷, e em “todos os bens cuja rentabilidade depende essencialmente do critério e iniciativa de quem os utiliza e aproveita”³⁸, pois se fosse possível obter lucro com a usurpação de bens e direitos alheios, não seria necessária a obtenção de autorização dos respectivos titulares, e com isso esvaziada estaria a própria tutela dos direitos.³⁹

A observação das situações que dá suporte à estrutura do lucro da intervenção permite afirmar que elas são recorrentes no dia a dia das relações sociais e jurídicas, e muitas destas situações foram e são levadas aos tribunais do país com certa frequência. Contudo, pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que os pedidos formulados foram de indenização que correspondesse ao valor de “mercado” do direito violado tendo como parâmetro as intervenções regularmente contratadas, com fundamento na prática de ilícito e, portanto, através de ações de responsabilidade civil. A falta de percepção isolada da existência de uma vantagem adquirida, que não se liga necessariamente ao dano experimentado pelo titular do direito, não foi identificada como lucro da intervenção merecedor de tutela diferente da reparação de danos, situação que também não poderia ser admitida sem pedido específico do titular do direito uma vez que o Judiciário só pode deferir o que lhe for pedido pelo interessado. Certamente, somente a partir das novas reflexões é que foi possível a um titular lesado formular pretensão específica no sentido da remoção do lucro da intervenção (com esse título e não de lucros cessantes) para que o Judiciário se manifestasse sobre, não tendo sido acolhida tal pretensão no primeiro grau, mas admitida no segundo grau e alterado o modo de quantificação do lucro no tribunal superior.⁴⁰

35 Cf. MENEZES LEITÃO. **O enriquecimento sem causa no novo código...**, *ob. cit.*, p. 29; idem, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, p. 433.

36 Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, p. 433, nota de rodapé n° 1032, indicando que na Alemanha essa situação foi defendida como lucro da intervenção na “Ent. BGH 18/04/1956”, em BGHZ 20 (1956), p. 270-275.

37 KONDER, Carlos Nelson. *Dificuldades...*, *ob. cit.*, p. 2.

38 Cf. PEREIRA COELHO. *O Enriquecimento...*, *ob. cit.*, p. 15.

39 KONDER, Carlos Nelson. *Dificuldades...*, *ob. cit.*, p. 2.

40 Apelação Civil n° 0008927-17.2014.8.19.0209, 13ª CC-TJRJ rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes. Resp n° 1.698.701-RJ, Min Rel. Ricardo V.B. Cueva, julgado em 02.10.2018 e publicado em 08.10.2018.

2.2. LUCRO DA INTERVENÇÃO E OS PROBLEMAS QUE SUSCITA

Uma vez identificada uma hipótese de violação de direito como lucro da intervenção, surge o problema de como resolvê-la, respondendo a algumas indagações relevantes a saber: a) a quem deve ser atribuído o lucro da intervenção, ao titular do direito ou ao interventor? b) e, em qualquer dessas hipóteses, em que medida e com qual fundamento?; c) quando a intervenção provoca danos ao titular do direito, que podem ser em comparação inferiores, iguais ou superiores ao lucro do interventor, como proceder?⁴¹ ou de modo mais simples: se, em que medida, e a que título, a vantagem patrimonial obtida pelo interventor deve ser excluída de seu patrimônio e entregue ao titular do direito atingido.⁴² Há um leque de possibilidades atrelada às dificuldades inerentes à própria caracterização da situação como lucro da intervenção.

Essas e outras questões que inspiraram os autores da atualidade⁴³ a refletirem sobre o lucro da intervenção, procurando responder a tais questionamentos, os mesmos que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e o Egrégio STJ tiveram a oportunidade de examinar diante do caso concreto já referido, uma vez que provocados a tanto.

Imagine-se a situação de alguém que conheça a particularidade da vida de uma pessoa de fama (cantor, ator, atleta esportivo, etc.), em razão de trabalho particular no qual assumira o compromisso contratual de não revelar fatos da vida da pessoa, mas apesar da vedação resolve publicar um livro que lhe dá muito lucro em razão do sucesso editorial.⁴⁴ Suponha-se, ainda, que uma empresa de TV resolve apresentar certa peça teatral sem autorização do seu autor, mas que, em consequência disso, tem os livros que retratam a história da peça vendidos em quantidade superior à de costume⁴⁵. Ou, ainda, alguém que resolve ingressar em imóvel alheio sem autorização do titular para organizar uma festa na qual cobrará ingressos dos participantes, obtendo uma vantagem que, conforme as circunstâncias, seja menor ou igual ao dano causado ao titular⁴⁶ não só pela utilização indevida da coisa, mas também pelos danos materiais causados ao imóvel.

41 A essas indagações que se propôs PEREIRA COELHO responder no seu estudo (COELHO, Manuel F.P. **O enriquecimento**, *ob. cit.*, pp. 6/7.

42 SAVI, Sergio. **A responsabilidade civil...**, *ob. cit.*, p. 9.

43 Cf. SAVI, Sergio. **A responsabilidade civil...**, *ob. cit.*, p. 8. KONDER, Carlos Nelson. **Dificuldades...**, *ob. cit.*, pp. 2/3. SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa. As obrigações restitutórias no direito civil**. Revista dos Tribunais. 2018, p. 300 e ss. SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. "Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro". **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, out./dez. 2018, pp. 4/9, 11. FAJNGOLD, Leonardo; SALGADO, Bernardo; GUERCHON, Dan. "Lucro da Intervenção: a disciplina e os julgamentos pioneiros no Superior Tribunal de Justiça". **RBDCivil**, BH, v. 21, jul./set. 2019, p. 174 e ss. TERRA, Aline de M. Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. "Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor". **Revista da Faculdade de Direito**. Uerj. RJ, n° 28, dez.-2015, p. 3 e ss.

44 SAVI, Sergio. **A responsabilidade...**, *ob. cit.*, p. 9.

45 COELHO, Pereira. **O Enriquecimento...**, *ob. cit.*, p. 7, nota 5.

46 KONDER, Carlos Nelson. **Dificuldades...**, *ob. cit.*, p. 3.

No primeiro exemplo, de regra, o interessado ingressaria com uma ação de responsabilidade civil pelo ilícito, e sua indenização estaria limitada ao dano como regra básica da teoria da responsabilidade civil e por norma expressa no art. 944 do CC/02. Ainda que recebesse a indenização, certamente seria a título de dano moral porque não tinha nenhuma pretensão de publicar algo a respeito de sua vida, que, com o acanhamento natural dos tribunais brasileiros nesse tipo de compensação, e até mesmo que se elevasse a compensação a valores fora dos padrões, como que ampliando o componente punitivo que a doutrina⁴⁷ assinala cabível na fixação da verba indenizatória, que não se equivale aos *punitive damage* possível em outros sistemas⁴⁸, provavelmente o valor não chegaria nem próximo do lucro obtido pelo interventor.

Em tal situação, o interventor pagaria a indenização a que foi condenado pela violação do direito alheio, estando “quites” com a sociedade e reteria consigo o saldo da vantagem auferida com a publicação. Essa a solução prevista pelo sistema em se aplicando as regras da responsabilidade civil, legitimando o acréscimo patrimonial do interventor, a despeito de resultar de uma violação a direito alheio.

No segundo exemplo mencionado, o autor da obra, a despeito da violação a seu direito, não sofreu dano algum, ao contrário, por conta da violação (intervenção) levada a efeito pela empresa de TV, obteve lucro com a venda de livros, e pela ausência de dano não teria pretensão no âmbito da responsabilidade civil a apresentar.

No terceiro exemplo, de ingresso em imóvel alheio sem a devida autorização para fins de realização de evento, permite ao titular do direito ajuizar pretensão no sentido de ver reparado os danos físicos ao imóvel, além de uma remuneração por sua utilização indevida, que seria calculada com base no preço da locação do bem e pelo tempo que durou a utilização indevida. Em tendo tido o interventor prejuízo com o evento ou sendo o lucro obtido de valor inferior aos danos que causou a despeito da intervenção, a solução se dá em regra pela responsabilidade civil, que não corresponde, como será demonstrado, à solução preconizada, se considerada tal situação de lucro da intervenção.

47 PEREIRA, Caio M. da S. **Responsabilidade Civil**. Editora Forense. RJ, 2001, 9ª ed., p. 60.

48 Nesse ponto, consulte a respeito MARIA CELINA B. DE MORAES, na obra **Danos à Pessoa humana**, em especial no exame da complexidade dos *punitive damages*, na experiência norte-americana (a partir de fls. 228, item 4.5), onde apresenta um elenco de julgamentos, evidenciando quão aleatória é a sua fixação, valendo menção o caso: Ira Gore Jr x BMW of North America, Inc, no qual, em razão de um defeito num automóvel BMW adquirido como novo, cujo valor do defeito foi estimado em 4 mil dólares (valor da depreciação do veículo), e que a indenização por dano moral punitivo fora fixada em 4 milhões de dólares, tendo a Corte Estadual de Alabama, reduzido o valor para 2 milhões de dólares e a Suprema Corte anulou o julgamento para que a Corte local reexaminasse a questão, fornecendo padrões a serem observados na fixação do dano moral punitivo. (MORAES, Maria Celina B. **Danos à Pessoa Humana**. Renovar, 2003, pp. 237-245).

Nesse último exemplo, pode-se ainda imaginar situação nas quais o lucro tenha sido superior aos danos, ou até mesmo a hipótese em que o evento fosse gratuito e, ainda, a hipótese em que um terceiro alugou o imóvel de outrem, sem a devida autorização do titular, e recebera o aluguer antecipado, estando os organizadores do evento de boa-fé (causando dano ou não ao imóvel) ou, ainda no mesmo ex., ter sido o evento explorado economicamente, com publicidade de terceiro (e tantas outras nuances que podem ocorrer). Ou seja, no mundo dos fenômenos é possível vislumbrar um leque de situações que resultem de intervenção não autorizada em direito alheio.

2.3. SOLUÇÕES POSSÍVEIS

A possibilidade de ocorrência do lucro da intervenção e os desdobramentos que suscita são muito variáveis, daí porque uns falam em “heterogeneidade” e, por isso, o lucro da intervenção “não é apenas um problema, mas um conjunto de problemas que podem ocorrer em circunstâncias bastantes distintas”⁴⁹, e, de fato, pode-se imaginar um rosário de situações que o caracterizam, em se conhecendo as linhas básicas para sua identificação no mundo dos fatos.

Mas a dificuldade não está presente só na qualificação de certa ocorrência no mundo dos fatos como lucro da intervenção, mas sim em descobrir qual a melhor resposta, se existente mais de uma ou qual a resposta que o sistema fornece, uma vez diante do problema. Deste o estudo de PEREIRA COELHO já referido, são indicados como instrumentos capazes de resolver o problema do lucro da intervenção a ação de a responsabilidade civil e a ação de enriquecimento sem causa, aos quais que se vai tecer algumas considerações.

2.3.1. A ação de responsabilidade civil como solução do problema do lucro da intervenção

Uma das opções sugeridas quando se está diante da figura do lucro da intervenção é a da aplicação da teoria da responsabilidade civil, cujo objetivo é reprimir o ato ilícito nos reflexos provocados na seara privada das pessoas, considerando, nas palavras de SAN TIAGO DANTAS, que o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito, sendo esta toda conduta do homem que fere o direito, objetivamente considerado. Ilícito é tudo aquilo que é contrário ao direito⁵⁰, sendo ele um conceito nuclear na teoria da responsabilidade civil, seu fato gerador na dicção de CAVALIERI FILHO.⁵¹

49 KONDER, Carlos Nelson. **Dificuldades...**, *ob. cit.*, p 2.

50 DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Parte Geral. Editora Rio. 2ª tiragem, 1979, p. 341.

51 FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. Malheiros Editores, 6ª ed., 2005, p. 29.

São elementos da responsabilidade civil conforme doutrina tradicional: a culpa, o dano e nexos de causalidade, a trilogia da responsabilidade civil. Seu objetivo, no dizer de AGUIAR DIAS, “restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano” e, recolocando “a vítima na situação anterior, está desfeito o desequilíbrio experimentado”, daí porque “certos fatos põem em ação somente o mecanismo recuperatório da responsabilidade civil”⁵². Esse mecanismo recuperatório é de especial interesse em tema de lucro da intervenção.

A partir do Código do Consumidor e do CC/02, o tema da responsabilidade civil experimentou mudanças profundas.

Há, no dizer de SCHREIBER, uma erosão dos filtros da responsabilidade civil, quais sejam: a prova da culpa e do nexos de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano, percebendo-se uma tendência a “perda de importância da prova da culpa e da prova do nexos causal na dinâmica contemporânea das ações de responsabilização”.⁵³ Em especial a culpa, ao que parece, passa a ser considerada num plano restrito (conflitos com danos em particulares, por ex.), haja vista as diversas hipóteses de responsabilidade civil sem culpa fundada no risco de determinadas atividades existentes em profusão na sociedade atual, mas não só elas, também os danos que essas atividades podem causar a alguém, ao meio ambiente, à sociedade como um todo. A culpa passa a ter um “papel cada vez mais coadjuvante, sendo presumida ou aferida de modo facilitado, muito ao contrário do que ocorria um par de séculos atrás, quando se apresentava como grande estrela da responsabilidade civil.”⁵⁴ Vivemos numa sociedade de risco, como aponta ULRICH BECK⁵⁵ (casos como Brumadinho-MG, o óleo grosso derramado por quase todo litoral do Brasil, o incêndio nas florestas australianas, o coronavírus devastador, que já atingira diversas nações etc.), mas devemos estar atentos “com o aumento da litigiosidade e da vitimização na convivência social.”⁵⁶

“A existência de uma pretensão decorrente de enriquecimento sem causa variou muito nos sistemas jurídicos.”

52 DIAS, Jose de Aguiar. “Da Responsabilidade Civil”. *Revista Forense*, vol. I, 3ª ed., 1954, p. 43 e p. 15.

53 SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. Atlas, SP, 2013, p. 153. A função desses filtros, segundo o referido professor era evitar uma avalanche de demandas com pedidos de reparações banais.

54 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos Danos*. Atlas, 6ª ed., 2015, p. 5.

55 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Editora 34 Ltda., SP. Trad. Sebastião Nascimento, 2016. Viu-se agora, bem presente, a questão a fumaça de incêndios florestais que assolaram a Austrália chegarem até o Chile conforme noticiado pela grande imprensa.

56 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, *ob. cit.*, p. 5.

Das hipóteses já mencionadas de lucro da intervenção, dá para perceber que algumas delas ele pode surgir de um fato que não seja ilícito e que, em algumas outras que sequer geram dano ao titular do direito, elemento imprescindível na teoria da responsabilidade civil, cuja ampliação de seu conceito fez levar a objetivação da responsabilidade civil e certamente ao acréscimo de demandas ajuizadas, como nas hipóteses de lesão ao tempo útil perdido pelo consumidor, como já referido.

Nas situações sem ocorrência de dano e sem culpa (ainda que se possa admitir o lucro da intervenção na atuação de grandes fornecedores no recebimento de valores sem prestação de serviços, como débito em contas correntes sem contrato que justifique),⁵⁷ a aplicação da teoria da responsabilidade civil não daria resposta adequada ao problema.

Salienta PEREIRA COELHO que em “princípio, o interventor fica obrigado a indenizar o titular do direito quando tenha agido com *culpa*, podendo ainda distinguir-se, consoante procedeu com *dolo* ou *mera negligência*”⁵⁸. Contudo, como pondera SERGIO SAVI, sem o reconhecimento da obrigação de se desfazer o lucro da intervenção, a responsabilidade civil serviria de amuleto para uma expropriação “privada de bens e direitos alheios ao preço de mercado”.⁵⁹ DIOGO CAMPOS afirma que a consciência dessa expropriação dos bens alheios, a prevalecer a tese de que o titular deve receber o valor de uso do bem no mercado, servirá de estímulo ao interventor e facilitará ocorrência de novas intromissões, evitando assim a prevenção, sempre que o interventor imaginar que poderá ter lucros superiores aos danos causados por seu ato de intromissão no direito alheio.⁶⁰ Basta lembrar do caso de edição de livro sem autorização.

A questão da expropriação forçada de bens alheios pela intromissão anteviu PEREIRA COELHO, contudo não parece (como não pareceu ao DIOGO CAMPOS na crítica que fez àquele) razoável sua defesa ao afirmar que o titular do direito terá, em casos de ilícito, a possibilidade de pleitear indenização a título de dano não patrimonial com base no art. 496 do CC português.⁶¹ Entre nós FERNANDO NO-

57 Nessa hipótese nítida de lucro da intervenção, considerando a utilização de recursos do correntista em outros contratos, como reconheceu em 2003, assim, há 17 anos, o STJ no julgamento do Resp. n. 453.464/MG, Relatora para o acórdão Min. Nancy Andrighi, a despeito de não se fazer referência ao lucro da intervenção e de tratar a situação como um caso especial de responsabilidade civil, coberto pela rubrica do lucro cessante, determinou que a casa bancária devolvesse o indébito com os juros que praticava no cheque especial, como também fazia o autor deste trabalho quando juiz da 34^a V. C. da Capital do Rio de Janeiro, nos idos de 1996, tese que não prevalecia nos julgados que proferia em razão da reforma pelo Tribunal, aplicando a teoria da responsabilidade civil e expandido o conceito de dano na espécie de lucro cessante e que não prevaleceu na formação da tese não fixada no julgamento do Resp. 1.552.434-GO, Rel. Min. Sanseverino, a despeito de ali ter sido discutida a existência de um lucro decorrente da intervenção, a 2^a Seção entendeu prematura fixar a tese de expurgo do lucro da intervenção, em especial pelas dificuldades de aferir, no patrimônio da instituição, o que efetivamente decorria do capital do correntista.

58 COELHO, Pereira. **Enriquecimento...**, *ob. cit.*, p. 4, nota 6. Destaques no original.

59 SAVI, Sérgio. **A responsabilidade...** *ob. cit.*, p. 3.

60 CAMPOS, Diogo. **A Subsidiariedade...**, *ob. cit.*, p. 488.

61 COELHO, Pereira. **O Enriquecimento...**, *ob. cit.*, pp. 86/87.

RONHA também sustenta que o valor a ser pago ou restituído ao titular do direito deve corresponder ao valor de uso dos bens, sob pena de possibilitar ao titular do direito um enriquecimento injusto.⁶²

Nesse particular, em sendo a situação de intervenção decorrente de um ilícito que gerou dano a alguém, e tendo em vista que a indenização a este está limitada (art. 944 do CC), e em tendo sido a vantagem obtida pelo interventor maior do que os danos causados ao titular do direito, “seria *indiferente* para o interventor escolher entre obter o consentimento do titular do bem, ou dele apropriar-se deliberadamente. Afinal, nesta segunda hipótese, apenas teria, posteriormente, que pagar o valor de mercado do referido bem, a título de indenização”⁶³, como no exemplo figurado da secretária que publica livro sobre a privacidade do ex-patrão e obtém grande lucro com isso.

A propósito de pagamento ao titular de valor equivalente ao direito objeto da intervenção, sendo a conduta ilícita, a responsabilidade civil daria a solução para a intervenção mas parece que nos dias atuais esta resposta não seria satisfatória.

No entanto, não deve ser atribuída tal situação (impossibilidade de resposta adequada) à responsabilidade civil em si, mas sim ao fato de que não havia a colocação do problema como lucro da intervenção para que se pudesse refletir a respeito e, por isso, em algumas hipóteses, os tribunais mandavam indenizar o titular pelo valor de uso e noutras, com uma visão ampliada sobre o dano, conseguiam ver na vantagem auferida pelo interventor como hipótese de lucro cessante.⁶⁴

A extensão do conceito de lucro cessante para abarcar a hipótese de lucro da intervenção também foi a opção do direito italiano, como se percebe num julgado do Tribunal de Turim de 1954, indicado por DIOGO CAMPOS⁶⁵.

ALINE TERRA e GISELA SAMPAIO, analisando hipóteses de violação de direitos da personalidade por intervenção de terceiros afirmam que os Tribunais, na tentativa de oferecer ao lesado uma tutela mais efetiva, se “utilizam da compensação por dano moral como mecanismo de eliminação do lucro ilícito do patrimônio do agente”⁶⁶, tal qual sugeriu PEREIRA COELHO, através da ação de responsabilidade

62 NORONHA, Fernando. **Enriquecimento...** *ob. cit.*, pp. 56, 57, *passim*.

63 SAVI, Sergio. **A responsabilidade...**, *ob. cit.*, p. 18.

64 No caso Thiago Lacerda X Fligen Turismo perante o juízo da 34ª V. C. da capital do Rio de Janeiro, por uso indevido de imagem fixamos uma verba indenizatória no equivalente ao dobro do valor original do contrato, para cada cidade onde ocorreu a publicidade indevida, tomando como parâmetro o contrato anteriormente firmado entre as partes. Tal decisão fora confirmada pela 17ª CC no julgamento da AC nº 33.883/2006 e no caso Hildmar Diniz (Monarco) x Warner Music do Brasil, por considerar edição de CDs não autorizados, foi fixada indenização equivalente a 3 mil exemplares, tendo sido tal decisão modificada no julgamento da AC. 2005.001.05250 pela 15ª CC do TJRJ.

65 CAMPOS, Diogo. **A Subsidiariedade...**, *ob. cit.*, p. 460, nota 1.

66 ERRA, Aline de M. Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. “Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor”. **Revista da Faculdade de Direito**, Uerj, RJ, nº 28, dez.-2015, p.10.

civil, até porque, por aqui, não se discutiam tais hipóteses como lucro da intervenção e, portanto, o poder criativo da jurisprudência procurava dar solução que melhor atendesse ao pedido do titular do direito lesado.⁶⁷

Como primeiro exemplo, indicam um caso julgado em 1995 pelo TJRJ que se tornou conhecido como caso do álbum de figurinhas, álbum comum na época de Copas do Mundo de Futebol, tendo a CBF editado e vendido, sem autorização dos jogadores, o referido álbum, sendo condenada a pagar indenização por dano moral, fixada pelo Tribunal em montante correspondente ao lucro obtido, tendo sido decotada no STJ, exatamente por utilizar o lucro do ofensor como parâmetro de fixação da indenização do dano moral.⁶⁸

Noutro exemplo, a família do jogador Garrincha buscou receber indenização por danos materiais e morais pela publicação não autorizada de biografia do jogador, sob o fundamento de violação da imagem, vida privada e honra, tendo o STJ fixado a indenização por dano material no percentual correspondente a 5% sobre o preço de capa de cada livro vendido.⁶⁹ Noutro exemplo, a família do cantor Tim Maia obteve indenização por dano material pela violação da imagem estampada em camisetas sem a devida autorização no valor do lucro auferido.⁷⁰

Contudo, quando não há ilícito, ainda que se possa afirmar que na maioria das situações haverá uma violação à direito (ainda que o direito tolere, como no caso da especificação, da usucapião, por ex.), e, aí a noção de ilicitude pode ser ampliada, pois excluindo a hipótese que o interventor esteja de boa-fé, como por ex. quando acredita ser o titular do direito ou que o bem utilizado seja *res nullius*⁷¹, na maioria das situações, ao fim e ao cabo, o ato de intervenção caracterizará um ilícito.⁷²

67 No caso da atriz Fernanda Rodrigues X Toulon (proc. 98.001.141.036-9), perante a 34ª V.C. da capital do RJ, como julgador considere que o intuito da ré era o lucro através da utilização indevida da imagem da atriz, e deixando de considerar a sugestão da ré de que deveria tomar como parâmetro o valor dos contratos de imagem que a artista firmava, e foi dito que a indenização não podia ter como parâmetro o mesmo valor de um contrato regular com base no precedente do STF RE 56.904 do Min. Victor Nunes Leal, e levando-se em consideração um caráter punitivo foi fixada a verba indenizatória, mantida no julgamento dos EI nº 2001.001.09703.

68 Idem, p. 11. AC nº 6913, 5ª CC-TJ RJ, Rel. Des. Murilo Fábregas, que gerou o Resp. 100764-RJ, Rel. Min Ruy Rosado de A. Junior, 4ª T. em 16.03.98.

69 Idem, p. 11. Resp. 521.697/RJ, julgado em 16.02.2006 pela 4ª T, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. A questão envolvendo biografias não autorizadas ainda não tinha sido analisado pelo STF, como recentemente ocorreu ao interpretarem, conforme a C.F., os artigos 20 e 21 do CC/02, que estabeleciam a necessidade de autorização prévia do biografado ou de seus sucessores na hipótese de falecido. Ver a propósito o exame que fez do assunto Bittar (fls. 181/184, item 168) in BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Atualizada por Eduardo C.B. Bittar. Forense. RJ, 6ª ed., 2015.

70 Idem, p. 12. AC-TJ RJ nº 0107626-90.2011.8.19.0001, julgado em 15.05.2013, tendo como Rel. Des. Paulo Maurício Pereira.

71 No ex. de NELSON KONDER da exploração de visitas turísticas de uma caverna que se inicia num prédio, mas que ultrapassa seus limites sem que o interventor assim o saiba (Konder. C. N. **Dificuldades...**, ob. cit., p. 3).

72 Colhe-se em AGOSTINHO ALVIM um ex. curioso, extraído da jurisprudência francesa, no qual o enriquecimento era evidente: um hoteleiro levava, mediante pagamento, turistas a passear por um sítio aprazível, passeando por um rio particular, pertencente a proprietários ribeirinhos, ajuizando os proprietários ação de enriquecimento, tendo o tribunal considerado que o enriquecimento era justo porque os proprietários toleraram essa prática. (ALVIM, Agostinho. **Do enriquecimento sem causa**. RT 259/3 maio de 1957, p. 9).

Nesse ponto, ANTUNES VARELA, referindo-se aos casos por ele indicados já referidos acima, sugere que a doutrina antiga “apelava para os princípios da responsabilidade civil, na busca da solução adequada. Mas a responsabilidade civil não se revela capaz de dar cobertura adequada a todas as situações de intromissão em direitos alheios.”⁷³.

A função da indenização na responsabilidade civil, excluindo a compensação por danos não patrimoniais, como se viu, é recompor o patrimônio do ofendido no que perdeu (dano emergente) ou no que deixou de ganhar (lucros cessantes), visando “reconduzir o patrimônio da vítima ao estado em que estaria se não houvesse ocorrido a lesão e não retirar do patrimônio do ofensor qualquer benefício ilegitimamente auferido com a conduta danosa.”⁷⁴

Nos casos de direito de autor ASCENSÃO destaca que, quando não houver ilícito, o enriquecimento sem causa permite restabelecer o equilíbrio que não se conseguiria através da responsabilidade civil e remata:

Assim, o enriquecimento sem causa levará o autor a poder exigir em qualquer caso o preço da licença que teria podido obter em condições normais. Levará ainda a permitir exigir todo o lucro obtido, enquanto se demonstrar que o foi à custa do titular – portanto que este o teria obtido se não fosse a intervenção do terceiro.⁷⁵

Donde se pode concluir que a teoria da responsabilidade civil, com todas as suas inovações, não dá a resposta adequada à maioria das questões, sejam elas quais forem, de lucro da intervenção e, quando este decorrer de um ato que não seja ilícito, vedada será sua utilização.

2.3.2. A ação de enriquecimento sem causa como instrumento adequado de remoção do lucro da intervenção

A existência de uma pretensão decorrente de enriquecimento sem causa variou muito nos sistemas jurídicos. Alguns, como o nosso, ao tempo do CC/16, não regulou o enriquecimento sem causa como um instituto autônomo, mas apenas indicou algumas situações que o vedava, sem, contudo, dizê-lo expressamente, mas foi considerado até a entrada em vigor do CC/02, como um princípio vigente no nosso sistema. BE-VILAQUA, autor do projeto de CC, afirmou que as hipóteses de enriquecimento sem

73 VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Forense, RJ, 1977, pp. 189-190.

74 TERRA, Aline de M. Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. “Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor”. **Revista da Faculdade de Direito**, Uerj, RJ, n° 28, dez.-2015, p. 5.

75 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra Editora, 1992, p. 628.

causa seriam tantas que não seria possível sistematizá-los em regras, e que por isso nosso sistema cuidou de algumas hipóteses (ao que parece, se inspirando nessa parte nos autores do projeto de CC Frances⁷⁶), mas que certamente outras poderiam surgir.⁷⁷ JORGE AMERICANO, de sua vez, entendeu que as hipóteses admitidas no direito brasileiro seriam só aquelas indicadas no código e com relação a outras hipóteses possíveis, o silêncio do código indicaria que elas seriam toleradas, ou seja, haveria justa causa para o enriquecimento⁷⁸.

Ignorou, assim, o autor do projeto do CC/16 a existência de regras no Código Federal das Obrigações, de 1881, e depois no Código Civil Suíço, de 1911, nos art. 62 e 70, respectivamente⁷⁹, e no Código Civil Alemão, nos art. 812 e ss., no qual se inspirara.

No Código Civil Frances, de 1804, cujo sistema também não previa até 2016⁸⁰ regra expressa a respeito do enriquecimento sem causa, coube a jurisprudência fixar seus contornos conforme registra RIPERT, afirmando o que assunto não foi sistematizado como regra porque os autores consideraram que ele era demasiado vago para ser proposto como tal e, como uma corrente subterrânea, alimenta ele regras precisas que revelam a sua existência mas ele nunca aparece a luz do dia, considerando que o código cuidou de diversas situações que o admitiam e se quisessem criar outras hipóteses que deveriam criar regras legais precisas.⁸¹

Acrescenta este autor que a Corte de Cassação, depois de ter condenado por enriquecimento sem causa, num acórdão de 11 de julho de 1889, e de ter hesitado num outro, de 2 de dezembro de 1891, finalmente o admitiu num julgamento de 15 de junho de 1892, fixando os seus contornos.⁸²

Na Alemanha, ao identificar como categoria especial o lucro da intervenção SCHULZ sugeriu que a pretensão que dele se origina, destinada ao restabelecimento da situação que existiria não fosse a intromissão, seria de enriquecimento sem causa e de reivindicação, e não pressuporia mais do que uma vantagem patrimonial advinda ao autor da intromissão, pretensão esta destinada à restituição do lucro

76 RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Bookseller Editora e Distribuidora. Campinas. SP, trad. da 3ª ed. francesa por Osório de Oliveira, 2000, p. 247.

77 BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. Liv. Freitas Bastos, 5ª ed., 1940, p. 115.

78 AMERICANO, Jorge. **Ensaio sobre o enriquecimento sem causa**. Livraria Acadêmica. Saraiva & Cia, SP 1933, p. 99, em especial tópico 59, p. 116, e sua cls., p. 119.

79 ALVIM, Agostinho. **Enriquecimento...**, *ob. cit.*, p. 2.

80 Cf. RODRIGO DA GUIA, em 2016 foi alterado para regular o enriquecimento sem causa através da Ordonnance du 10 février 2016. (SILVA, Rodrigo da G. **Enriquecimento...**, *ob. cit.*, p. 44).

81 RIPERT, Georges. **A regra moral...**, *ob. cit.* p. 247.

82 Cf. RIPERT, o tribunal fixou os seguintes contornos: “Esta ação que deriva do princípio da equidade e que proíbe o enriquecimento à custa de outrem, não tendo sido sancionada por nenhum texto das nossas leis, não está submetida no seu exercício a nenhuma condição determinada. Basta, para a tornar aceitável, que o autor da demanda alegue e se proponha estabelecer a existência duma vantagem que teria, por meio dum sacrifício ou duma ação pessoal trazido à pessoa contra quem move a ação.” (RIPERT, Georges. **A REGRA MORAL...**, *ob. cit.*, p. 248).

resultante da intervenção.⁸³ Sustentava ele, conforme registro de DIOGO CAMPOS, que a obrigação de restituir representaria o inverso da ideia de indenização, pois não deveria ser no patrimônio do lesado, como acontece com a indenização, mas no do lesante em que deve restabelecer-se a situação que existiria sem a intervenção ilícita.⁸⁴ A partir do estudo de SCHULZ, outros autores alemães como WILBURG, VON CAEMMERER, JAKOBS⁸⁵ e, na língua portuguesa, PEREIRA COELHO, DIOGO CAMPOS, ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA e, por último, MENEZES LEITÃO⁸⁶ se dedicaram ao exame do lucro da intervenção e chegaram à conclusão de que o instrumento adequado para sua remoção do patrimônio do interventor seria a ação de enriquecimento sem causa com todas as dificuldades que o tema carregava e carrega ainda hoje. Essa também foi a opção abraçada por nossos autores da atualidade, como se viu, para a situação fática que envolve o lucro da intervenção.

A um exame comparativo entre as reflexões do passado e do presente a respeito das características do enriquecimento sem causa, perceberá o leitor a ressignificação dada pela doutrina a respeito dos elementos caracterizadores do instituto, evidenciando a importância referida na introdução da doutrina e de sua influência na formação da jurisprudência.

A discussão se inicia com o enquadramento do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações, na quadripartida formulação dos romanos: contratos, quase contratos, delitos e quase delitos. Na parte relativa aos quase contratos, em que o tema do enriquecimento sem causa se enquadraria⁸⁷. Essa foi, na visão de SERPA LOPES, a inspiração para o CC Francês, Espanhol, o primeiro CC Italiano e o Argentino, tendo se desviado dela o CC Alemão, o CC Suíço, o CC Italiano atual e nosso código de 1916.⁸⁸

O CC Italiano fixou que as obrigações derivam do contrato, do fato ilícito e de qualquer outro ato ou fato idôneo, a produzi-las em conformidade com o ordenamento.⁸⁹ O código civil português e o brasileiro não destacaram um artigo específico para fixar as fontes das obrigações, mas identificaram capítulo ou livro como obrigações (CC Português, capítulo II, art. 405º e ss., CC/02, Livro I, a partir do art.

83 Cf. registro de DIOGO CAMPOS, **A Subsidiariedade...**, *ob. cit.*, pp. 461-462.

84 *Idem*, p. 462.

85 Na ordem indicada: “Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach osterreichischem und deutschen Recht”, 1934, cf. PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 64, nota de rodapé 121; “Bereicherung und unerlaubte Handlung, 1954, cf. PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 68, nota de rodapé 128; “Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 75, nota de rodapé PEREIRA PASSOS, *ob. cit.*, p. 64, nota de rodapé 147.

86 Todas as obras desses autores foram indicadas ao longo deste ensaio.

87 CHAMOUN, Ebert. “Instituições de Direito Romano”. **Revista Forense**, RJ, 1957, 3ª ed., pp. 308/309.

88 LOPES, M.M. de Serpa. **Curso de Direito Civil...**, *ob. cit.*, p. 30.

89 *Idem*, *ibidem*, fls. 30.

233). O enriquecimento sem causa foi incluído dentro das fontes. Sua regulação, no art. 884 do CC, tem como fonte de inspiração o art. 812 do CC Alemão, conforme destaca BELLIZZE DE OLIVEIRA,⁹⁰ opção que já deveria ter feito o legislador de 1916, considerando a anterioridade e proximidade da publicação do CC Alemão com a apresentação do projeto do CC/16. Contudo, destaque-se a opinião de O. GOMES que considera superiores os códigos que deixaram o enriquecimento sem causa como princípio “precisamente por ter aceito que todas as *condictionis* do Direito romano se podem resumir à *conductio sine causa*.”⁹¹.

Essa também parece ser uma falsa questão porque, em tema de responsabilidade civil, não é possível antever ou prever todas as situações que atraem sua aplicação, eis que fundada também num princípio *neminem laedere*, cuja observância logo se transformou em obrigação jurídica, situação que também deveria ter ocorrido com o dever de não se enriquecer à custa de outrem, pois sob o ponto de vista moral ambas as situações são de observância indispensável à boa ordem da vida social como salienta RIPERT.⁹²

A tarefa então é demonstrar como o lucro da intervenção pode ser considerado como uma hipótese geradora de enriquecimento sem causa. Para uns, para se reconhecer alguma situação como de enriquecimento sem causa é mister que se dê: a) enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) a falta de causa⁹³; e, para outros basta, que: a) exista um enriquecimento; b) que se obtenha esse enriquecimento à custa de outrem; c) que falta causa justificativa.⁹⁴

Nesse passo, seria enfadonho apresentar maiores considerações, uma vez que, a partir dos estudos de SCHULZ, os autores alemães e portugueses citados caracterizam o lucro da intervenção como uma hipótese de enriquecimento sem causa e com especial referência ao direito brasileiro, a opinião de MENEZES LEITÃO, no estudo de 2004 já referido.

No entanto, para melhor compreensão da questão, soa razoável examinar, ainda que singelamente, alguns dos requisitos do enriquecimento sem causa que poderiam ser apontados como empecilho ao enquadramento do lucro da intervenção como uma de suas hipóteses. Assim, o exame a seguir será feito com vistas apenas ao lucro da intervenção e não a outras hipóteses de enriquecimento sem causa.

90 OLIVEIRA, Marco A. Bellizze de. “Questões polêmicas sobre prescrição”. In: **Direito Civil. Diálogos entre a doutrina e jurisprudência**. Coord. Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce. Gen/Atlas, 2017, p. 142.

91 GOMES, Orlando. **Obrigações...**, *ob. cit.*, p. 258.

92 RIPERT, Georges. **A regra moral...**, p. 245.

93 NEVES, José R. de Castro. **Direito das Obrigações**. GZ Editora, 7ª ed., 2018, p. 43.

94 COSTA, Mario Julio de A. **Noções de Direito Civil**. Almedina. Coimbra, 1980, p. 58.

2.3.2.1. O enriquecimento do interventor

No quesito enriquecimento, pode-se afirmar que toda e qualquer intervenção em direito alheio vai gerá-lo, seja um acréscimo econômico (real ou patrimonial), uma diminuição do passivo ou uma poupança de despesas, seja direto ou indireto, e na hipótese exame, por ato do enriquecido como regra, ressalvando o indireto decorrente de atuação do interventor que beneficia um terceiro, como na situação de ilícito em que alguém recebe do ladrão uma parcela do produto do crime ou na hipótese da intervenção consistir na alienação eficaz realizada pelo interventor a um terceiro (art. 879 e § único do art. 884, ambos do CC/02).

2.3.2.2. O empobrecimento do titular do direito ou as custas deste

A correlação ou o nexó entre o enriquecimento do interventor e o empobrecimento do titular do direito (considerado por alguns como requisito essencial) é um dos aspectos (aliado à subsidiariedade, como se verá) de maior dificuldade de enquadramento do lucro da intervenção como hipótese de enriquecimento sem causa, considerando, como se sabe, que nalgumas situações efetivamente não haverá empobrecimento do titular do direito (o ex. do livro editado e vendido ou a peça exibida, ambos sem autorização do titular), embora na grande maioria das situações exista essa correlação.

Esse ponto foi de extrema sensibilidade para os autores do passado enquadrarem determinada situação como de enriquecimento sem causa, em especial pela teoria da deslocação patrimonial. Algo precisava sair ou ter saído do patrimônio do titular do direito com destino ao patrimônio do enriquecido. PONTES DE MIRANDA destacava: “Se uma retira, por ato seu, ou não, do patrimônio da outra, para o seu, ou para o de terceiro, ou do seu próprio para o de outrem, algum bem da vida, ou parte dele, há de haver justificação para isso, ou o enriquecimento é *injustificado*.”⁹⁵.

“A propósito de pagamento ao titular de valor equivalente ao direito objeto da intervenção, sendo a conduta ilícita, a responsabilidade civil daria a solução para a intervenção mas parece que nos dias atuais esta resposta não seria satisfatória.”

95 MIRANDA, Pontes. *Tratado...*, ob. cit., p. 119. Destaque no original.

A releitura desta característica começou por SCHULZ, ao afirmar que a obrigação de restituir o lucro da intervenção não pressuporia a existência de um dano ao titular do direito, mas, sim, estender-se-ia a todo o lucro causado pela intromissão no patrimônio do enriquecido, de modo que seu patrimônio voltasse ao estado anterior à vantagem decorrente da intromissão (situação hipotética), mas tinha como requisito a ilicitude do intervenção.⁹⁶

A essa questão, WILBURG responde com a teoria do conteúdo de destinação dos bens, nascendo a obrigação de restituir o lucro da propriedade ou outro direito absoluto violado, como continuação da atuação jurídica, resultado da utilização ou emprego dos bens jurídicos alheios. Assim, o interventor deverá entregar ao titular do direito aquela parte do lucro da intervenção que mantenha ligação econômica com o direito violado.⁹⁷ Essa doutrina foi aperfeiçoada por JACOBS⁹⁸, mas retomando a ideia de SCHULZ quanto à necessidade de ilícito⁹⁹ e por VON CAEMMERER.¹⁰⁰

O fato é que os autores portugueses passaram a se utilizar dos estudos alemães no tratamento da questão (p. ex., PEREIRA COELHO, ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, DIOGO CAMPOS, MENEZES LEITÃO) e foi a teoria da destinação do conteúdo dos bens que levou também nossos autores da atualidade a estabelecer a conexão entre o lucro da intervenção e o enriquecimento à custa de outrem, sendo indiferente se o titular iria dar a destinação que o interventor dera ao conteúdo do direito e que possibilitara o lucro.¹⁰¹

Percebe-se, então, que não se pode ler o requisito enriquecimento à custa do empobrecimento do outro do mesmo modo e nem qualificá-lo como inútil,¹⁰² mas pode ser reinterpretado para evitar a sua concepção patrimonial, pois conduziria a ideia de uma diminuição patrimonial e isto muitas vezes não ocorrerá, em especial no lucro da intervenção, como na hipótese de alguém que ganhou a corrida com o cavalo de outrem sem estar autorizado a tanto ou colocou um *outdoor* publicitário em terreno alheio.¹⁰³

96 CAMPOS, Diogo. **A Subsidiariedade...**, *ob. cit.*, p. 462. PEREIRA COELHO. **O Enriquecimento...**, *ob. cit.*, pp. 61/62, crítica a solução de SCHULZ, dizendo que ela não atenderia ao direito português e concederia excessiva proteção ao titular do direito e a tutela dos direitos absolutos não deveria ir tão longe e representaria um confisco ou pena privada.

97 Cf. PEREIRA COELHO. **O Enriquecimento...**, *ob. cit.*, pp. 64/65, e DIOGO CAMPOS, **A Subsidiariedade...**, *ob. cit.*, pp. 474/475.

98 Cf. DIOGO CAMPOS. **A Subsidiariedade...**, *ob. cit.*, p. 465.

99 Cf. PEREIRA COELHO. **O Enriquecimento...**, *ob. cit.*, p. 75, e MENEZES LEITÃO, **Direito das Obrigações...**, *ob. cit.*, p. 436.

100 Cf. MENEZES LEITÃO. **Direito das Obrigações**, *ob. cit.*, p. 437.

101 Por ex., FERNANDO NORONHA. **Enriquecimento...**, *ob. cit.*, p. 68.

102 NANNI, Giovanni E. **Enriquecimento...**, *ob. cit.*, p. 257.

103 KONDER, Carlos Nelson. **Enriquecimento sem causa e pagamento indevido**, *ob. cit.*, p. 385.

Desse modo, como destacam ALINE TERRA e GISELA SAMPAIO, o requisito à custa de outrem não pode significar que o enriquecimento decorra de um empobrecimento alheio, que algumas vezes pode até ocorrer,¹⁰⁴ assim, a expressão deve ser entendida conforme ensina ALMEIDA COSTA, como “a necessidade de que haja um suporte do enriquecimento por outrem, que se produza um locupletamento à custa alheia ou seja, com bens jurídicos pertencentes a pessoa diversa, não já como a imprescindibilidade de um correspondente empobrecimento.”¹⁰⁵.

Do mesmo modo, MENEZES LEITÃO, ao afirmar que não faz sentido “continuar a configurar o requisito à custa de outrem como a exigência de um empobrecimento concomitante em relação ao enriquecimento”, e essa conclusão permite entender a verdadeira função do enriquecimento sem causa “que é a de reprimir o enriquecimento injustificado e não o de compensar os danos sofridos”, daí porque este requisito em termos gerais deve ser definido “como a imputação que justifica que alguém tenha que restituir o enriquecimento que se gerou no seu patrimônio.”¹⁰⁶.

Essas reflexões influenciaram na formação do Enunciado 35 da I Jornada de Direito Civil: “A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”, e serviu também de fundamento para o STJ julgar o REsp. 1.698.701-RJ, a respeito da ocorrência de lucro da intervenção, evidenciando o diálogo importante entre a doutrina e a jurisprudência não só no que diz respeito à teoria da destinação dos bens, mas também na interpretação do requisito à custa do empobrecimento de outrem.¹⁰⁷

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA salientam que nem “sempre, porém, a obtenção de uma vantagem à custa de outrem se traduz numa diminuição correlativa do patrimônio do lesado. Nem sempre, por outras palavras, ao enriquecimento injusto corresponde o empobrecimento de outrem”¹⁰⁸, e rematam:

104 TERRA, Aline de M. Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor...**, *ob. cit.*, p. 8.

105 COSTA, Mario J. de Almeida. **Noções...**, *ob. cit.*, p. 60.

106 LEITÃO, L. M. T. de Menezes. **O enriquecimento sem causa no direito civil**: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa. Coimbra. Almedina, 2005, p. 876.

107 REsp. 1.698.701-RJ, pp. 8 e 10.

108 LIMA, Pires e VARELA, Antunes. **Direito Civil...**, *ob. cit.*, p. 457. Dão como exemplos a utilização de um automóvel de um amigo sem autorização, ganhando um prêmio numa competição esportiva que o proprietário não ia participar; a publicação de uma obra que o autor não queria publicar e acrescentam: “Em nenhum desses casos se pode rigorosamente falar numa *diminuição* do patrimônio do dono da coisa e nem sequer na *privação dum aumento* dele, uma vez que o titular não estava disposto a usar ou fruir a coisa nos termos em que o fez o *intrrometido*.” (destaques no original).

E, todavia, não pode duvidar-se de que a vantagem patrimonial do beneficiado foi obtida à *custa de outrem* – por ser obtida com meios ou bens pertencentes a outrem. Tudo quanto os bens sejam capazes de render ou produzir pertence, em princípio, ao respectivo titular. A pessoa que, intrometendo-se na utilização de bens alheios, consegue uma vantagem patrimonial, obtém-se à *custa* do titular do respectivo direito, mesmo que este não estivesse disposto a realizar os actos de onde a vantagem procede. Trata-se, com efeito, de uma vantagem que estava *reservada* ao titular do direito, segundo o conteúdo da *destinação, afectação* ou *ordenação* dos bens constituem o respectivo objeto.¹⁰⁹

2.3.2.3. Sem justificativa ou sem causa

O enriquecimento não tem causa quando “a atribuição patrimonial de que decorre não encontra fundamento jurídico, ou porque se frustrou a sua finalidade ou função ou porque cessou ou não subsiste a respectiva justificação.”¹¹⁰ A noção de causa no tema de enriquecimento não tem a mesma correspondência que tem na teoria do negócio jurídico.¹¹¹

Causa, em princípio, para teoria do enriquecimento seria aquela que, segundo a ordenação jurídica vigente, permite ao enriquecido reter em seu patrimônio a vantagem obtida, caso contrário, falta a causa, mas não que sua ausência caracterize um ilícito, pode até caracterizar, mas como salienta PONTES DE MIRANDA, “a ilicitude pode ocorrer, porém não é elemento necessário”.¹¹² A causa que justifica a aquisição patrimonial pode nunca ter existido ou ter deixado de existir. Essa conclusão se extrai também do art. 884 do CC/02.

Para PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, quando um enriquecimento criado está em harmonia com a ordenação jurídica dos bens aceita pelo sistema, pode-se afirmar que tem causa justificativa, mas se pelo contrário pela ordenação positiva, ele houver de pertencer a outrem, o enriquecimento aí carece de causa e rematam:

Com vistas a abranger todas as situações de enriquecimento injusto, poderá dizer-se que a falta de causa justificativa se traduz na inexistência de uma relação ou de um facto que, à luz dos princípios aceites no sistema, *legítima* o enriquecimento.¹¹³

109 Idem. Ibidem. Destaques no original.

110 VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria Geral de Direito Civil**. Almedina. 8ª ed., 2017, p. 279.

111 Confira-se JOSÉ R. DE CASTRO NEVES: “O Enriquecimento sem causa: Dimensão Atual do Princípio do Direito Civil”, pp. 200/211. In **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Coord. Maria Celina B. de Moraes, Renovar, 2006. E estudo específico: “A causa do contrato” (MORAES, Maria Celina B. de. *Civillistica.com/a.2.n.1.2013*, pp. 1/24.

112 MIRANDA, Pontes. **Tratado...**, *ob. cit.*, p. 120.

113 LIMA, Pires; VARELA, Antunes. **Código Civil...**, *ob. cit.*, p. 456.

A discussão da causa tem a ver ainda com sua legitimidade ou não perante o sistema vigente e de regra é associada à ideia de um título jurídico que justifique o enriquecimento e pode ser também considerada como uma fórmula geral de reprovabilidade aos princípios do sistema.¹¹⁴ Nesta parte, SCHREIBER e SILVA salientam que a situação não se deve resumir a ausência de título jurídico, que deve ser sopesada com os demais “valores relevantes para delimitação da (in)justiça do enriquecimento em cada caso concreto” e na verificação imprescindível, de um juízo de “merecimento de tutela para que se possa concluir sobre a justiça ou injustiça do enriquecimento à luz da legalidade constitucional.”¹¹⁵

2.3.2.4. Subsidiariedade. Pretensão restitutória e reparatória. Reinterpretando o lucro da intervenção

Um dos requisitos mais complexos em matéria de enriquecimento sem causa (dentro dele, o lucro da intervenção) é aquele relativo a subsidiariedade (ou não) da ação de enriquecimento sem causa. A admissão do enriquecimento sem causa como um princípio jurídico, se dera em razão do silêncio de alguns códigos do passado (por ex, francês e brasileiro), devido basicamente à consideração de tratar-se de uma providência que o titular só teria de modo supletivo, isto é, se não encontrasse no sistema nenhum tipo de proteção específica para o direito violado, quando dele resultasse alguma vantagem para o ofensor, aí poderia se valer da ação de enriquecimento. Assim, a subsidiariedade era (e ainda é) pressuposto aplaudido pela doutrina clássica reinterpretado pela doutrina recente, emprestando-lhe um novo significado. Dito de outro modo: o ressignificado, situação que em verdade não se mostra tão simples como parece e nem será possível examinar todas as situações neste ensaio.

A necessidade de reinterpretação decorre da circunstância de o sistema brasileiro e, por ex., o português, constar expressamente como pressuposto do instituto sua subsidiariedade. Desse modo, a pretensão de enriquecimento só poderia ser acolhida (ajuizar não se podia impedir) se não houvesse outra no sistema para proteção do interesse violado. Nesse ponto, que se mostra saliente a questão da aplicação ou não da responsabilidade civil. Não se olvide que é através da responsabilidade civil que se aviam discussões sobre os diversos impactos da modernidade na vida das pessoas.

114 KONDER, Carlos Nelson. **Enriquecimento sem causa e pagamento indevido**, *ob. cit.*, p. 389.

115 SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da G. **Aspectos relevantes...**, *ob. cit.*, p. 9. Ver também SILVA, Rodrigo da G. **Enriquecimento sem causa**, *ob. cit.*, sobre ressignificação da ausência de justa causa à luz da legalidade constitucional, item 2.3, p. 172.

No entanto, a possibilidade de cumulação ou não de pretensões (num mesmo processo e sob o mesmo “guarda chuvas”) também ocorreu no campo da responsabilidade civil, como, por ex., na hipótese de que de um mesmo fato resultasse dano material, dano moral, dano estético, dano ao nome ou à imagem de alguém que necessitasse de prestação positiva do ofensor que não fosse o pagamento de indenização em dinheiro (prestação *in natura*, como pedir desculpa numa determinada publicação¹¹⁶).

Naquelas hipóteses indicadas pelo sistema como sendo de enriquecimento sem causa (especificação, plantação e construção em terreno alheio, passagem forçada, passagem de cabos e tubulações, etc.), não há dificuldade no enquadramento (ainda que na prática o autor ajuizasse um pedido de indenização sem qualquer referência a enriquecimento sem causa). Do mesmo modo, quando não for ilícita a atuação do interventor ou, ainda, quando não ocorrer dano no patrimônio do titular. Nessas situações, a proteção do direito só se dará pelo enquadramento do lucro da intervenção como uma das hipóteses de enriquecimento sem causa.

Contudo, a questão apresenta um certo grau de dificuldade quando há ilícito (como na maioria das hipóteses) e dele resultar dano ao titular do direito, por ser prática corriqueira ação de indenização com fundamento na responsabilidade civil, situação que poderia afastar numa leitura apressada a ação por enriquecimento sem causa.

NELSON KONDER pondera que, em estando presentes os pressupostos da responsabilidade civil e a indenização seja suficiente para abarcar toda a vantagem buscada, deve o interessado louvar-se na ação respectiva, em especial quando o dano for superior ao lucro da intervenção.¹¹⁷

Nesse particular, PEREIRA COELHO assinala que, no confronto entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa, poderá partir-se do seguinte raciocínio: “o enriquecimento é adquirido e o dano suportado, em princípio, pelo patrimônio de quem respectivamente o faz ou sofre”¹¹⁸, e em sentido semelhante CAIO MARIO afirma que não se pode confundir o instituto do enriquecimento sem causa com a responsabilidade civil, já que este tem como objeto reparar um dano suportado pela vítima, e, “sob o prisma material, a tutela jurídica é voltada para a proteção dinâmica do patrimônio”, já o enriquecimento sem causa é “instrumento voltado à proteção estática do patrimônio, abrangendo, pois hipóteses não abrangidas pela responsabilidade civil”, eis que no enriquecimento não se exige na sua configuração o ato ilícito e o dano, sendo seu objetivo “remover a vantagem recebida por um para transferi-la a quem de direito”.¹¹⁹

116 É óbvio que se tal condenação não for cumprida voluntariamente, pode gerar o pagamento de astreintes e sua conversão em perdas e danos.

117 KONDER, Carlos Nelson. **Dificuldades de uma...**, *ob. cit.*, p. 7.

118 COELHO, Pereira. **O Enriquecimento...**, *ob. cit.*, pp. 21/22.

119 PEREIRA, Caio Mario da S. **Instituições de Direito Civil. Obrigações**. Gen/Forense, vol. II, 31^a ed., 2019, p. 277.

ANTUNES VARELA salienta que o princípio da subsidiariedade, além de ser definido em termos imprecisos, constitui objeto de controvérsia entre os autores. Essa questão está na origem (como já salientado) em que os autores consideravam a ação de enriquecimento como último limite, uma *extrema ratio*, cuja porta o interessado só bate para corrigir situação de enriquecimento injusto que repugna o sistema, quando não encontra meio para corrigir de outro modo e conclui, quando analisa nosso sistema positivo, de que desde que exista analogia com os casos que o sistema prevê ou os princípios gerais do direito o justifique, o empobrecido “poderá exercer seu direito à restituição, independentemente de haver ou não outro meio de corrigir a situação.”¹²⁰.

Em modo semelhante MENEZES LEITÃO, à luz do direito civil brasileiro, afirma que, naquelas hipóteses em que a lei concedeu ação específica (v.g., anulação de contrato por erro ou dolo, como a modificação do contrato no caso de lesão, na usucapião, na prescrição, na onerosidade excessiva), não cabe ação de enriquecimento do art. 884 do CC/02. Contudo, um exame mais cuidadoso permite concluir que a regra da subsidiariedade não tem um alcance absoluto. É manifesto que ação de enriquecimento poderá concorrer com a de responsabilidade civil, sempre que esta não atribua uma proteção idêntica à da ação de enriquecimento. Assim, não parece “que a regra do art. 886 consagre uma subsidiariedade geral da ação de enriquecimento, mas antes uma incompatibilidade de pressupostos entre as situações referida e essa ação”¹²¹, e conclui:

Não parece existir, por isso, uma verdadeira subsidiariedade do enriquecimento sem causa, funcionando muitas vezes a invocação de tal regra com um “cripto argumento”, destinado a evitar uma utilização desproporcionada da cláusula geral do art. 884.¹²²

Para GIOVANNI NANNI, a subsidiariedade é um requisito próprio do enriquecimento sem causa na sua forma típica, isto é, quando fonte obrigacional, mas não como princípio e, quando encarado como tal, não se deve debater a subsidiariedade, pois nessa hipótese quando considerado como “norma de fechamento das regras obrigacionais, o instituto não está sujeito a essa limitação.”¹²³.

120 VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**, Forense, *ob. cit.*, p. 202.

121 LEITÃO, L.M. T. de M. **O Enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro**, p. 25.

122 *Idem*, *ibidem*.

123 NANNI, Giovanni E. **Enriquecimento...**, *ob. cit.*, 284.

Analisando a situação pela ótica funcional do direito das obrigações (negocial, reparatória, restitutória), SERGIO SAVI acentua que as “diferentes funções dos dois institutos fazem com que não seja possível admitir uma integral subsidiariedade da pretensão de restituição do enriquecimento em relação à pretensão de reparação de dano.”¹²⁴.

Mesmo se considerar como pressuposto inafastável a subsidiariedade na hipótese de lucro da intervenção, como tem sido concebido na atualidade, salientam DAN, BERNARDO e LEONARDO que não existem outros meios igualmente efetivos para remoção do lucro da intervenção, pois a responsabilidade civil, seja do ponto de vista prático, seja do ponto de vista teórico, não se enquadra como mecanismo adequado para remeter à esfera jurídica da vítima as vantagens do lucro advindas, se nenhum dano tiver lhe causado. Assim “a subsidiariedade precisa ser entendida como a imposição de que se recorra prioritariamente a outros meios, distintos do enriquecimento sem causa, quando também se prestarem, com a mesma efetividade”¹²⁵, para remoção do lucro da intervenção.

A propósito, merecem referência as afirmações de CAIO MARIO na exposição de motivos do anteprojeto de Código de Obrigações que formulou, no qual, ao cuidar do enriquecimento sem causa, não incluiu a característica história da subsidiariedade afirmando:

Ao contrário de outras legislações, para as quais a ação de locupletamento é secundária, no sentido do que somente cabe quando faltar outro meio de reparação, entendi que não devia consignar tal restrição, somente geradora de recursos processuais inúteis, de exceções desnecessárias, e de eternização dos litígios. Quem tiver outro meio de restaurar o direito lesado, poderá usá-lo. Mas nenhum dano social existe no fato de tomar rumo, desde logo, pela ação que visa a esta indenização.¹²⁶

2.3.2.5. Cumulatividade das pretensões restitutória e reparatória

A despeito de todas as dificuldades inerentes à quantificação do valor a ser restituído, na hipótese de intromissão em bens ou direitos alheios, deve-se abrir ao prejudicado a opção de cumular sua pretensão de enriquecimento sem causa com a pretensão de responsabilidade civil, quando presentes, na mesma situação de intervenção, os requisitos desta última.

¹²⁴ SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil...**, *ob. cit.*, p. 119.

¹²⁵ FAJNGOLD, Leonardo; SALGADO, Bernardo; GUERCHON, Dan. **Lucro da Intervenção: a disciplina e os julgamentos...**, *ob. cit.*, p. 173,

¹²⁶ **Código Civil. Anteprojetos**. Vol. 3. Anteprojetos de Código de Obrigações. Brasília, 1989, p. 134.

Não há dúvida, como se viu, de que em determinadas situações a atuação do interventor causará um dano ao titular do direito por ato ilícito e ele, interventor, poderá ou não obter uma vantagem e esta vantagem poderá ser maior ou menor do que o dano que causou com a intervenção.

Parece razoável que ao titular do direito caiba decidir qual ou quais tutelas, dentre as previstas no sistema, atendem a seu interesse quando há concorrência de dano e lucro no ato de intervenção e qual medida deve propor, mas não fechar a porta da pretensão restitutória em razão da independência funcional dos institutos. E não há problema algum em, mesmo na hipótese de ser o lucro menor do que o dano, admitir que o interventor que tenha praticado um ilícito seja

“Não há dúvida de que, mesmo na hipótese de exclusivo exercício da ação de locupletamento, já se mostra difícil a quantificação do lucro da intervenção quando há participação também do interventor na sua obtenção.”

condenado a pagar a indenização correspondente ao dano e restituir o lucro que obteve, pois se assim não for, não se estará adotando na interpretação da situação, a teoria do conteúdo ou destinação natural do direito, pois o lucro, ainda que pequeno, é resultante da intervenção no direito alheio e não se confunde com o dano experimentado.

Parece possível emprestar a mesma lógica, se um só fato pode gerar responsabilidade penal e responsabilidade civil (ainda que se possa afirmar que os bens tutelados sejam diversos numa e noutra), para reconhecer as duas pretensões em matéria de lucro da intervenção: quando há ilícito no ato de intervenção a ação de responsabilidade civil e a ação de enriquecimento, uma vez que o dano foi causado ao patrimônio do titular do direito e o lucro está, seja ele de que monta for, no patrimônio do interventor. São situações distintas que tem origem no mesmo fato e que dá origem a duas pretensões completamente distintas que, pelas regras do direito processual, podem andar juntas nos mesmos autos e nenhuma delas tem rito particular.

Nesse sentido, colhe-se em GIOVANNI NANNI, quando analisa o enriquecimento decorrente de injusto que o “comportamento do enriquecido representa um ato de flagrante má-fé e contrário ao direito, portanto, ilícito, o qual possibilitaria, afóra a ação de enriquecimento, o exercício da ação indenizatória”.¹²⁷ Do mesmo modo, MENEZES LEITÃO: “Já não me parece, porém, que a existência de responsabilidade

127 NANNI, Giovanni E. **Enriquecimento...**, *ob. cit.*, p. 299

civil exclua liminarmente a aplicação do enriquecimento por intervenção no caso de a proteção por ele conferida ser superior”.¹²⁸

Analisando a situação pelo perfil funcional, salientam SCHEREIBER e RODRIGO que os institutos (enriquecimento sem causa e responsabilidade civil) têm funcionamentos distintos e não excludentes e, “portanto, podem coexistir em uma mesma situação fática. Em atenção a função precípua da responsabilidade civil e da vedação ao enriquecimento sem causa, pode-se enunciar, desde logo, a regra geral segundo a qual as pretensões em comento coexistirão quando houver dano injusto a indenizar e enriquecimento injustificado a restituir.”¹²⁹.

A independência funcional da pretensão reparatória e restitutória não passou despercebida de PONTES DE MIRANDA, que exemplifica do seguinte modo: “Se B aliena a coisa de A, coisa, portanto, que não está no seu patrimônio, e C adquire, excepcionalmente, a propriedade, a responsabilidade B não é a de enriquecimento, se nada recebeu, é a de ato ilícito absoluto; enriqueceu-se C, que responde. (...) Há concorrência de pretensões, por ato ilícito absoluto e pelo enriquecimento injustificado.”¹³⁰ E remata:

Os exemplos acima focalizam a diferença entre a ação de restituição por enriquecimento injustificado e a ação de indenização por ato ilícito, ou ato-fato ilícito ou fato *stricto sensu* ilícito. Toda confusão a respeito é altamente perniciosa.¹³¹

Conforme se viu neste tópico, não há objeção alguma em cumular as pretensões indenizatória e restitutória na hipótese de estarem ambas presente no mesmo suporte fático. Aliás, a cumulação da pretensão reparatória com a restitutória foi admitida pela 13^a CC do TJRJ e pelo STJ, na hipótese já indicada, na qual uma atriz aviou pretensão de reparação de danos materiais e morais, além da pretensão restitutória em razão da utilização de sua imagem em campanha publicitária de fins comerciais, objetivando receber por pretensão reparatória/compensatória indenização cabível e pretensão restitutória pelo lucro da intervenção obtido pela empresa que praticou a intromissão em seu direito.¹³²

128 LEITÃO, L.M. T de M. **Obrigações...**, *ob. cit.*, p. 431, nota de rodapé nº 1023.

129 SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. “Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro”. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, out./dez. 2018, p. 10. No mesmo sentido SERGIO SAVI: “Para concluir, pode-se afirmar que, nos casos de enriquecimento por intervenção, o titular do direito poderá cumular a pretensão de enriquecimento sem causa com a pretensão de responsabilidade civil”. (**A responsabilidade...**, *ob. cit.*, p. 121)

130 MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito de Privado...**, *ob. cit.*, p. 195.

131 *Idem*, *ibidem*.

132 Apelação Civil nº 0008927-17.2014.8.19.0209, 13^a CC-TJ RJ rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes. REsp. 1.698.701-RJ, rel. Min Ricardo Villas Bôas Cueva.

2.4. PROPOSTA DE REDUÇÃO NA CONFIGURAÇÃO DO LUCRO DA INTERVENÇÃO

Admitindo a situação geradora do lucro da intervenção como um fato jurídico como efetivamente o é e, portanto, fonte de obrigações¹³³, a questão da subsidiariedade passa a ser um falso problema, considerando que o lucro da intervenção não pode ser considerado como lucro cessante coberto pela responsabilidade civil, porque este último pressuporia que o titular do direito tivesse dele fruindo e que o interventor interrompeu essa sequência ou que o titular comprove que tinha um projeto semelhante ao do interventor.

Porém, mesmo assim, não se pode afirmar que a atuação do titular do direito seria melhor ou pior do que a do interventor na obtenção do “lucro” (salvo em hipótese muito específica de um ser profissional e outro não), ou seja, em qual das hipóteses o lucro seria maior, o que sem dúvida provoca enorme dificuldade prática e quem lida com processo civil sabe das dificuldades de avaliação de determinadas situações econômicas.

Não há dúvida de que, mesmo na hipótese de exclusivo exercício da ação de locupletamento, já se mostra difícil a quantificação do lucro da intervenção quando há participação também do interventor na sua obtenção. Mas essa dificuldade não pode ser empecilho para seu reconhecimento, uma vez que se trata de uma segunda fase da discussão do problema conhecida como liquidação de sentença que ao fim e ao cabo pode se dar por arbitramento se por outros meios não for possível conhecer o valor da verba devida a título de “repatriação” do lucro da intervenção, pois como assinala PONTES DE MIRANDA o “que se pede, com a pretensão por enriquecimento injustificado, é a entrega de tudo o que obtido (não recebido) sem causa, as expensas do prejudicado, mais os proveitos percebidos, ainda estantes.”¹³⁴ .

Para eliminar a discussão a respeito da subsidiariedade em tema de lucro da intervenção, propõe-se que seja ele reconhecido como uma categoria especial de enriquecimento, autônoma, que poderia ser percebida de modo fácil, de molde a eliminar qualquer discussão se a hipótese seria de responsabilidade civil ou de ação de enriquecimento, pouco importando se o dano é maior ou menor do que lucro.

Não há dúvida de que as intervenções ou intromissões em direito alheio ocorre com muita frequência na sociedade. Basta para tanto lembrar que os autores do passado e atuais identificaram algumas hipóteses que caracterizavam intervenção no direito brasileiro. Toda intervenção causará uma espécie de dano (patrimonial ou

133 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Livraria Freitas Bastos, 1968, vol. II, 4ª. ed., p. 28; GOMES, Orlando. **Obrigações**. Gen/Forense. 18ª ed., atualizada por Edvaldo Brito, 2016, pp. 25/26.

134 MIRANDA, Pontes. **Tratado...**, *ob. cit.*, p. 182.

não patrimonial), mas nem toda intervenção deveria enquadrada na qualificação de lucro. Esta expressão deverá ser utilizada tão somente nas hipóteses em que o objetivo do interventor é a obtenção de uma vantagem econômica (o lucro) no sentido de ganho patrimonial seja em razão de sua atividade empresarial regular ou irregular (aumentar os lucros com a venda de um produto, utilizando indevidamente a imagem de alguém; editar e vender obra alheia sem autorização; utilizar-se de um imóvel alheio para colocar a publicidade da própria empresa ou de outrem como ocorre ao longo das rodovias – pense-se na dificuldade de apurar qual a parcela efetivamente o outdoor contribuiu para as vendas).

Do mesmo modo, dar a locação imóvel alheio como próprio, obtendo a vantagem do aluguel (abstraindo aqui a discussão sobre a função social da posse e da propriedade).

Quando houver um lucro, não importa se maior ou menor que eventual dano causado ele deverá ser excluído do patrimônio do beneficiário como lucro da intervenção através da ação de enriquecimento sem causa. Se da intervenção resultou dano de qualquer natureza, poderá o titular do direito ajuizar cumulativamente a ação de reparação de danos na hipótese de ser considerada ilícita a atuação do interventor.

Essa solução parece se adequar à teoria do conteúdo da destinação dos bens. Se a vantagem deve pertencer ao titular do direito por ser expressão do seu direito, não importa, na discussão do lucro da intervenção, se o mesmo fato gerou ou não dano e em que monta.

Seria tomar emprestado a noção de lucro da ciência contábil, mas limitando seu exame a situação específica da intervenção com fins comerciais/empresariais. Assim, se houve publicação, edição de obra alheia, a utilização da imagem alheia por ex., deve se verificar em que medida o enriquecimento do interventor saiu exclusivamente de seu patrimônio (dispêndios com matéria-prima, mão de obra, publicidade, etc.), enfim o custo que possibilitou a intervenção realizada produzir lucros e nessa apuração, havendo saldo positivo, analisar se o interventor estava ou não de boa-fé. Estando de boa-fé, poderá reter o interventor o correspondente a 50% do lucro, aí incluído os frutos que porventura já tiver percebido de boa-fé (art. 1214 do CC, aplicado por analogia) e a outra parte deve ser restituída ao titular do direito. O percentual de 50% toma-se emprestado na parte que o CC/02 estabeleceu como parâmetro no direito das coisas quando não se consegue saber com precisão a parte do direito que pertence a cada um dos envolvidos, v.g. na copropriedade (§ único do art. 1.315; meação de paredes no condomínio necessários arts. 1.327 e 1.328 do CC); no achado de tesouro (arts. 1.264 e 1.266 do

CC); quando não for possível identificar o valor de cada um na mistura de coisas (art. 1.272, § 1º, do CC – Da Confusão, da Comissão e da Adjunção de coisas).

A intervenção que gerar uma poupança ou diminuir o passivo do interventor guarda imediata relação com o valor de uso do bem utilizado, seja no consumo de bens, seja ocupando imóvel alheio de veraneio, um terreno alheio para realização de um evento sem fins lucrativos. Nessas hipóteses, a solução que nossa doutrina sempre sugeriu e a jurisprudência acatou foi através da ação de responsabilidade civil, em que a indenização correspondente ao valor de uso do bem. Essa solução atende ao interesse do titular do direito e deve continuar sendo utilizada.

Nas questões de direito de autor, por exemplo, o código anterior e a legislação posterior sempre fixaram como medida a reparar a violação do direito do autor por intervenção alheia no seu direito a apreensão da publicação que for encontrada e estimou a indenização em número de exemplares real ou presumida conforme se conheça ou não da quantidade editada. No CC/16, cerca de 1.000 exemplares (art. 669 do CC/16) e, na Lei 9.610/98, cerca de 3.000 exemplares (art. 103).

Nessa hipótese, em existindo lucro, será ele devido ao titular do direito, deduzindo dele a contribuição do interventor sem a qual a obra não existiria. Assim, o custo de edição, divulgação e distribuição devem ser levados em conta para assim evitar que o titular do direito passe a condição de enriquecido. Estes custos, teria o titular do direito caso resolvesse editar sua obra.

O Código de 1916, nas hipóteses de intervenção em direito alheio, cuja indenização referida pelo legislador significava a vedação expressa ao enriquecimento sem causa (v.g. especificação, avulsão, construções e plantações, benfeitorias), o que levou, como já se disse, JORGE AMERICANO a sustentar sua tese de que não haveria outras hipóteses consagradas pelo direito brasileiro e, por isso, dizia ele que em qualquer outra intervenção não prevista, o enriquecimento deveria ser havido como justificado. Em tais hipóteses, mantidas no CC/02, o legislador forneceu os parâmetros de cálculo do enriquecimento. Também estabeleceu naquelas hipóteses de intervenção na propriedade decorrente de necessidade específica como na passagem forçada (art. 1285 do CC/02 e art. 559 do CC/16) e na passagem de cabos e tubulações (art. 1286 do CC/02).

Nalgumas destas situações, prevê o legislador que o credor receba maior ou menor contemplação conforme estiver ou não de boa-fé. Assim, na construção de benfeitorias; na plantação ou construção, com sementes ou materiais próprios ou alheios, em terreno próprio ou alheio. Na especificação, confusão, comissão e adjunção também a boa ou má-fé influência se deve ocorrer a redução ou se possível a separação das coisas misturadas e ainda para opção de quem terá a propriedade da coisa nova.

Em sendo possível, como parece que é, restringir o problema do lucro da intervenção na forma acima sugerida (lucro contábil – excluindo as despesas inúteis ou desnecessárias como sugere PONTES DE MIRANDA¹³⁵), poderia, por analogia, ser aplicada a solução prevista na temática da construção e plantação em especial art. 1254, 1255, 1256, 1257, todos do CC/02, e também naqueles que se referem ao possuidor de boa ou má-fé (art. 1214 ao 1.220 do CC/02).

Deste modo, levando em consideração a proposta de aplicação específica da intervenção com lucro (invertida a expressão), parece então facilitado (ressalvada a opinião da doutrina aqui e de alhures) estabelecer qual montante deve ser excluído do patrimônio do interventor para ser entregue ao titular de direito como resultado da ação de enriquecimento sem causa. Tudo que for encontrado no patrimônio do enriquecido que seja decorrência exclusiva do direito alheio deverá ser excluído e entregue ao titular. Ou seja, deverá ser verificado qual a parte do lucro encontrado decorre exclusivamente do interventor e qual decorre da utilização do direito alheio (indevida ou não). Se de boa-fé, o interventor deverá ser deduzida a parcela dos custos (despesas e investimentos úteis), partilhando-se meio a meio o lucro obtido. Se de má-fé, o interventor, deverá apenas deduzir os custos (despesas e atuação úteis, semelhante ao que ocorre com as benfeitorias necessárias realizadas pelo possuidor de má-fé) que teve para gerar o lucro, entregando o saldo ao titular do direito.¹³⁶

Nessa hipótese, não se discute a teoria do duplo limite, não se discute se a questão é de responsabilidade civil, posto que sempre será matéria afeta a uma obrigação restitutória, facilitando sobremodo o reconhecimento das hipóteses de lucro da intervenção e a solução possível quando se está diante dele.

3. Conclusão

Não tendo sido possível analisar mais amiúde as implicações relativas à necessidade ou não de ilicitude na conduta ou a boa ou má-fé do interventor de modo separado, no que se remete ao leitor aos estudos citados neste ensaio com informações mais detalhadas sobre a influência desses qualificativos jurídicos das relações humanas, propõe-se que seja considerado como lucro da intervenção a intervenção pela qual o interventor vise obter um lucro, como acontece com frequência nas violações de direitos da personalidade, como nome, imagem, voz, produção intelectual; na utilização de propriedade alheia para exploração que vise lucro

135 MIRANDA, Pontes. *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 183.

136 Para GIOVANNI NANNI a boa ou má-fé do interventor não interfere na solução. Veja-se a seguinte passagem: “Quem dispõe de bem alheio, de boa-fé ou de má-fé, gratuita ou onerosamente, deverá restituir ao empobrecido a vantagem obtida segundo as regras do enriquecimento sem causa.” (*ob. cit.*, p. 300).

(locação, colocação de publicidade etc.), deixando as demais hipóteses previstas no nosso sistema com a solução que a doutrina e a jurisprudência já praticava, normalmente levando em consideração o valor de uso do bem como parâmetro de aferição do enriquecimento (na praxis forense, chamado de ação de indenização).

Propõe-se, ainda, que toda e qualquer vantagem obtida pelo interventor, a título de lucro de sua atuação, deve ser repatriada ao titular do direito, com base na adoção da teoria do conteúdo ou da destinação dos bens, sendo indiferente, nesse ponto, se a atuação do interventor causou ou não um dano, se foi lícita ou ilícita, de boa ou de má-fé. Nas hipóteses de ilicitude e má-fé, não se deve atribuir ao interventor qualquer parcela do lucro obtido, mas apenas abonar-lhe as despesas necessárias e não as inúteis para o ato (empreendimento) de produção do lucro, visando evitar enriquecimento reverso do titular do direito.

Desse modo, o Enunciado 620 do CJF deverá ser lido com um complemento, no sentido de que o lucro a que se refere é toda e qualquer vantagem obtida pelo interventor em atuação que vise especificamente obter vantagem financeira, deixando de lado dessa categoria as hipóteses de diminuição do passivo e de poupança de despesas.

Percebe-se então, que o lucro obtido pelo interventor deve ser revertido para o titular do direito na sua integralidade, obviamente considerando a atuação do interventor na obtenção desse lucro, situação que deve ser dimensionada à mingua de alguma outra evidência segura, através de prova pericial específica, para então definir-se qual o valor deve ser entregue ao titular do direito e qual o valor deve ser mantido com o interventor, sempre atento à lição de PONTES DE MIRANDA, segundo a qual o que se pede com a pretensão por enriquecimento injustificado, é a entrega de tudo o que foi “obtido (não recebido) sem causa, as expensas do prejudicado, mais os proveitos percebidos”¹³⁷ e os pendentes de percepção.

137 MIRANDA, Pontes. *Tratado...*, *ob. cit.*, p. 182.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Agostinho. **Do enriquecimento sem causa**. RT 259/3, maio de 1957.
- AMERICANO, Jorge. **Ensaio sobre o enriquecimento sem causa**. Livraria Acadêmica. Saraiva & Cia, SP 1933.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra Editora, 1992.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade**. Editora 34 Ltda. SP. Trad. Sebastião Nascimento, 2016.
- BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Livraria Francisco Alves- RJ. 1945.
- BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. Livraria Freitas Bastos, 5ª ed., 1940.
- BITAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Atualizada por Eduardo C. B. Bittar. Forense. RJ, 6ª ed., 2015.
- CAMPOS, Diogo J. P. Leite de. **A subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento**. Livraria Almeida. Coimbra, 1974.
- CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. Revista Forense, RJ, 1957.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. Livraria Almedina. Coimbra 1970.
- COSTA, Mario Julio de Almeida. **Noções de Direito Civil**. Almedina. Coimbra, 1980.
- DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Parte Geral. Editora Rio. 2ª tiragem, 1979.
- DIAS, Jose de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Revista Forense, vol. I, 3ª ed., 1954.
- FAJNGOLD, Leonardo. SALGADO, Bernardo. GUERCHON, Dan. “Lucro da Intervenção: a disciplina e os julgamentos pioneiros no Superior Tribunal de Justiça”. RBD Civil, BH, v. 21, jul./set. 2019.
- FILHO MONTEIRO, Carlos Edison do R. **Rumos Contemporâneos do Direito Civil**. Estudos em perspectiva civil-constitucional. Editora Fórum, BH, 2017.
- FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. Malheiros Editores. 6ª ed., 2005.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. Gen/Forense. 18ª ed., atualizada por Edvaldo Brito, 2016, pp. 25/26.
- KONDER, Carlos Nelson. “Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção”. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 13/2017, dez. 2017.
- KONDER, Carlos Nelson. **Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2005.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**, vol. I. Almedina. 15ª ed., 2018.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. “O enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro”. **Revista CEJ**. Direito Civil, Brasília, junho 2004.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa**. Coimbra. Almedina, 2005.
- LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. **Código Civil Anotado**. Coimbra Editora Ltda., vol. I, 4ª ed. 1987.
- LOPES. Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Livraria Freitas Bastos, 1968, vol. II, 4ª edição.
- MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito de Privado**. Parte Especial. Tomo XXVI. Editor Borsoi, 2ª ed. RJ, 1959.
- MORAES, Maria Celina B. **Danos à Pessoa Humana**. Renovar, 2003.
- MORAES, Maria Celina B de. **A causa do contrato**. Civillistica.com/a.2.n.1.2013, p. 1/24.
- CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de. **A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento**. Livraria Almedina, Coimbra, 1974.

- NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. Ed. Saraiva, 2ª ed., 2010.
- NEVES, José R. de Castro. **Direito das Obrigações**. GZ Editora, 7ª ed., 2018.
- NEVES, José R. de Castro Neves. “O Enriquecimento sem causa: Dimensão Atual do Princípio do Direito Civil”. In **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Coord. Maria Celina B. de Moraes, Renovar, 2006.
- NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. **Revista de Direito Civil, Imobiliário e Empresarial**. Ano 15, vol. 56.
- OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Direito Civil. Obrigações**. Gen/Forense, 3ª ed., 2019.
- OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Curso de Direito Civil. Diretos das Obrigações e Atos Unilaterais**. Ed Atlas, SP, 2015.
- OLIVEIRA, Marco A. Bellizze de. “Questões polêmicas sobre prescrição”. In: **Direito Civil. Diálogos entre a doutrina e jurisprudência**. Coord. Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce. Gen/Atlas, 2017.
- PEREIRA, Caio M. da S. **Responsabilidade Civil**. Editora Forense, RJ, 2001, 9ª ed.
- PEREIRA, Caio Mario da S. **Instituições de Direito Civil. Obrigações**. Gen/Forense, vol. II, 2019.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. Ed. Saraiva, 24ª ed., 1998.
- RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis. Bookseller Editora e Distribuidora. Campinas. SP, trad. da 3ª ed. francesa por Osório de Oliveira, 2000.
- SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa. O Lucro da Intervenção**. SP: Editora Atlas, 2012.
- SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. Saraiva, 2018.
- SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. “Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro”. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, out./dez. 2018.
- SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. Atlas. SP, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Reponsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos Danos**. Atlas, 6ª ed., 2015.
- SILVA, Rodrigo da Guia. **Enriquecimento sem causa. As obrigações restitutórias no direito civil**. Revista dos Tribunais, 2018.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das obrigações e Responsabilidade Civil**. Gen/Forense, 11ª ed.
- TARTUCE, Flávio; SCHREIBER, Anderson; et al. **Código Civil comentado**. Doutrina e Jurisprudência. Gen/Forense, 2019.
- TERRA, Aline de M. Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. “Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor”. **Revista da Faculdade de Direito**. Urj. RJ, nº 28, dez.-2015.
- VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Forense, RJ, 1977.
- VARELA, J. de M. Antunes. **Das Obrigações em Geral**, vol. Almedina. Coimbra, 9ª ed.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Almedina, 8ª ed., 2017.

A ilusão constitucional do novo art. 14-A do Código de Processo Penal

ANA PAULA COUTO*
MARCO COUTO**

RESUMO: Este trabalho tem como objeto o art. 14-A do Código de Processo Penal, o qual foi incluído na lei processual penal pelo chamado Pacote Anticrime. Pauta-se a investigação pelo seguinte problema: o novo dispositivo autoriza que os elementos colhidos na fase da investigação sejam valorados por oportunidade da prolação da sentença? A fim de analisar essa questão, foram abordados diversos aspectos do referido dispositivo, à luz dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A justificativa para este trabalho decorre do fato de caber à academia o importante papel de refletir sobre o mencionado assunto. A pesquisa pode contribuir para um melhor esclarecimento do tema, permitindo que os profissionais do Direito amadureçam as suas concepções alusivas ao artigo em análise. A metodologia de pesquisa utilizada consiste na análise de dispositivos constitucionais e legais em vigor no Brasil e de textos doutrinários que abordam o tema. O objetivo do trabalho é demonstrar a complexidade que envolve a correta interpretação e a adequada aplicação do novo dispositivo. Os resultados da pesquisa indicam que parte da doutrina pouco tem trabalhado corretamente esta temática instigante. A conclusão se dá no sentido de que é superficial o entendimento segundo o qual o legislador efetivamente trouxe uma novidade capaz de alterar o panorama investigatório e, por consequência, capaz de viabilizar a produção probatória na fase de investigação com observância das garantias constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Art. 14-A do CPP. Pacote Anticrime. Aspectos constitucionais.

1. INTRODUÇÃO

O art. 14-A do CPP constitui novidade inserida no processo penal brasileiro através da Lei nº 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, merecendo a maior atenção do intérprete, especialmente porque busca mudar radicalmente o inquérito policial, mas, na verdade, não fornece os instrumentos necessários para tanto, como teremos a oportunidade de expor neste texto.

* Advogada. Professora de Direito Processual Penal. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Direito Público e Direito Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mestra em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

** Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

É certo que o mencionado dispositivo limita a sua aplicação aos casos em que são investigados os servidores vinculados às instituições referidas no art. 144 da Constituição Federal¹, o qual se refere à polícia federal, à polícia rodoviária federal, à polícia ferroviária federal, às polícias civis, às policiais militares, aos corpos de bombeiros militares e as polícias penais federal, estadual e distrital.

Isso significa que a mudança pretendida pelo legislador buscou alterar a dinâmica da investigação policial somente em um grupo determinado de situações, sequer tendo o novo dispositivo a intenção de abarcar todos os inquéritos policiais, o que, por si só, por motivo óbvio, pode ser criticado.

De fato, não faz qualquer sentido conferir maior ou menor atuação ao indiciado e à Defesa, de acordo com o *status* da pessoa investigada ou mesmo levando em conta a natureza da prática delitiva que se busca esclarecer, sendo certo que tais fatores – o *status* do investigado e a natureza do crime – não devem funcionar como parâmetros para justificar a maior ou menor observância das garantias asseguradas pelo texto constitucional.

De toda forma, ainda que se possa questionar a utilidade do novo dispositivo, são muitos os aspectos interessantes a serem abordados quanto ao mesmo, sendo importante a sua análise neste momento, até para que o seu intérprete não tenha falsa percepção das mudanças supostamente operadas na vida prática por força da sua existência.

“O termo ‘força letal’ pode ser definido como o uso mais extremo da força, o qual só deve ser aplicado quando todos os outros recursos disponíveis às forças policiais tiverem sido esgotados.”

2. O PACOTE ANTICRIME

A Lei nº 13.964/19 promoveu diversas alterações no nosso ordenamento jurídico, incluindo o Código de Processo Penal, o Código Penal, a Lei de Execução Penal, o Código de Processo Penal Militar e algumas leis esparsas², sendo certo que, decorrida a *vacatio legis* de 30 dias, a maioria das mudanças previstas entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020.

1 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares;
- VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

2 Foram alteradas as Leis nº 8.038/90, 8.072/90, 8.429/92, 9.296/96, 9.613/98, 10.826/03, 11.343/06, 11.671/08, 12.037/09, 12.694/12, 12.850/13, 13.608/18 e 13.756/18.

É importante ressaltar que alguns dispositivos³ previstos no Pacote Anticrime tiveram a sua eficácia suspensa, *sine die*, por decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade⁴ ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e pela Associação dos Juizes Federais - AJUFE (ADI 6298), pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA (ADI 6299), pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal - PSL (ADI 6300) e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP (ADI 6305). Tivemos a oportunidade de abordar em detalhes as decisões proferidas pelo Ministro Dias Toffoli, no dia 15 de janeiro de 2020, e pelo Ministro Luiz Fux, no dia 22 de janeiro de 2020, em texto próprio⁵.

Todavia, convém enfatizar que o art. 14-A do Código de Processo Penal não foi abarcado pelas referidas decisões, o que significa dizer que o mesmo está em vigor desde 23 de janeiro de 2020, de modo que é realmente importante o seu estudo neste momento.

3. A NOVIDADE DO ART. 14-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Vejam os que dispõe o art. 14-A, *caput*, do CPP, atentando para o fato de o mesmo ser dirigido especificamente aos servidores vinculados às instituições referidas no art. 144 do texto constitucional, as quais já foram acima mencionadas, sendo importante a sua transcrição para a melhor visualização das alterações promovidas pelo legislador.

Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor.

O primeiro ponto a ser observado decorre do fato de o legislador ter sido abrangente no que diz respeito aos procedimentos investigatórios aos quais se aplica o novo dispositivo, já que se refere aos “inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais”. Isso é importante para que não se questione a aplicação do

3 Tiveram a sua eficácia suspensa os artigos 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 28, 157, § 5º, e 310, § 4º, do Código de Processo Penal.

4 Até a data em que este texto foi escrito - 16 de julho de 2020 -, as ações diretas de inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 não foram julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, persistindo os efeitos da decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux no dia 22 de janeiro de 2020, que suspendeu, *sine die*, a eficácia de diversos dispositivos.

5 COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco. “O pacote anticrime: as liminares dos Ministros Toffoli e Fux”. Disponível em: <https://em-periododireito.com.br/leitura/o-pacote-anticrime-as-liminares-dos-ministros-toffoli-e-fux>. Acesso em: 14 jul. 2020.

dispositivo de acordo com a forma através da qual se desenvolve a investigação. Portanto, pouco importa se a investigação é deflagrada no âmbito da polícia federal, da polícia civil ou de qualquer outro órgão ao qual se destine o poder investigatório.

Lembre-se que a Lei nº 13.964/19 também incluiu o art. 16-A no Código de Processo Penal Militar⁶, cuja redação se assemelha ao dispositivo em estudo, apenas referindo-se aos “servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares”.

Por outro lado, embora não tenha limitado as vias investigatórias, além de indicar especificamente os personagens aos quais se aplica o dispositivo em destaque, o legislador também limitou os fatos criminosos com relação aos quais eles serão investigados.

Neste ponto, o art. 14-A do Código de Processo Penal refere-se expressamente aos “fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional”. O termo “força letal” pode ser definido como o uso mais extremo da força, o qual só deve ser aplicado quando todos os outros recursos disponíveis às forças policiais tiverem sido esgotados. Trata-se da medida extrema apta a matar o opositor.

Vale a definição de força letal adotada por ROBERT ANKONI e THOMAS KELLEY⁷.

Force that a person uses causing, or that a person knows or should know would create a substantial risk of causing, death or serious bodily harm or injury⁸.

Veja-se que, embora a força letal deva ser apta a causar a morte, a verdade é que a morte em si não é imprescindível para a caracterização do seu uso. Por isso, corretamente, o legislador referiu-se aos crimes consumados e tentados.

6 Art. 16-A. Nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas nos arts. 42 a 47 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 6º As disposições constantes deste artigo aplicam-se aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.

7 ANKONY, Robert; KELLEY, Thomas. “The impact of perceived alienation on police officers’ sense of mastery and subsequent motivation for proactive enforcement”. Disponível em: <https://doi-org.ez127.periodicos.capes.gov/10.1108/13639519910271193>. Acesso em: 14 jul. 2020.

8 Tradução livre: A força que a pessoa usa causando, ou que a pessoa sabe ou deveria saber que criaria um risco substancial de causar, a morte ou sério dano corporal ou ferimento.

Por outro lado, a referência feita pelo legislador ao art. 23 do Código Penal⁹, que trata das causas de exclusão da ilicitude, se mostra um tanto quanto desnecessária na medida em que será a investigação que definirá se houve, ou não, a sua presença. Logo, pouco importa se é possível cogitar a presença de alguma causa de exclusão da ilicitude no momento da instauração do procedimento investigatório. A verdade é que, havendo ou não a sua incidência, tem aplicação o art. 14-A do CPP.

É importante registrar que o dispositivo mencionado afirma que “o indiciado poderá constituir defensor”. Todavia, embora o legislador tenha usado o verbo “poderá”, a atuação do profissional é indispensável, desde que cumpridos os seguintes requisitos: (i) o investigado¹⁰ integrar alguma das forças policiais referidas no art. 144 da Constituição Federal, (ii) a investigação referir-se a uso de força letal, (iii) a força letal ter sido aplicada em razão do exercício profissional.

Preenchidos tais requisitos, é obrigatória a atuação do defensor, não podendo o investigado dispor da sua atuação. É certo que o dispositivo prestigia a vontade do investigado no sentido de que ele nomeie o defensor de sua confiança, mas, ainda que não haja tal nomeação, isso não significa que a investigação possa ser desenvolvida validamente sem a efetiva atuação de algum defensor.

A redação do art. 14-A, § 1º, do CPP, apresenta pouca técnica, valendo a sua transcrição, a fim de que a mesma possa ser melhor abordada.

§ 1º Para os casos previstos no *caput* deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

O mencionado dispositivo determina que o investigado seja citado para constituir o defensor em 48h a contar do recebimento da citação. Há evidente equívoco técnico do legislador no emprego da palavra “citação”, a qual é definida no art. 238, *caput*, do CPC, como sendo “o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”. Portanto, se a citação é o ato pelo qual o réu é chamado para integrar a relação processual, é imprescindível o exercício

9 Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

10 Embora o legislador tenha usado, sem qualquer critério técnico, os termos “investigado” e “indiciado”, este texto adotará o termo “investigado” porque a atuação do defensor deve ocorrer tão logo instaurada a investigação policial, ou seja, mesmo antes do ato formal de indiciamento do investigado.

do direito de ação, o que, evidentemente, ainda não ocorreu durante a investigação, cujo objetivo é justamente esclarecer os fatos investigados e, se for o caso, obter a justa causa capaz de viabilizar o exercício do direito de ação penal.

Portanto, o mais adequado seria o uso do termo “intimação”¹¹, permitindo que o investigado constitua o seu defensor. A “citação” (na nossa ótica, a “intimação”) dispensa maior formalidade, restando caracterizada quando o investigado é informado quanto à possibilidade de nomeação do seu defensor, de modo que é possível que a mesma seja feita, por exemplo, por telefone, por e-mail ou mesmo por WhatsApp, desde que comprovado que o investigado realmente ficou ciente do seu direito de nomear o defensor. Em se tratando de prazo processual, o art. 798, § 1º, do CPP¹², dispõe que “não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento”. Portanto, embora o legislador tenha preferido fixar o prazo em horas, a verdade é que, sendo dispensado o dia da intimação do investigado, não haverá maior dificuldade para a sua contagem, já que o mesmo se iniciará a 0 (zero) hora do dia seguinte à intimação, decorrendo nos dois dias subsequentes,

A exigência da presença do defensor fica evidente na análise do art. 14-A, § 2º, do Código de Processo Penal, cuja transcrição se faz importante neste momento.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

11 O termo *intimação* está sendo adotado por coerência à maioria dos dispositivos do CPP, os quais desconsideram o entendimento daqueles que distinguem os conceitos de *intimação* (como a ciência de um ato processual já praticado) e de *notificação* (como a ciência de um ato processual a ser praticado). Convém lembrar que, deixando de lado tal critério em várias oportunidades, o Código de Processo Penal menciona o termo *intimação* em 22 dispositivos (artigos 159, 260, 271, 277, 282, 293, 370, 371, 391, 392, 394-A, 399, 406, 420, 422, 432, 461, 551, 564, 570, 587 e 798) e menciona o termo *notificação* em apenas 2 dispositivos (artigos 514 e 570)

12 Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.

§ 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.

§ 2º A terminação dos prazos será certificada nos autos pelo escrivão; será, porém, considerado findo o prazo, ainda que omitida aquela formalidade, se feita a prova do dia em que começou a correr.

§ 3º O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato.

§ 4º Não correrão os prazos, se houver impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária.

§ 5º Salvo os casos expressos, os prazos correrão:

a) da intimação;

b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte;

c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho.

Nessa medida, havendo inércia do investigado devidamente “citado” (para nós, “intimado”), a autoridade policial deverá intimar a instituição à qual o investigado estava vinculado à época dos fatos, a fim de que indique o defensor em 48h. Convém lembrar que, na hipótese de o investigado ter mudado de instituição ou mesmo estar desligado de qualquer instituição, deve ser levada em conta a instituição à qual ele pertencia à época dos fatos. O direito do investigado de ter um defensor surge no momento dos fatos, pouco importando se, depois, ele se desligou da sua instituição. Neste ponto, vale a mesma observação que fizemos quanto à contagem do prazo de 48h.

De outro lado, os §§ 3º, 4º e 5º do art. 14-A do CPP foram vetados. Os três dispositivos diziam respeito à atuação da Defensoria Pública nos casos em que é necessária a atuação do defensor no procedimento investigatório. Para o seu registro, é importante transcrever os respectivos dispositivos vetados.

§ 3º Havendo necessidade de indicação de defensor nos termos do § 2º deste artigo, a defesa caberá preferencialmente à Defensoria Pública, e, nos locais em que ela não estiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente à respectiva competência territorial do procedimento instaurado deverá disponibilizar profissional para acompanhamento e realização de todos os atos relacionados à defesa administrativa do investigado.

§ 4º A indicação do profissional a que se refere o § 3º deste artigo deverá ser precedida de manifestação de que não existe defensor público lotado na área territorial onde tramita o inquérito e com atribuição para nele atuar, hipótese em que poderá ser indicado profissional que não integre os quadros próprios da Administração.

§ 5º Na hipótese de não atuação da Defensoria Pública, os custos com o patrocínio dos interesses dos investigados nos procedimentos de que trata este artigo correrão por conta do orçamento próprio da instituição a que este esteja vinculado à época da ocorrência dos fatos investigados.

O veto de tais dispositivos teve o seguinte teor.

A propositura legislativa, ao prever que os agentes investigados em inquéritos policiais por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional serão defendidos prioritariamente pela Defensoria Pública e, nos locais em que ela não tiver instalada, a União ou a Unidade da Federação correspondente deverá disponibilizar profissional, viola o disposto no art. 5º, inciso LXXIV, combinado com o art. 134, bem como os arts. 131 e 132, todos da Constituição da República, que confere à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados e do Distrito

Federal, também Função Essencial à Justiça, a representação judicial das respectivas unidades federadas, e destas competências constitucionais deriva a competência de representar judicialmente seus agentes públicos, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. ADI 3.022, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 2-8-2004, P, DJ de 4-3-2005).

Na nossa ótica, melhor teria sido a aprovação dos dispositivos vetados, impondo-se a atuação dos defensores públicos, cujo trabalho no dia a dia forense em processos que tratam de tais crimes lhes confere, de forma inquestionável, grande expertise. Além disso, os dispositivos legais vetados dispunham que a defesa caberia preferencialmente à Defensoria Pública, o que não impediria a atuação de outros profissionais. Na verdade, o veto de tais dispositivos não altera o panorama fático porque a preferência que era dada aos defensores públicos deixou de constar na lei processual, mas nada impede a sua atuação nos procedimentos investigatórios, já que não há vedação legal neste sentido. A lei processual ressaltaria a importância da sua atuação. Mas, não havendo óbice legal nesse sentido, a sua atuação permanece recomendável àqueles que não queiram indicar um advogado particular, sendo certo que, à míngua de indicação pelo investigado de um advogado particular, deve ser aplicada a regra geral segundo a qual cabe a atuação da Defensoria Pública.

Por último, antes de examinarmos as questões constitucionais suscitadas pelo novo dispositivo, convém lembrar o teor do art. 14-A, § 6º, do CPP.

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.

Dessa maneira, a mencionada norma dispõe que também devem ter um defensor na fase investigatória os servidores militares vinculados às instituições referidas no art. 142 da Constituição Federal¹³, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem. Tal dispositivo estende a atuação do defensor aos integrantes das Forças Armadas, as quais são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica. Não

13 Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

custa lembrar que a operação da Garantia da Lei e da Ordem nada mais é do que a atuação das Forças Armadas de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, cujo objetivo é a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, quando esgotada a atuação das instituições previstas no art. 144 da Constituição Federal. Em verdade, a Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999, disciplina a atuação das Forças Armadas nessas situações excepcionais. Veja-se que, nesses casos, preenchidos os demais requisitos já abordados no art. 14-A do CPP, é forçosa a atuação do defensor na fase de investigação.

É esse o panorama apresentado pela novidade legislativa, o qual deve provocar a reflexão atenta ao texto constitucional, a fim de que se possa definir se, observado o novo comando processual, as provas¹⁴ produzidas na fase de investigação passam a ser aptas à valoração do juiz no momento da prolação da sentença.

A mencionada reflexão é necessária porque, diante do novo texto processual, o primeiro impulso interpretativo é no sentido de concluir que o art. 14-A do CPP, nas situações em que deve incidir, passou a garantir a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que, na nossa ótica, não corresponde sequer à realidade teórica e muito menos corresponde à realidade do dia a dia dos profissionais do Direito.

“A observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, na forma prevista e esperada pelo constituinte, há de ser efetiva, não se podendo reconhecer que a presença de um defensor, por si só, seja capaz de atender ao comando constitucional.”

4. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Não há qualquer novidade na afirmação segundo a qual o art. 5º, LV, da Constituição Federal, prevê os princípios do contraditório e da ampla defesa, dispondo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

14 Este texto adota o termo “prova” englobando os elementos colhidos na fase policial e também os elementos colhidos na fase judicial.

Nesse contexto, dentre as muitas definições dos chamados “princípios jurídicos” apresentadas pela doutrina, apenas para que se possa destacar a sua importância, adotamos aquela referida por CÍCERO GERMANO DA COSTA¹⁵, segundo o qual os princípios são “as vigas mestras ou os baldrames de um ordenamento jurídico”. Nessa medida, MARCO AURÉLIO GONÇALVES FERREIRA¹⁶, também enfatizando a sua relevância, corretamente afirma que “os princípios constitucionais erigem-se ao topo da dogmática jurídica como ordenadores de todo o sistema normativo”.

A observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, na forma prevista e esperada pelo constituinte, há de ser efetiva, não se podendo reconhecer que a presença de um defensor, por si só, seja capaz de atender ao comando constitucional.

Não é de hoje que a doutrina¹⁷ ressalta a importância da atuação defensiva no inquérito policial, sobretudo nos atos que impõem a direta participação do investigado, mas tal participação defensiva, por si só, não significa o respeito integral a tais princípios.

Veja-se que, em verdade, para a devida compreensão da incidência, ou não, dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase policial, conforme adverte ANDREA MARIA NESSRALLA BAHURY¹⁸, é fundamental examinar todo o conjunto dos atos realizados pela autoridade policial, de forma que a presença do defensor em um ou em outro momento investigativo não pode levar à conclusão no sentido de que tais princípios foram observados na intensidade esperada pelo constituinte.

A nossa preocupação é levar à reflexão o intérprete mais ingênuo da novidade legislativa, a fim de que perceba que a evolução ocorrida com a obrigatoriedade da presença do defensor no inquérito policial, ao menos nos casos já referidos, não significa a efetiva observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não somos pessimistas a ponto de considerar a novidade um retrocesso, conforme sustentado por RENATO SILVESTRE MARINHO¹⁹, mas somos realistas e entendemos que alguns importantes aspectos justificam o nosso entendimento. O que verdadeiramente se percebe é que, além da função fiscalizadora da investigação a ser

15 COSTA, Cícero Germano da. **O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar e o princípio da segurança jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2005.

16 FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves Ferreira. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 57.

17 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 69-70.

18 BAHURY, Andrea Maria Nessralla. **A ausência de efetiva ampla defesa e o comprometimento do devido processo legal**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/RJ, Rio de Janeiro, 2016.

19 MARINHO, Renato Silvestre. “Presença obrigatória do defensor no pacote ‘anticrime’ é um retrocesso”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-03/marinho-presenca-obrigatoria-defensor-investigacoes>. Acesso em: 14 jul. 2020.

exercida pelo Ministério Público, conforme há muito ressalta AFRÂNIO SILVA JARDIM²⁰, a novidade legislativa em análise tem o mérito de tornar a Defesa um outro fiscal do trabalho investigatório. Entretanto, na nossa avaliação, o legislador devia ter sido mais contundente, caso efetivamente quisesse observar as garantias constitucionais.

Não se pode criticar a iniciativa do legislador no sentido de conferir maior atuação do investigado e da sua Defesa no procedimento que busca esclarecer os fatos que, em tese, o mesmo praticou, sobretudo em razão da atuação fiscalizadora já aludida.

Mas é importante ressaltar – ainda que por mais uma vez – que a mudança trazida pelo Pacote Anticrime não revela a efetiva observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que significa dizer, sob o ponto de vista prático, que os elementos obtidos durante a investigação com a atuação do defensor têm o mesmo peso probatório que os elementos obtidos durante a investigação sem a atuação do defensor, merecendo idêntica observância o art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal²¹. Não custa registrar que este texto não se destina a examinar propriamente a redação do mencionado art. 155, *caput*, da lei processual penal, o que, certamente, constitui interessante estudo, aliás já feito por ANDRÉ ROCHA SAMPAIO²². O propósito destas linhas é tão somente enfatizar a ausência de mudança na sua interpretação como consequência do art. 14-A do Código de Processo Penal.

Em outras palavras, nos casos referidos no art. 14-A do CPP, não se pode afirmar que as provas produzidas na investigação, por si sós, sejam aptas para embasar a prolação da sentença. A situação do investigado melhorou, mas não atingiu o nível esperado pela Constituição Federal.

O fato de um defensor acompanhar a investigação é positivo para todos os envolvidos, partindo-se da premissa de que todos os operadores do Direito desejem atuar em conformidade com o ordenamento jurídico. Mas a lei processual não definiu, ao certo, de que forma o defensor deverá atuar.

O legislador não definiu, por exemplo, se a Defesa pode fazer perguntas às testemunhas ou mesmo se o defensor poderá indicar testemunhas a serem ouvidas na investigação. O legislador também não definiu, por exemplo, se o defensor pode requerer a realização de diligências. A rigor, apenas é possível concluir que o defensor deve acompanhar as oitivas e as diligências a serem realizadas por iniciativa da autoridade policial.

20 JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 321.

21 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

22 SAMPAIO, André Rocha. **A onipresença processual dos atos de investigação como sintoma biopolítico**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, Porta Alegre, 2015.

É importante lembrar que, não obstante a inserção do art. 14-A na lei processual penal, o seu art. 14 continua tendo aplicação a todos os procedimentos investigativos, de modo que a autoridade policial permanece na presidência da investigação e, portanto, pode definir pela produção, ou não, de qualquer prova cuja efetivação tenha sido requerida pelo indiciado ou pelo seu defensor²³. Em verdade, seja sem a atuação de um defensor, seja com a atuação de um defensor, tem razão Renato Gavião²⁴ quando destaca os resquícios inquisitórios ainda presentes no inquérito policial, os quais não se resolvem com a mudança agora operada no art. 14-A do Código de Processo Penal.

O curioso é que o legislador se preocupou em criar um novo personagem obrigatório na fase investigativa – o defensor do investigado – justamente nos procedimentos nos quais a pessoa que supostamente praticou a infração penal compõe um dos “órgãos da segurança

“A situação do investigado melhorou, mas não atingiu o nível esperado pela Constituição Federal.”

pública” previstos no art. 144 da Constituição Federal. Se é certo que, em muitos aspectos, o Direito brigou com a realidade, é sempre conveniente observar a realidade fática, ou seja, verificar o que efetivamente ocorre no dia a dia dos operadores do Direito.

Tal constatação revela que os integrantes dos “órgãos da segurança pública”, quando investigados em algum procedimento policial, não compõem o grupo das pessoas mais vulneráveis nesta situação, seja porque passam a lidar com colegas, ou seja, com outros atores que igualmente compõem algum órgão da segurança pública, seja porque em muitas oportunidades são assistidos por Advogados que, corretamente, são contratados pelos próprios investigados ou por órgãos de classes das respectivas instituições.

Veja-se que tal constatação não consiste em qualquer lamento, mas sim no registro daquilo que ocorre em muitas oportunidades. Ademais, conforme já foi assinalado, o fato de o investigado ter um defensor na fase policial – que tenha sido por ele voluntariamente nomeado ou que tenha sido constituído por imposição legal – em nada prejudica quem deseja trabalhar em consonância com o ordenamento jurídico em vigor. Na verdade, a constatação que se faz apenas salienta a opção do legislador que, a rigor, não foi direcionada àqueles que, em geral, ficam em situação

23 Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

24 GAVIÃO, Renato. **O inquérito policial no Brasil e seus conceitos**: questões de validade entre a forma e o conteúdo. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM, Pouso Alegre, 2015.

mais vulnerável na fase investigatória, quais sejam, as pessoas que não integram qualquer dos “órgãos da segurança pública” e que não têm meios financeiros para constituir um defensor durante as investigações.

Feito esse registro, há outra questão da maior importância a ser abordada, a qual se relaciona ao respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mais especificamente materializados na observância da correlação que deve existir entre os fatos imputados ao réu e os fatos que devem ser julgados pelo magistrado.

Nesse ponto particular, o respeito à mencionada congruência é de fundamental importância, sem o qual não se pode falar em contraditório ou ampla defesa. Isso porque na fase policial ainda não se tem – e não se poderia ter – a acusação devidamente formalizada. Seria um contrassenso exigir tal formalização no momento em que os fatos inicialmente noticiados à autoridade policial ainda estão sendo investigados. Não se pode inverter a lógica. É preciso investigar para, depois, acusar. Não se pode acusar para, depois, investigar.

Dessa maneira, ainda que se permita ao defensor elaborar perguntas às testemunhas a serem ouvidas em sede policial ou mesmo se permita que ele indique as testemunhas a serem inquiridas, a falta de uma acusação formal inviabiliza a elaboração das perguntas pertinentes ou, pelo menos, dificulta o correto esgotamento das perguntas que podem ser feitas quando, em juízo, à luz da denúncia ou da queixa-crime, o defensor tem a oportunidade de elaborá-las.

Por consequência, se as provas orais produzidas no inquérito policial não são capazes de viabilizar a observância da congruência porque se desconhece a acusação formal que será feita, não se pode falar em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Logo, a presença do defensor durante a fase de investigação – ainda que se admita que ele faça perguntas às testemunhas – não é suficiente para conferir a tais depoimentos o mesmo *status* das declarações prestadas em juízo, estas sim tomadas com a plena observância do texto constitucional e, portanto, aptas a serem valoradas por oportunidade da prolação da sentença.

5. CONCLUSÃO

Diante dos pontos acima mencionados, na nossa visão, a inclusão do art. 14-A no Código de Processo Penal não deve levar à conclusão no sentido de que esteja solucionada a situação que afeta a precariedade probatória durante a investigação policial. Sem dúvida, a presença do defensor constitui um avanço.

Mas a verdade é que o legislador podia ter ido mais longe, prevendo, por exemplo, a efetiva forma de atuação do defensor, indicando os momentos nos quais ele

deve atuar, as diligências que ele pode requerer e as testemunhas cujas oitivas ele pode pleitear.

Além disso, não se compreende a timidez legislativa. Se o texto legal partiu da premissa segundo a qual é conveniente e oportuna a atuação do defensor na fase policial para que sejam asseguradas as garantias constitucionais – como já dissemos, não é essa a nossa ótica –, não há qualquer justificativa para a omissão legislativa relativa a todas as demais investigações policiais.

Se prevalecer a lógica apresentada pelo legislador, seria criada uma verdadeira hierarquia entre os investigados, colocando-se em um patamar superior aqueles que se adequam às situações previstas no art. 14-A do Código de Processo Penal e, de outro lado, colocando-se em um patamar inferior todos aqueles que não se adequam às situações previstas no mencionado dispositivo legal. A mencionada hierarquização dos investigados, além de não encontrar qualquer lógica, em nada acrescentaria para o término ou mesmo para a diminuição dos muitos pontos sensíveis ainda existentes na investigação policial.

Em outras palavras, reconhecemos que houve um avanço na legislação processual penal porque a atuação do defensor na fase de investigação contribui para reforçar a necessidade da irrestrita observação de todo o ordenamento jurídico. Talvez a atuação do defensor na fase investigativa comece a criar uma mudança na nossa cultura no sentido de termos – em algum momento – uma investigação criminal verdadeiramente constitucional, conforme bem adverte EMERSON GHIRARDELLI COELHO²⁵, o que seria ótimo. Mas lamentamos que o referido avanço não tenha sido em maior extensão.

25 COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação criminal constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2016.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANKONY, Robert; KELLEY, Thomas. "The impact of perceived alienation on police officers' sense of mastery and subsequent motivation for proactive enforcement". Disponível em: <https://doi-org.ez127.periodicos.capes.gov/10.1108/13639519910271193>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- BAHURY, Andrea Maria Nessralla. **A ausência de efetiva ampla defesa e o comprometimento do devido processo legal**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC/RJ, Rio de Janeiro, 2016.
- COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação criminal constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2016.
- COSTA, Cícero Germano da. **O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar e o princípio da segurança jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, São Paulo, 2005.
- COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco. "O pacote anticrime: as liminares dos Ministros Toffoli e Fux". Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-pacote-anticrime-as-liminares-dos-ministros-toffoli-e-fux>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves Ferreira. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- GAVIÃO, Renato. **O inquérito policial no Brasil e seus conceitos: questões de validade entre a forma e o conteúdo**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM, Pouso Alegre, 2015.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- MARINHO, Renato Silvestre. "Presença obrigatória do defensor no pacote 'anticrime' é um retrocesso". Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-03/marinho-presenca-obrigatoria-defensor-investigacoes>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- SAMPAIO, André Rocha. **A onipresença processual dos atos de investigação como sintoma biopolítico**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, Porto Alegre, 2015.

Evolução doutrinária e jurisprudencial dos danos materiais nos 20 anos do Código Civil

PAULO MAXIMILIAN*

Introdução. 1. A primeira grande classificação dos danos. 2. Os danos patrimoniais (materiais) em sua clássica distinção. 3. Uma primeira evolução: a diferença entre ganhar e lucrar. 4. Segunda evolução: o pedido de perdas e danos ganha novos contornos com a adoção da Teoria da Perda de uma Chance. 5. Terceira evolução: como indenizar o ilícito que não gera dano (propriamente dito)? Conclusão.

Introdução

Busca-se com o presente estudo uma análise dos “danos materiais” nos (primeiros) vinte anos de vigência do Código Civil, apontando e explicando as principais alterações nos campos doutrinário e jurisprudencial.

Para tanto, em pesquisa preliminar sobre a evolução (somente com dados posteriores a Lei nº 10.406/02), encontrou-se com as palavras “danos” e “indenizações”, nada menos do que 80 (oitenta) Enunciados das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹ e 28 (vinte e oito) Súmulas do Superior Tribunal de Justiça².

Mas, para que se possa dimensionar a importância do assunto, qual seja, a clara compreensão dos danos materiais, com suas espécies e limitações, torna-se útil a repetição, em parte, da introdução utilizada em outro artigo³, datado de 2009, quando se demonstrou que é bastante comum escutar de pessoas juridicamente leigas expressões e indagações (algumas como manifestação de perplexidade!) acerca da demora na resolução de ações indenizatórias com “pano de fundo” extremamente simples, como por exemplo, crimes confessos, negativas indevidas reincidentes, acidentes automobilísticos, descumprimento de contratos, erros médicos crassos, etc.

* Mestre em Direito. Professor da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ) e do Programa de Pós-graduação em Direito Privado da PUC-RJ. Sócio de Chalfin, Goldberg e Vainboim Advogados Associados. Autor de livros e artigos.

1 **JORNADA 1** - 5, 15, 27, 31, 37, 38, 44, 45, 46, 50, 92: **JORNADA 3** - 140, 159, 162, 163, 164, 181, 189, 190, 192: **JORNADA 4** - 275, 373, 377, 378, 379, 380: **JORNADA 5** - 398, 399, 400, 404, 405, 411, 426, 437, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460: **JORNADA 6** - 531, 532, 539, 540, 544, 546, 548, 550, 551, 552, 554, 555, 557, 558, 559, 560, 561, 562: **JORNADA 7** - 576, 579, 580, 585, 587, 588, 589, 592: **JORNADA 8** - 629, 630, 631.

2 **Súmulas do STJ**: 326, 335, 362, 385, 402, 403, 420, 426, 463, 474, 475, 476, 479, 498, 537, 544, 572, 573, 595, 615, 616, 619, 620, 624, 632, 638, 642 e 647.

3 MAXIMILIAN, Paulo. “A Teoria da Perda da Chance como solução para o “se” indenizável”. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 48, 2009, pp. 87-101.

Muitas das vezes o questionamento é direcionado à própria inércia do autor do fato: “Se ele fez mesmo, porque não paga e resolve logo isso?”.

Resume-se a resposta a dois fatores principais: 1) a demora jurisdicional propriamente dita (excesso de recursos e medidas protelatórias) que seduz com a possibilidade de adiar o pagamento a um “futuro distante” e, 2) as sempre existentes discussões acerca do *quantum debeatur*, isto é, a liquidação do dano.

É, em parte, com esse segundo aspecto que o presente artigo se preocupará, pois a experiência prática demonstra que, por diversas vezes, os causadores dos danos até tentam a celebração de acordos, não alcançando justamente pela enorme diferença na percepção de “o que compreende o dano? o que deve ser indenizado?”.

E, então, passados 20 (vinte) anos da entrada em vigor do Código Civil, será que houve alguma mudança?

1. A primeira grande classificação dos danos

O dano, assim como a culpa e o nexo causal, é um elemento determinante da responsabilidade civil, assumindo um papel preponderante e indispensável ao surgimento da obrigação de indenizar. É possível a existência de indenização sem culpa (nos casos de responsabilidade objetiva), mas não de indenização sem dano, o que indicaria, sem dúvida, um enriquecimento sem causa para quem a recebesse⁴.

Contudo nem sempre foi assim, pois, antes da plena aceitação da reparabilidade dos danos morais, adotava-se a *teoria da diferença* que conceituava o dano como resultado de uma operação de subtração entre o patrimônio da vítima antes e depois do fato gerador. Após décadas de polêmicas, aceitou-se a reparação moral, e, com isso, a *teoria do interesse*, segundo a qual o dano passou a ser considerado a lesão de um interesse juridicamente protegido.⁵

Hodiernamente, considerando-se o efeito da lesão e o caráter de sua repercussão sobre o lesado, os danos podem ser divididos em duas espécies: Danos patrimoniais (materiais) e Danos extrapatrimoniais (morais).

Neste artigo, repita-se, o conteúdo estará limitado aos danos patrimoniais.

4 “Dano é prejuízo. É diminuição de patrimônio ou detrimento a afeições legítimas. Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais, pode ser considerado dano. O dano é um mal, um desvalor ou contravalor, algo que se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual gozávamos ou nos aproveitávamos, que era nossa integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimos ou novas incorporações”. (JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad Civil*, p. 21.)

5 CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 71.

2. Os danos patrimoniais (materiais) em sua clássica distinção

Os danos materiais – também chamados patrimoniais – são aqueles quantificados em dinheiro, pois refletem, por natureza, parte do patrimônio da vítima. Sua principal característica é a possibilidade de, com o ressarcimento, restaurar-se o *status quo ante*, isto é, após o pagamento da indenização o agente (violador de um direito) terá recomposto o patrimônio da vítima na exata proporção configurada anteriormente ao evento danoso.

Enquanto para a distinção entre materiais e morais se utiliza o critério de atingimento ao patrimônio (coisas) ou à pessoa (honra e sentimentos), para a separação e classificação dos danos materiais se utiliza do critério dano presente e dano futuro, encontrando duas (grandes) espécies com suas correspondentes subdivisões que, de acordo com AGUIAR DIAS, “podem coincidir, assim como podem ocorrer distinta e insuladamente, conforme o caso concreto”⁶.

Os danos emergentes (também chamados prejuízos diretos) são os prejuízos efetivamente ocorridos, causando a diminuição no patrimônio. No tocante à mensuração e exemplificação, adota-se a preciosa lição de SERGIO CAVALIERI FILHO:

A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo singelo, num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o integral valor do veículo. Mas, tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto, e assim por diante. Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a *restitutio in integrum*.⁷

Os lucros cessantes (também chamados prejuízos indiretos ou lucros frustrados) estão previstos no artigo 402 do Código Civil, o qual garante a indenização não só do efetivamente perdido, como também do que razoavelmente se teria ganho, caso o dano não tivesse ocorrido. O lucro cessante, para ser indenizável, deve ser fundado em bases seguras, de modo a não compreender os lucros remotos, hipotéticos ou imaginários. Nesse sentido, o ensinamento de PONTES DE MIRANDA (**Tratado de Direito Privado**. t. XXV, p. 23): “Para que ocorra o direito aos lucros cessantes, a título de perdas e danos, deve-se comprovar haver, com certeza, algo a ganhar, uma vez que só se perde o que se deixa de ganhar”.

6 AGUIAR DIAS, José de. Repertório **Enciclopédico do Direito Brasileiro**. Borsó, Rio, v. 14, p. 221 *apud* STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação jurisprudencial**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 654.

7 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 72.

É facilmente encontrada na doutrina⁸ e jurisprudência⁹ a distinção entre o chamado “dano indenizável” (que justifica o pagamento dos lucros cessantes) e o “dano hipotético”, sendo que este sempre foi afastado na fase de liquidação, pois a incerteza da sua ocorrência serve, *de per se*, para considerá-los indevidos. Como, então, distinguir um “dano hipotético” de um “lucro cessante”? A resposta de todos é a mesma: por lucros cessantes se entende o que a pessoa “razoavelmente deixou de ganhar”.

3. Uma primeira evolução: A diferença entre ganhar e lucrar

Seria, ainda hoje, correta a utilização do termo “ganhar”?

E nesse ponto se identifica um aprimoramento na aplicação dos conceitos pela jurisprudência, vez que se em momentos anteriores somente se falava em “ganhar”, no sentido de faturar, hoje em dia já se tem bem clara a noção do que o certo não é ganhar/faturar, mas sim “lucrar”.

Explica-se por meio daquele que talvez seja o exemplo mais comum nas salas de aula, o do motorista de táxi que teve seu veículo abalroado em acidente pelo qual não fora culpado e teve que deixar o bem na oficina por alguns dias para conserto. E, com a superficialidade que, via de regra, o assunto é tratado nas turmas de graduação, explica-se que se o taxista faturava R\$ 200,00 (duzentos Reais) por dia e ficou 5 (cinco) dias sem “rodar com o carro”, teria direito a lucros cessantes de R\$ 1.000,00. Tudo muito simples, ou melhor, simplista¹⁰.

“O dano (...) é um elemento determinante da responsabilidade civil, assumindo um papel preponderante e indispensável ao surgimento da obrigação de indenizar.”

8 “O prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação. Com isso, se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação” (JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *op. cit.*, p. 221).

9 Agravo Interno. Agravo em Recurso Especial. (...) Lucros cessantes resultantes de cogitado empreendimento imobiliário frustrado. Danos hipotéticos. Arts. 402 e 403 do CC/2002. (...) 3. Os artigos 402 e 403 do Código Civil estabelecem que o cálculo dos lucros cessantes deve ser efetuado com razoabilidade, devendo corresponder à perda do lucro que resulte direta e imediatamente da inexecução do pacto. 4. A jurisprudência do STJ não admite a indenização de lucros cessantes sem comprovação, rejeitando os lucros hipotéticos, remotos ou presumidos, incluídos nessa categoria os lucros que supostamente seriam gerados pela rentabilidade de atividade empresarial que sequer foi iniciada. Precedentes. (...) 6. Recurso especial provido para reformar o acórdão estadual, a fim de excluir do cálculo da indenização os lucros cessantes decorrentes do aventado empreendimento imobiliário, e para afastar a multa imposta pelo juízo singular nos embargos declaratórios. (STJ – 4ª Turma, AgInt no AREsp 964.233/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 04.04.2017, DJe 23.05.2017)

10 O simplista deixa de lado aspectos fundamentais para pensar, agir ou atingir objetivos, enquanto o simples tem a capacidade de filtrar aquilo que realmente importa daquilo que não acrescenta valor.

Isso porque, ainda que não haja absoluta certeza quanto aos valores¹¹, o entendimento correto não é no sentido de analisar e computar os ganhos, mas sim os lucros, ou seja, os ganhos com os descontos dos custos inerentes ao desempenho da atividade (combustível, impostos, seguro, depreciação, etc.) e talvez, no caso dos motoristas de táxi, nada mais genuíno do que as declarações de imposto de renda e as pesquisas efetuadas junto às cooperativas e sindicatos para estimar qual seria o “lucro”¹².

E, como dito, nesse ponto a jurisprudência evoluiu, sendo possível encontrar em rápida pesquisa, várias decisões diferenciando o “ganhar/faturar” do “lucrar”:

Processual civil e civil. Agravo Interno. Lucros cessantes e faturamento. Prejuízos de grande porte em razão de investigação policial. Responsabilização do estado. Súmula 7/STJ. 1. O Tribunal de origem acompanhou o entendimento do STJ no sentido de que **o faturamento não corresponde aos lucros cessantes, devendo considerar diversas variantes, dentre elas o custo para execução do contrato.** Precedentes: AgInt. no REsp. 1689883/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 14/06/2019, REsp. 1253909/ES, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 29/08/2017, AgRg. no AREsp. 713.198/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 11/12/2015. 2. Impossível afastar a incidência da Súmula 7/STJ uma vez que não compete ao STJ analisar as "variantes de mercado" e documentos juntados aos autos, conforme decidido pelo Tribunal de origem. 3. Agravo interno não provido. **(STJ – 2ª Turma, AgInt. no REsp. 1.730.398/PA, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20.08.2019, DJe 20.09.2019)**

Agravo Interno no Recurso Especial. Civil e Processual Civil. Indenização. Perdas e danos. (...) Valor da indenização. Razoabilidade. Súmula nº 7/STJ. Lucros cessantes. Cabimento na hipótese. (...) 7. Hipótese em que os lucros cessantes decorrentes da extinção prematura da relação contratual por culpa da ré estão limitados ao período de vigência do último contrato celebrado entre as partes litigantes, **tendo o tribunal local tomado a devida cautela**

- 11 “A própria codificação admite, portanto, a intromissão de um juízo hipotético na delimitação dos prejuízos sofridos pela vítima. Em exemplo corriqueiro, o motorista de táxi que tem seu veículo danificado em uma colisão provocada culposamente por outro motorista faz jus à indenização não apenas pelo custo do reparo (dano emergente), mas também pelo que “razoavelmente deixou de lucrar” durante a semana que o carro ficou na oficina. A experiência pregressa permite demonstrar qual a média semanal de ganhos com a circulação do táxi, de onde se extrai o valor da indenização pelos lucros cessantes. Trata-se de prejuízo certo? De modo algum. O taxista poderia se adoentar, o veículo poderia apresentar falha mecânica, o movimento de passageiros poderia naquela semana ser bem inferior à média. Aquele grau de probabilidade, contudo, é considerado suficiente para que o dano seja indenizado.” (SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, fls. 195)
- 12 Apelação cível. Ação indenizatória de lucros cessantes, danos materiais e morais. Acidente de trânsito envolvendo veículo táxi e coletivo. (...) Lucros cessantes devidos (16.8.16 a 19.08.16) pelo período em que ficou sem atividade. Valor da diária calculada de acordo com valores informados na declaração de imposto de renda. Mês de referência agosto/16. Diária apurada de R\$ 240,00, totalizando R\$ 720,000 (setecentos e vinte reais) pelos 03 dias. (...) Decisão que se reforma em parte. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. Parcial provimento dos recursos. **(TJRJ – 11ª Câ., Apel. 0043258-87.2016.8.19.0004, Rel. Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, j. 1º/12/2020)**; Apelação Cível. Acidente de trânsito. Colisão entre ônibus e táxi. (...) 4. Lucros cessantes calculados com base na renda mensal declarada no imposto de renda e o período em que o táxi ficou parado na oficina. **(TJRJ – 12ª Câ., Apel. 0038768-62.2015.8.19.0002, Rel. Des. Cherubin Helcias Schwartz Junior, j. 30/04/2019)**

para que o valor dessa parcela correspondesse ao faturamento líquido da autora no período considerado, descontados os custos operacionais de sua atividade. 8. Agravo interno não provido. (STJ – 3ª Turma, AgInt no REsp. 1.689.883/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 14/06/2019) Recurso Especial. Trânsito. Acidente. Lucros cessantes. Artigo 1.059, do CC/16. Liquidação. Arbitramento. (...) Faturamento bruto do contrato. Custos da atividade econômica. Termo final. Vida útil do bem. Provento. (...) 3. No cálculo dos lucros cessantes, não pode deixar de ser considerado que, para o exercício de qualquer atividade econômica, é necessário incorrer em custos. Assim, o faturamento bruto do contrato não corresponde aos lucros cessantes, porque dele deve ser abatido o custo necessário para a execução do contrato. 4. Recurso especial provido. (STJ – 4ª Turma, REsp. 1.253.909/ES, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 29/08/2017)¹³

Mas, mesmo com tal análise (já aprimorada), havia uma lacuna a preencher nos casos em que ocorria um fato capaz de gerar danos, mas não se poderia classificar a possibilidade de lucro como certa, e nem como razoável, mas tão somente como possível, dependendo de algo incerto. Justamente nesse ponto, avançou a doutrina, trazendo e incorporando uma novidade ao cenário jurídico, a perda de uma chance.

4. Segunda evolução: o pedido de perdas e danos ganha novos contornos com a adoção da Teoria da Perda de uma Chance

Diante de situações incertas (será que isso ocorreria? Será que aquilo daria certo? Havia chance mesmo de ele se tornar um campeão?) caberá ao julgador (munido sempre do senso de razoabilidade), buscar nos conceitos de possibilidade, verossimilhança e probabilidade¹⁴, a “resposta” – ou a melhor presunção – sobre o contexto fático alegado nos autos, pois, “aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto

13 No mesmo sentido: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COLISÃO ENTRE VEÍCULOS. DANO MORAL BEM ARBITRADO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. ARBITRAMENTO. (...) 3. Lucros cessantes que "consistem naquilo que o lesado deixou razoavelmente de lucrar como consequência direta do evento danoso (Código Civil, art. 402)" (REsp. 1110417/MA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 28/04/2011), afigurando-se indispensável a demonstração da diminuição do lucro, sendo certo que a referida verba (lucros cessantes) não se confunde com o faturamento da atividade empresarial desenvolvida. Prova que não foi produzida nos autos, sendo certo que, embora demonstrada a interrupção da atuação, não há prova dos valores em média auferidos pela autora no desenvolvimento da atividade informal, resultando inviável a mensuração do alegado dano. (...) (TJRJ – 12ª Câmara, Apel. 0015547-98.2016.8.19.0007, Rel. Des. José Acir Lessa Giordani, j. 23.02.2021)

14 “Calamandrei, notando que é difícil estabelecer uma precisa diferença entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, esclarece que possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro. Pondera mais que, se se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que as três qualificações (possível, verossímil e provável), constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro. E, conclui: ‘quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer é possível; e quem diz que é provável, está mais avançado do que quem diz que é verossímil, já que vai mais além da aparência e começa a admitir que há argumento para fazer crer que a aparência corresponde à realidade’” (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, p. 127, CEBEPEJ, São Paulo, 2ª ed., 1999).

de certeza absoluta”¹⁵. Entra em cena nesse momento um fator essencial: a regra ordinária de experiência comum dos magistrados.

A perda de uma chance, segundo PHILIPPE LE TOURNEAU¹⁶, citado por ROBERTO DE ABREU E SILVA¹⁷ se constitui “(...) por vezes um prejuízo indenizável enquanto que uma hipótese, uma pura hipótese, não seria causa de um dano, ou somente de uma eventualidade de dano não reparável. Define a perda de uma chance como a desaparecimento da probabilidade de um evento favorável quando esta chance aparece suficientemente séria.”

Embora a referida teoria tenha tido seu estudo iniciado na Itália, em 1940, por intermédio do Professor GIOVANNI PACCHIONI¹⁸, da Universtità de Milano, o pioneirismo na aplicação jurisprudencial coube à França¹⁹, nos idos de 1960²⁰, tendo sido utilizada a teoria da *perte d’une chance* para os casos em que o ato ilícito retirava da vítima a possibilidade de obtenção de melhoria em sua situação futura.

No Brasil, mesmo tendo registro da utilização pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ainda em 2004, no caso do trágico acidente de ônibus envolvendo a delegação da seleção brasileira de ginástica olímpica²¹, com certeza seu desco-

15 MAURIZIO BOCCHIOLA, “Perdita di una chance e certezza del danno”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno XXX, p. 60, 1976, *apud* SERGIO SAVI, **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**, São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.

16 PHILIPPE TOURNEAU. **Droit de la responsabilité**, n. 669/676, Paris: Dalloz, 1998, pp. 213/215.

17 ROBERTO DE ABREU E SILVA. “A teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil”. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 36, 2006, p. 37.

18 GIOVANNI PACCHIONI, “Diritto Civile Italiano”, parte seconda: “Diritto delle obbligazioni”, v. IV: “Delitti e Quase Delitti”, Padova: Cedam, 1940, p. 109-115 *apud* SERGIO SAVI, SERGIO SAVI *op. cit.*, p. 7.

19 “O julgado que inaugurou a jurisprudência francesa adveio da 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, de 17/7/1964, sobre fato ocorrido no ano de 1957. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se, logo em sede de 1ª instância, que entre o erro do médico e as graves consequências (invalidez) do menor não se podia estabelecer de modo preciso um nexo de causalidade. A Corte de Cassação assentou que: ‘Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade’. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação do fato de o médico haver perdido uma ‘chance’ de agir de modo diverso – e condenou-o a uma indenização de 65.000 francos.” (KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 46)

20 Na Itália, o *leading case* somente ocorreu em 1983. “Uma empresa denominada Stefer convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motorista que iam compor o seu quadro de funcionários. Após terem se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos pela Stefer de participar das demais provas (de direção e de cultura elementar) que seriam necessárias à conclusão do processo de admissão. (...) A Corte di Cassazione cassou a decisão do apelo e confirmou a sentença de primeiro grau de jurisdição que havia reconhecido aos trabalhadores o dano da perda da chance, consistente na perda da possibilidade de conseguir o emprego em razão de não terem feito as demais provas necessárias à admissão.” (PATRIZIA PETRELLI. “Causalità e Perdita di Chances”, in **I grandi Orientamenti della Giurisprudenza Civile e Commerciale...** Padova: CEDAM, 1999, p. 303, *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 25)

21 RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE TRANSPORTE. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM COLETIVO. NATUREZA OBJETIVA DA RESPONSABILIDADE. FORTUITO INTERNO. DABO E NAXO CAUSAL COMPROVADOS. (...) 4- Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos de uma pessoa, configura-se o dano moral passível de indenização, hipótese que se faz presente nas angústias da autora em

brimento restou impulsionado pela belíssima obra de SERGIO SAVI²², que não só apresentou judiciosa pesquisa histórica, como também propagou a adoção da perda de uma chance pelo E. Superior Tribunal de Justiça, já em 2005, no famoso caso do Show do Milhão:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. **(STJ – 4ª Turma, REsp. 788.459-BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 08.11.2005)**

E, com a “popularização” da teoria, logo surgiram muitos outros casos, com temáticas diversas, decididos sob a fundamentação da perda de uma chance²³, bem como algumas controvérsias, pois, no que tange à natureza jurídica, restou dividida a melhor doutrina, vez que alguns defendem o enquadramento como espécie

um hospital, o risco da morte a que fora submetida e pela perda de uma chance promissora como atleta. NEGADO PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS. (TJRJ – 16ª Câmara, Apel. 2004.001.02939, Rel. Des. Antônio Saldanha Palheiro, j. 18.05.2004). **CONSTOU DO V. ACÓRDÃO:** “O dano futuro, considerado como perda da chance, é também certo e indenizável. Coloca-se a perda da chance na frustração de uma oportunidade em que seria obtido um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito. A oportunidade que é frustrada não é o benefício aguardado, mas a simples probabilidade de que esse benefício surgiria. Na hipótese, a documentação anexada aos autos demonstra que a vítima tinha carreira promissora a lhe esperar, em especial pelo seu passado glorioso como ginasta e pelos depoimentos de especialistas em ginástica olímpica feminina”.

22 SERGIO SAVI, **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**, São Paulo: Atlas, 2006.

23 Prescrição de remédio equivocado que retardou o início do tratamento adequado para a doença, diminuindo sua possibilidade de cura. (TJRJ – 17ª Câmara, Apel. 2005.001.44557, Rel. Des. Edson Vasconcelos, j. 08/03/2006); Franquia. Descumprimento de contrato e cancelamento da concessão após realização de todo o estudo e projeto de viabilização do negócio. (TJRJ – 5ª Câmara, Apel. 2007.001.47396, Rel. Des. Cristina Gaulia, j. 26/09/2007); Desídia em serviços de advogados que não interuseram o recurso cabível em outra demanda. (TJRJ – 1ª Câmara, Apel. 2008.001.03832, Rel. JDS. Des. Myriam Medeiros, j. 01/04/2008); Falha em contrato de transporte de integrantes de escola de samba em dia de desfile de carnaval. Atraso na chegada ao desfile que ocorreu com número reduzido de componentes, gerando perda de pontos e possivelmente tendo sido a causa do rebaixamento da agremiação. (TJRJ – 18ª Câmara, Apel. 2007.001.64967, Rel. Des. Rogério Oliveira de Souza, j. 22/07/2008); Plano de Saúde. Falha em serviço de resgate. Redução na possibilidade de salvamento do segurado infartado que aguardou longo período de tempo até ser resgatado por ambulância do corpo de bombeiros. (TJRJ – 20ª Câmara, Apel. 2008.001.27438, Rel. Des. Odete Knaack de Souza, j. 05/11/2008); Falha em diagnóstico da qual possivelmente adveio a perda de visão da parte Autora. (TJRJ – 2ª Câmara, Apel. 2009.001.01653, Rel. Des. Heleno Ribeiro P. Nunes, j. 04/02/2009).

de danos emergentes²⁴, lucros cessantes (AGUIAR DIAS²⁵, CARVALHO SANTOS²⁶, SERGIO CAVALIERI FILHO²⁷), outros ser modalidade de dano moral (ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS²⁸) e, ainda, a posição do doutrinador ARGENTINO CARLOS A. GHERSI, reproduzida por SILVIO VENOSA²⁹, colocando a teoria da perda da chance como algo intermediário entre os danos emergentes e os lucros cessantes.

Tratando dessa questão atinente a uma relação entre a probabilidade de ocorrer a situação e a possibilidade de se utilizar a teoria da perda da chance, surge uma interessante divergência doutrinária, pois, no entender de ANDERSON SCHREIBER “não é necessário que haja uma alta probabilidade de ganho, superior a 50% ou a qualquer outro patamar. Mesmo chances reduzidas de sucesso (25%, por exemplo) podem dar ensejo à indenização”³⁰, enquanto para SERGIO SAVI “as chances, para serem consideradas sérias, reais e, portanto, passíveis de indenização, precisarão ser superiores a 50% (cinquenta por cento)”³¹.

E, já em novembro de 2011, foi realizada a 5ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal³², comemorando, então, os primeiros 10 anos de vigência no novo Código Civil, quando foi editado o Enunciado 444, com o seguinte teor:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Entende-se, pois, como mencionado acima, sempre ter havido controvérsia acerca do que (e quanto) é devido pelo fato de a vítima pretender indenizações por ela

24 “Na perda de uma chance o dano é tido como dano emergente e não como lucros cessantes, isso quer dizer que no momento do ato ilícito essa chance já se fazia presente no patrimônio do sujeito passivo desta relação jurídica, sendo algo que ela efetivamente perdeu no momento do ilícito e não algo que ela deixou de lucrar.” (ROSAMARIA NOVAES FREIRE LOPES, “Responsabilidade Civil pela perda de uma chance”, texto colhido do site www.direitonet.com.br em julho de 2009).

25 JOSÉ DE AGUIAR DIAS. **Da Responsabilidade Civil**, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 721, nota 33, *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 39.

26 J. M. CARVALHO SANTOS, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI, pp. 321-322, *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 39.

27 SERGIO CAVALIERI FILHO. **Programa de Responsabilidade Civil**, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 91-92 *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 39.

28 ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS. **Dano Moral Indenizável**, 2ª ed., São Paulo: Lejus, 1999, p. 110, *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 42.

29 SILVIO DE SALVO VENOSA. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, pp. 198-200, *apud* SERGIO SAVI, *op. cit.*, p. 41.

30 SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 197.

31 SAVI, Sérgio. *Op. cit.*, p. 80.

32 Enunciados publicados em Maio de 2012.

consideradas como lucros cessantes (certas) que, na visão oposta do causador do fato, não seriam tão certas assim, configurando meros danos hipotéticos (incertas). Dentro desta nova ótica, devem tais situações ser enquadradas como perda da chance, na exata lição de GRACIA CRISTINA MOREIRA DO ROSÁRIO³³:

a perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável (...). Deve-se realizar um balanço das perspectivas a favor e contra. Do saldo resultante, obter-se-á a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos (...).

Com isso, o julgador que não podia se valer (isso é óbvio) de uma decisão de cunho alternativo (SE sim ou SE não) para, em exercício de futurologia, decidir a demanda, não mais analisará o contido nos autos sob o prisma das hipóteses para fundamentar indenizações por lucros cessantes. Em tais casos, estando o magistrado diante de uma possibilidade séria, concreta, real³⁴, concederá a indenização pela oportunidade, pela chance, tornando o SE indenizável e resolvendo esse tipo de problema.

Só que esse não foi o único grande avanço.

5. Terceira evolução: como indenizar o ilícito que não gera dano (propriamente dito)?

A pergunta que inicia esse tópico é daquelas que chega a causar algum desconforto, pois a resposta seria um tanto óbvia (não há indenização sem dano!³⁵) e, desse modo, fica aquela dúvida quanto à possibilidade de ser uma armadilha ou pegadinha, vez

33 ROSÁRIO, Gracia Cristina Moreira do. **A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 133.

34 Transcreve-se exemplar ementa proveniente da 3ª Turma do STJ: "(...) Ocorre que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional e prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dados, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda da chance de lucro, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas(...)" (STJ - 3ª Turma, REsp. 965.758, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/08/2008).

35 CC - Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

que durante séculos se conviveu com a máxima de que a indenização dependeria do dano como elemento determinante (vide item 1, *supra*)³⁶.

Mas, com o passar do tempo, não só pelo estudo de doutrinas estrangeiras que já entendiam pela possibilidade de indenizar como forma de evitar o enriquecimento sem causa (justa)³⁷, como também para solucionar alguns casos³⁸, nos quais os exemplos não se enquadravam na noção de “somente há indenização quando houver danos”, deu-se início a terceira evolução apontada nesse texto.

SERGIO SAVI escreveu em 2012 a obra pioneira no cenário nacional e apontou o caso Midler v. Ford Motor Co. (849 F.2d., 460³⁹), ocorrido nos anos 80, como o primeiro a suscitar a discussão que ensejou a formação da teoria do contractual bypass (traduzido para o português como lucro da intervenção)⁴⁰.

- 36 “O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado etc. – o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 70-71)
- 37 ANDERSON SCHREIBER e RODRIGO DA GUIA SILVA (“Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro”. **PENSAR – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, n. 4, out./dez. 2018, pp. 1-15), apoiados em LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO (“O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa”. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996) afirmam que os primeiros estudos sobre o tema teriam sido efetuados por FRITZ SCHULZ (**System der Rechte auf den Eingriffserwerb. Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen, 105. Bd., H. 1, p. 1-488), ainda em 1909. Também apontando a doutrina de Fritz Schulz como pioneira está a lição de CARLOS NELSON KONDER e PATRICK SAAR (“A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa”. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **Da dogmática à efetividade do direito civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 147-156): “O problema do lucro da intervenção teve sua primeira exposição por Fritz Schulz e a solução dada por ele mostrou-se aquém do desejado; para ele, todo o lucro deveria ir ao locupletado, pois foi seu direito ou seu bem a gênese desse entrelaçamento patrimonial indesejado. Contudo, esta solução foi reputada como excessiva defesa do locupletado, de forma a gerar um novo enriquecimento sem causa a partir do saneamento de outro”.
- 38 “(...) esforço doutrinário veio tentar resolver um problema técnico que passava despercebido até há pouco tempo no ordenamento brasileiro (...)” (FAJNGOLD, Leonardo e outros. **Lucro da intervenção: a disciplina e os julgamentos pioneiros no Superior Tribunal de Justiça**, RBDCivil: Belo Horizonte, v. 21, p. 164)
- 39 SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa: o lucro da intervenção**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79: Bette Midler havia sido contatada pela Ford Motors para estrelar uma campanha publicitária de determinado modelo de automóvel, mas, em razão de divergências acerca da remuneração, não aceitou participar. A empresa resolveu substituí-la por uma sócia, usando, dessa forma, mesmo que por via transversa, a imagem da atriz.
- 40 Tratando exatamente da análise de situações como essa, assim ponderaram ANDERSON SCHREIBER e RODRIGO DA GUIA SILVA: “A hipótese ora descrita serve à enunciação de alguns questionamentos relevantes na presente matéria: quais serão (e em qual extensão) as obrigações impostas à empresa que interveio no direito à imagem do artista? A sua obrigação abrangerá apenas os lucros cessantes, limitando-se ao pagamento do cachê que o cantor teria auferido caso houvesse aceitado a proposta para ceder consensualmente (e onerosamente) a divulgação da sua imagem? Nesse caso, não se estaria, por via reversa, obrigando o artista a contratar? Seria possível impor à empresa, de alguma forma, a obrigação de restituir o lucro auferido a partir da campanha publicitária baseada na exploração não autorizada da imagem alheia? Em caso afirmativo, deveria ser restituído o lucro em toda a sua extensão ou apenas em alguma proporção? Eis algumas das questões que precisam ser enfrentadas no âmbito do tema do lucro de intervenção. (SCHREIBER, Anderson; SILVA, Rodrigo da Guia. “Aspectos relevantes para a sistematização do lucro da intervenção no direito brasileiro”. **PENSAR – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 23, n. 4, out./dez. 2018, pp. 1-15.)

E um pouco mais adiante, em dezembro de 2017, CARLOS NELSON KONDER escreveu um intrigante artigo⁴¹ que, além explicar não ser “possível falar de um instituto do lucro da intervenção (...) o que existe é a situação do lucro da intervenção – o problema (...) ou sendo mais preciso, não é apenas um problema, mas um conjunto de problemas que podem ocorrer em circunstâncias bastantes distintas”, destrinchou os quatro cenários possíveis de aplicação:

1º - Ilícito causador de dano maior do que o lucro:

(...) pode acontecer o lucro da intervenção numa situação em que uma pessoa cientemente viola o direito alheio, causando-lhe um dano, e retirando disso uma vantagem igual ou inferior ao dano. Imagine-se, a título de exemplo, um grupo que resolve se utilizar de um galpão alheio para realizar uma festa paga, sem autorização do proprietário. Ao final da festa, os interventores conseguem obter algum lucro, mas a deteriorização do imóvel em virtude da festa é tamanha, que o lucro não chega a cobrir o prejuízo gerado ao seu dono. Haveria aí um ilícito gerando lucro, mas inferior ao dano indenizável.

2º - Ilícito causador de lucro maior do que o dano

(...) uma pessoa cientemente viola o direito alheio para retirar dele uma vantagem, que seja, contudo, superior ao dano causado. É possível aqui usar o exemplo inicial, ou ainda aquele que é considerado o leading case internacional do lucro da intervenção: o caso Bette Midler (...) em que o lucro (NR: pelo uso não autorizado da imagem em campanha publicitária) é tamanho que superaria tanto o dano material como o que seria quantificado normalmente como dano moral.

3º - Violação de direito causadora apenas de lucro

(...) pode ainda ocorrer que o agente, embora saiba intervir indevidamente sobre direito alheio, disso retirando uma vantagem, não cause dano algum ao titular do direito. Imagine-se o exemplo do proprietário de um cavalo que recusa que ele participe de uma corrida com receio de que se lesione, mas o jóquei desrespeita a orientação do dono e corre com o cavalo mesmo assim, sem, contudo, lhe causar qualquer lesão e conquistando um prêmio pela corrida. O jóquei violou o direito do proprietário, obtendo lucro com isso, mas não lhe causou qualquer dano.

4º - Intervenção, de boa-fé, sobre direito alheio

(...) outra possibilidade de lucro da intervenção estaria na intervenção sobre direito alheio, com obtenção de vantagem, mas de boa-fé, reputando o agente tratar-se de direito próprio ou de ninguém (e.g. *res nullius*). Pode-se adaptar um caso real⁴² para usar como exemplo ilustrativo: o proprietário de um terreno que transforma uma caverna nele existente em verdadeira atração turística, instalando, inclusive um hotel no seu entorno mas, depois de muito lucrar com a exploração da caverna, se constata que

41 KONDER, Carlos Nelson. “Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção”. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 13. a. 14, out.-dez. 2017, RT, pp. 231-248.

42 Great Onyx Cave Cases (Edwards v. Sims – 1929 e Edwards v. Lee’s Administrator – 1936)

parte significativa dela já se encontra no terreno do vizinho, que jamais autorizou a incursão dos turistas. No caso não houve ato ilícito, em sentido técnico, da parte do interventor, tampouco dano da parte do titular do direito, mas obteve-se vantagem a partir de direito alheio.

No que pese o início de profundos debates doutrinários sobre o correto enquadramento do lucro da intervenção^{43 44}, como questão de responsabilidade civil ou de enriquecimento sem causa⁴⁵ – que não será tratado neste texto –, o Enunciado 620 da 8ª Jornada de Direito Civil foi bastante claro:

A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa.

E a verdade é que até a realização da mencionada Jornada, em abril de 2018, a maior parte dos operadores do direito sequer tinha escutado a expressão “lucro da intervenção”, como (muito bem) explicam LEONARDO FAJNGOLD, BERNARDO SALGADO e DAN GUERCHON:

Quem acompanhou com atenção a **VIII Jornada de Direito Civil**, promovida pelo **Conselho da Justiça Federal**, observou, no enunciado que ganhou o **número 620**, a menção a tema um tanto quanto desconhecido no ordenamento jurídico brasileiro: **o lucro da intervenção**. Se o assunto já é pouco

43 “É clara a distinção entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa: enquanto a primeira confere uma proteção dinâmica ao patrimônio a partir do princípio do *neminem laedere* e visa ao ressarcimento integral do dano sofrido pela vítima, o segundo oferece apenas uma proteção estática ao patrimônio que, posto menos intensa, abrange casos não cobertos pela responsabilidade civil, como quando não há ilicitude ou dano. Na aplicação do instituto do enriquecimento sem causa o objetivo não é reparar o dano, mas forçar o beneficiado a restituir o indevidamente locupletado” (TEPEDINO, Gustavo et al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, pp. 754-755).

44 “O enriquecimento sem causa difere da responsabilidade civil não apenas pela diversidade de suporte fático, mas, sobretudo, pela função que desempenha. Enquanto a responsabilidade civil visa reparar o dano sofrido pela vítima, os casos de enriquecimento sem causa se situam no âmbito da reprovabilidade perante os princípios do sistema, e sua função ontológica é remover o enriquecimento do patrimônio do enriquecido. Pouco importa, portanto, em sede de enriquecimento sem causa, a modificação do patrimônio daquele cuja situação jurídica fundamentou o locupletamento alheio, ou a existência, ou não, de dano, mas apenas o incremento do patrimônio do enriquecido.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas...**, RBDCivil: Belo Horizonte, v. 29, p. 7).

45 “A questão que se coloca neste momento é a de se saber qual instituto jurídico seria suficiente para dar fundamento à pretensão do titular do bem de exigir o lucro da intervenção. Ocorre que a responsabilidade civil, entendida como geradora da obrigação de reparar um dano, nem sempre revela-se suficiente para justificar a restituição de um lucro, ainda que ilicitamente obtido, quando este é superior ao dano provocado.” (KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Estado do Paraná, Faculdade de Direito, orientador Professor Luiz Edson Fachin, 2005, p. 160).

abordado mesmo no repertório atual dos civilistas, a noção era, até então, praticamente ignorada por juristas em geral. Não à toa, em obra pioneira sobre a matéria, publicada em 2012, Sérgio Savi descreveu o estado da arte anunciando que, naqueles tempos, não se tinha “notícia de qualquer decisão no Brasil que faça referência expressa ao lucro da intervenção, assim como não se conhec[ia] qualquer trabalho acadêmico exclusivamente dedicado ao tema”.² Precisamente por isso, pode-se dizer que a oportuna redação do Enunciado nº 620 do CJF tem como maior de seus méritos colocar holofotes sobre questão que, apesar de relevante, é ainda pouco explorada pela comunidade jurídica. (FAJNGOLD, Leonardo e outros, Lucro da intervenção: a disciplina e os julgamentos pioneiros no Superior Tribunal de Justiça, RBDCivil: Belo Horizonte, v. 21, p. 164)

Sendo que, no semestre seguinte à edição de tal enunciado, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu dois casos em que o lucro da intervenção foi utilizado como razão de decidir, chamando atenção da comunidade jurídica para a necessidade de melhor compreender e aplicar essa nova forma de “responsabilizar”⁴⁶.

O REsp. Repetitivo 1.552.434-GO foi julgado pela E. 2ª Seção em 13.06.2018 e, embora tivesse como teses analisadas “(a) cabimento ou não da incidência de juros remuneratórios na repetição de indébito apurado em favor do mutuário de contrato de mútuo feneratício; e (b) taxa de juros remuneratórios a ser aplicada na hipótese do item anterior”, grande parte da fundamentação do v. acórdão se deu com base na análise do lucro da intervenção:

“O que se tem hoje em dia, portanto, é a semente plantada em ambos os campos (doutrina e jurisprudência) para que se possa começar a utilizar o lucro da intervenção como uma das legítimas formas para se evitar o enriquecimento ilícito.”

Apesar disso, é importante reconhecer, antes de se fixar uma tese pelo rito do repetitivos, que a preocupação manifestada nesses dois últimos julgados, acerca do enriquecimento ilícito da instituição financeira, tem despertado a atenção da doutrina civilista pátria, que vem estudando o problema sob a ótica do palpitante tema do “lucro da intervenção”. (...) O lucro da intervenção também pode ser vislumbrado na hipótese da presente afetação, pois,

46 “Daí se afirmar que, em cerca de seis meses, com os julgamentos realizados em junho e outubro de 2018 no Superior Tribunal de Justiça e, a partir da edição do Enunciado nº 620 na VIII Jornada de Direito Civil, o assunto deixou as sombras, saindo de um quase unânime desconhecimento entre os operadores de direito para se tornar objeto de debate no alto escalão doutrinário e jurisprudencial.” (FAJNGOLD, Leonardo e outros. *op. cit.*, p. 165)

como os bancos praticam taxas de juros bem mais altas do que a taxa legal, a instituição financeira acaba auferindo vantagem dessa diferença de taxas, mesmo restituindo o indébito à taxa legal. O problema se torna grave, do ponto de vista da equidade, quando o indébito decorre de má-fé do banco, pois este acaba auferindo lucro com base numa conduta deliberadamente ilícita. Em caso de má-fé e de juros a taxas elevadas (v.g., crédito rotativo), nem mesmo a sanção civil da repetição em dobro (art. 42, *p. u.*, do CDC) seria suficiente para eliminar o lucro da intervenção. (...) Sob a ótica do lucro da intervenção, a instituição financeira teria que ser condenada não somente a reparar o dano causado ao mutuário, mas também a restituir o lucro que obteve com a cláusula abusiva. A partir desses exemplos e das considerações até aqui delineadas, pode-se perceber que, por um lado, o lucro da intervenção é um *plus* em relação à indenização, no sentido de que esta encontra limite na extensão dos danos experimentados pela vítima (função indenitória do princípio da reparação integral), ao passo que o lucro da intervenção pode extrapolar esse limite. Por outro lado, o lucro da intervenção é um *minus* em relação ao *punitive damage*, uma vez que este, tendo simultaneamente funções punitiva e preventiva, não está limitado ao lucro ou ao dano. Sob outra ótica, pode-se perceber, também, que o lucro da intervenção é apenas um problema jurídico, não uma proposta de solução. (...) Ante esse cenário do lucro da intervenção, torna-se prudente, no presente recurso repetitivo, fixar uma tese que não impeça a evolução da jurisprudência. Nessa esteira, propõe-se uma tese menos abrangente, apenas para eliminar a possibilidade de se determinar a repetição com base nos mesmos encargos praticados pela instituição financeira, pois esses encargos, como já visto, não correspondem ao dano experimentado pela vítima, tampouco ao lucro auferido pelo ofensor. A tese proposta, então, teria o seguinte enunciado: **descabimento da repetição do indébito com os mesmos encargos praticados pela instituição financeira.**

Passados quatro meses, outro caso foi julgado pela Corte Superior, que analisou a ação por meio da qual a famosa atriz Giovanna Antonelli pleiteava inclusão do lucro da intervenção na responsabilização de uma empresa de cosméticos em razão de violação (uso não autorizado) de sua imagem em campanha publicitária.

Na 1ª instância a Ré fora condenada a se retratar publicamente e, também, a pagar danos morais e materiais no equivalente ao valor de seu cachê, caso houvesse sido contratada⁴⁷. Como não era esse o pedido completo⁴⁸, houve recurso ao Tribunal

47 "a consequência do ato vedado não pode ser a mesma do ato permitido" (STF - RE 56.904/SP, Rel. Min. Vitor Nunes Leal, DJ 5/10/1966).

48 "O valor total da restituição devida nesses casos é normalmente quantificado pelos tribunais como sendo o valor daquilo que o interventor-enriquecido deveria ter despendido para obter a autorização que tornaria a intervenção legítima (com causa). Essa forma de quantificação tem a vantagem de ser mais fácil de aferir em casos concretos. Em que pese essa vantagem, a jurisprudência não vai bem ao utilizar esse critério, uma vez que o enriquecimento sem causa não é uma forma de ressarcir lucros cessantes, mas sim uma forma de restituir ao dono da imagem os lucros que foram obtidos a partir da sua imagem. [...] a forma de quantificação do enriquecimento não deve tomar em conta aquilo que o 'empobrecido' deixou de ganhar, mas sim o que o enriquecido lucrou a partir da imagem de outrem". (MICHELON JR., Cláudio. **Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios**. São Paulo: RT, 2007, pp. 203-204.)

de Justiça do Rio de Janeiro que, por meio de sua E. 13ª Câmara Cível, assentada na ideia de que “a simples indenização dos danos sofridos se revela insuficiente quando o lucro obtido pelo ofensor a supera, justificando, com base na vedação ao enriquecimento sem causa, a condenação do ofensor a transferir também o lucro obtido a partir da intervenção sobre o direito alheio”⁴⁹, talvez tenha lançado – como bem apontado por CARLOS NELSON KONDER⁵⁰ – o primeiro precedente jurisprudencial relevante no direito pátrio a tratar especificamente do lucro pela intervenção:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Uso indevido de imagem em propaganda de comercializado pela ré. Materiais comprovados. Cessantes e enriquecimento sem causa (lucro da intervenção) pela violação ao direito da imagem da parte autora. Reforma da sentença para majorar a condenação a título de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, considerando as particularidades do caso concreto, especialmente as condições da vítima e do ofensor. Recurso a que se dá provimento. (TJRJ – 13ª Câm., Apel. 0008927-17.2014.8.19.0209, Rel. Des. Fernando Fernandy Fernandes, j. 26.10.2016)

Quando o feito chegou ao Superior Tribunal de Justiça, pela via do REsp. 1.698.701-RJ, a E. 3ª Turma julgou a questão⁵¹ perpassando várias matérias importantes para, ao final, confirmar a aplicação do lucro da intervenção ao caso e, ainda, estabelecer critérios de fixação da indenização⁵². Tratando inicialmente do deslocamento patri-

49 KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 232.

50 *Idem.*

51 RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. FINS COMERCIAIS. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. DEVER DE RESTITUIÇÃO. **LUCRO DA INTERVENÇÃO.** FORMA DE QUANTIFICAÇÃO. 1. (...) 4. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil. 5. O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico. 6. A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante. 7. Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor. 8. Necessidade, na hipótese, de remessa do feito à fase de liquidação de sentença para fins de quantificação do lucro da intervenção, observados os seguintes critérios: a) apuração do quantum debeatur com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica. 9. Recurso especial provido. (STJ – 3ª Turma, REsp. 1.698.701-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 08.10.2018)

52 A r. decisão foi muito bem analisada por LEONARDO FAJNGOLD, BERNARDO SALGADO e DAN GUERCHON: “(...) o Superior Tribunal de Justiça, após apontar que o caso envolvia a inviolabilidade do direito à imagem e reclamava, por isso, a aplicação do seu Enunciado Sumular nº 403, iniciou adequada trajetória de análise dos pontos principais relativos à figura do lucro da intervenção. A uma, o acórdão lavrado pela Terceira Turma mencionou a insuficiência da responsabilidade civil para solucionar todas as controvérsias nesse particular e a relevância da incidência do

monial, concluiu ser desnecessário o empobrecimento da parte “lesada” como se percebe de trecho do v. acórdão abaixo transcrito:

Quanto aos demais pressupostos para aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, importa consignar que na I Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado no 35 com o seguinte texto: “A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.

Essa, a propósito, é a opinião de Giovanni Ettore Nanni: “(...) não se exige o empobrecimento como requisito indispensável para a caracterização do enriquecimento sem causa e, conseqüentemente, para o exercício da ação de enriquecimento. Em variadas vicissitudes, inclusive de vantagem obtida não patrimonial, o empobrecimento pode não ser configurado de forma concreta

no patrimônio do empobrecido, mas, de qualquer forma, fica tipificado o enriquecimento sem causa. Nessas circunstâncias, negar a utilização da ação de enriquecimento pela ausência do requisito do empobrecimento

significaria obnubilar a segurança jurídica que representa o acolhimento do enriquecimento sem causa na nova ordem civil.” (**Enriquecimento sem causa**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 276 - grifou-se).

Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, portanto, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor.

“A norma se é, então, como temos visto, um desgaste da “normalidade” em dado espaço e tempo social, que gera paradigmas estagnados, os quais deveriam ser rompidos.”

Já no que tange ao *quantum debeat*, ponderou o i. Ministro Relator que “tarefa muito mais complexa do que reconhecer o dever de restituição dos lucros auferidos

instituto do enriquecimento sem causa, tal como referido no recém-aprovado Enunciado nº 620 da VIII Jornada de Direito Civil. A duas, nele também se destaca a perfeita compatibilidade do disposto no art. 886 do Código Civil com a lógica do lucro da intervenção, inclusive por meio da conjugação dos instrumentos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa. A três, o julgado assentou que a caracterização do enriquecimento independe de correspondente empobrecimento. A partir de então – e esse é o principal traço distintivo em relação ao primeiro acórdão sobre o assunto –, a Corte passou a averiguar os critérios para a liquidação do *quantum* a ser restituído (...).” (FAJNGOLD, Leonardo e outros. *Op. cit.*, pp. 186-187)

por meio da indevida intervenção no direito alheio é a quantificação do numerário a ser devolvido em cada caso submetido à apreciação judicial.”, passando, então, na parte final do v. acórdão a explicar como seria efetuada a liquidação do julgado a partir da importante distinção entre lucro real (valor de mercado da exploração comercial da imagem) e o lucro patrimonial (incremento do ativo, diminuição do passivo ou economia de despesa)⁵³:

Resta saber como se deve apurar o denominado lucro patrimonial. (...) Todavia, não é razoável deixar ao arbítrio do julgador a fixação de um percentual aleatório a título de lucro da intervenção, mesmo porque tal providência, na espécie, escapa às regras de experiência comum do magistrado, exigindo, pois, conhecimentos técnicos específicos.

Existem meios eficazes de se chegar a um valor mais justo e adequado aos propósitos do instituto do enriquecimento sem causa, de preservar a livre disposição de direitos e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico. Se a destinação de um percentual aleatório do volume de vendas do produto ao titular do direito violado ainda for economicamente interessante para o interventor, pouco ou nenhum efeito terá o provimento jurisdicional. (...)

Diante da situação em apreço, a regra geral sugerida por Sérgio Savi serve de norte para que, na fase de liquidação de sentença, um profissional dotado de melhores condições técnicas chegue a um resultado mais próximo do verdadeiro acréscimo patrimonial auferido pela ré às custas da utilização não autorizada do direito de imagem da autora.

Sem aqui pretender restringir o trabalho desse profissional, mais sensato seria que o perito, no caso em análise, tivesse a sua atenção voltada ao incremento das vendas do produto para, com base nele, aferir em que proporção a exploração desautorizada da imagem da autora influiu no lucro obtido pelo interventor.

De todo modo, diante das peculiaridades do caso em análise, caberá ao perito, na condição de auxiliar da Justiça, a tarefa de encontrar o melhor método de quantificação do que foi auferido, sem justa causa, às custas do uso não autorizado da imagem da autora em campanha publicitária, observados os seguintes critérios: a) apuração do *quantum debeatur* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes mediante abatimento dos valores correspondentes a outros fatores que contribuíram para a obtenção do lucro, tais como a experiên-

53 “Identificam-se duas formas de avaliação do enriquecimento: (i) o enriquecimento real, que se vincula ao objeto do enriquecimento e consiste na quantificação objetiva do valor de uso do bem ou direito, ou da vantagem adquirida; e (ii) o enriquecimento patrimonial, ligado ao sujeito enriquecido, e relativo à diferença entre a situação real e a hipotética, considerando-se hipotética a situação em que o agente se encontraria caso o fato gerador do enriquecimento não tivesse ocorrido. O parâmetro utilizado para fins de restituição é o enriquecimento patrimonial.” (TERRA, Aline de Miranda Valverde e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas...**, RBDCivil: Belo Horizonte, v. 29, p. 7)

cia do interventor, suas qualidades pessoais e as despesas realizadas, e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica.”

Como se demonstrou, academicamente ocorreu um grande avanço, com a produção de excelentes livros, teses e artigos, além disso, dois casos relevantes foram julgados pela Corte Superior, mas, em pesquisa realizada nos sites dos Tribunais⁵⁴ restou constatado que são raríssimos ainda os casos discutindo especificamente a questão do lucro da intervenção.

O que se tem hoje em dia, portanto, é a semente plantada em ambos os campos (doutrina e jurisprudência) para que se possa começar a utilizar o lucro da intervenção como uma das legítimas formas para se evitar o enriquecimento ilícito⁵⁵.

Conclusão

Com certeza, a ocorrência de situações, acidentes, golpes e ilícitos diferentes a cada dia, somados a criatividade dos advogados e ao enorme talento dos doutrinadores e professores brasileiros, serve para explicar como um assunto (responsabilidade civil) que, desde o início, figurou em todas as codificações, segue evoluindo e se modificando.

Obviamente não se pretendeu esgotar o assunto nesse pequeno texto, cujo objetivo foi colaborar com a importantíssima **Revista de Direito** do E. TJRJ, demonstrando aos seus leitores (por meio de indicação doutrinária e jurisprudencial) o panorama de algumas das principais evoluções ocorridas nesses primeiros 20 (vinte) anos do Código Civil.

54 Pesquisa realizada nos sites do STJ, TJRJ e TJSP para processos posteriores a 2018 somente localizou 2 casos no Tribunal do Rio de Janeiro e nenhum caso nos demais Tribunais.

55 “No direito brasileiro, não há uma única figura genérica, capaz de excluir o lucro ilícito do patrimônio do agente em toda e qualquer situação. Identificam-se, por outro lado, várias normas cuja finalidade reside precisamente em evitar que a conduta ilegítima se revele lucrativa para o ofensor. De todo modo, o instituto que melhor desempenha referida função de forma mais abrangente é o enriquecimento sem causa por lucro da intervenção, cujo escopo reside, precisamente, na retirada, do patrimônio do interventor, do lucro obtido a partir da intervenção injustificada em direitos ou bens alheios”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. “Considerações acerca da exclusão do lucro ilícito do patrimônio do agente ofensor”. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ** - Rio de Janeiro, n. 28, dez. 2015, p. 21)

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REGIME DE CUSTEIO. MAJORAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES. POSSIBILIDADE. BUSCA DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO FUNDO PREVIDENCIÁRIO. RESULTADO DEFICITÁRIO. ÔNUS DE PATROCINADORES, PARTICIPANTES E ASSISTIDOS. VIOLAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

1. Quanto à legitimidade da Petros para requerer a medida suspensiva, destaque-se que é notório o interesse público primário envolvido na demanda, relacionada com a manutenção do equilíbrio e solidez do sistema previdenciário complementar do País.

2. O deferimento do pedido de suspensão está condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa efetiva lesão ao interesse público.

3. A suspensão dos efeitos do ato judicial é providência excepcional, cabendo ao requerente a efetiva demonstração da alegada ofensa grave aos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência, quais sejam, ordem, saúde, segurança e economia públicas.

4. Ficou caracterizada a lesão à ordem e à economia pública na medida em que não se pode desconsiderar a autonomia administrativa da Petros para avaliar, segundo estudos técnicos e sua *expertise* temática, a forma estratégica e eficiente para garantir a preservação do sistema de previdência complementar. Registre-se que não é vedada a alteração da forma de custeio do plano de previdência privada, bem como que houve a aprovação de órgãos competentes para a

consecução do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário.

5. A parte agravante não apontou situações específicas ou dados concretos que efetivamente pudessem demonstrar que o comando judicial atual não deve prevalecer com relação ao reconhecimento de violação dos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência.

Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de AgInt na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.507 - RJ em que são Agravantes Federação Nacional das Associações de Aposentados, Pensionistas e Anistiados do Sistema Petrobras e Petros (FENASPE) e outros e Agravado Fundação Petrobras de Seguridade Social Petros, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, preliminarmente, por unanimidade, indeferir o pedido de sustentação oral e, no mérito, também por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros FRANCISCO FALCÃO, NANCY ANDRIGHI, LAURITA VAZ, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, HERMAN BENJAMIN, OG FERNANDES, MAURO CAMPBELL MARQUES, BENEDITO GONÇALVES, RAUL ARAÚJO, PAULO DE TARSO SANSEVERINO e MARIA ISABEL GALLOTTI votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.

Licenciado o Sr. Ministro FELIX FISCHER.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro JORGE MUSSI.

BRÁSÍLIA (DF), 15 DE JUNHO DE 2022.

(DATA DO JULGAMENTO)

**MIN. HUMBERTO MARTINS
RELATOR**

QUESTÃO DE ORDEM**O EXMO. Sr. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):**

Cuida-se de agravo interno interposto por Federação Nacional das Associações de Aposentados, Pensionistas e Anistiados do Sistema Petrobras e Petros (FENASPE), pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, contra a decisão de f. 519-528, que deferiu o pedido para suspender, até o trânsito em julgado da ação originária, os efeitos da decisão impugnada, proferida no julgamento conjunto de agravos (0019337-43.2018.8.19.0000, 0014896-19.2018.8.19.0000 e 0025940-35.2018.8.19.0000), e, por consequência, da decisão de primeiro grau agravada, ficando, com isso, restabelecidas as contribuições integrais extraordinárias para o Plano de Equacionamento de *Deficit* (PED) do Plano Petros do Sistema Petrobras (PPSP).

Requer, primeiramente, a possibilidade de sustentação oral no caso em tela.

Dessa forma, submeto ao colegiado, em questão de ordem, a discussão acerca do cabimento de sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão do Presidente do Tribunal que defere ou indefere a contracautela em suspensão de liminar e sentença (ou suspensão de segurança) desde já me manifestando pelo não cabimento.

A Lei nº 14.365, de 2 de junho de 2022, entre outras alterações, acrescentou na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), em seu art. 7º, o § 2º-B, o qual confere ao advogado a prerrogativa de “realizar a sustentação oral no recurso interposto contra a decisão monocrática de relator que julgar o mérito ou não conhecer dos seguintes recursos ou ações”, enumerando em seus incisos estas espécies de recursos e ações (apelação, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embar-

gos de divergência, ação rescisória, mandado de segurança, reclamação, *habeas corpus* e outras ações de competência originária).

Percebe-se dos destaques acima pontuados que o legislador deixou bem clara a hipótese fática de incidência da norma que garante a prerrogativa de sustentação oral: no processamento de recurso interposto contra decisão monocrática de relator lançada nos recursos ou ações enumeradas.

Tanto no corpo do § 2º-B quanto nas hipóteses trazidas nos incisos, são dois os instrumentos processuais que tramitam em grau colegiado e foram admitidos como suportes processuais que garantem sustentação oral na hipótese de o relator proferir decisão monocrática, quais sejam, recursos ou ações de competência originária.

Com a nova norma, que ampliou as hipóteses de sustentação oral nos Tribunais, atingindo recursos interpostos contra decisões monocráticas lançadas em recursos ou ações de competência originária, prerrogativa que a lei não conferia até então, parece que o legislador buscou afastar o risco que a parte sofria de ver sua pretensão (lide) encerrada por decisão individual sem que houvesse ao menos a possibilidade de se tentar influenciar oralmente o julgamento. Essa é a *mens legis*.

Ocorre que a questão ora tratada não se amolda nem ao espírito da lei, nem ao modelo trazido pelo legislador.

A partir de uma decisão judicial proferida em prejuízo de pessoa jurídica de direito público, preenchidos determinados requisitos legais, é cabível pedido de suspensão de liminar e segurança ou pedido de suspensão de segurança (art. 12, § 1º, da Lei nº 7.347/1985 e art. 4º da Lei nº 8.437/92). Trata-se de medidas que são dirigidas ao Presidente do Tribunal ao qual compete a apreciação de recurso contra aquela

decisão proferida em prejuízo de pessoa jurídica de direito público, sem que seja discutido o mérito da lide originária, nas quais se busca simplesmente a suspensão da decisão prejudicial por ser contrária à ordem pública em geral, de acordo com os requisitos legais. É o que a doutrina chama de contracautela. Contra essa decisão monocrática do Presidente, que defere ou indefere a suspensão, cabe recurso de agravo interno, o qual será julgado, caso não seja exercido o juízo de retratação, pelo colegiado competente, de acordo com o regimento do tribunal, que no caso do Superior Tribunal de Justiça é a Corte Especial.

Ainda que aparentemente a nova alteração se amoldasse perfeitamente à hipótese do julgamento do agravo interno contra esta decisão, a verdade é que não há perfeita subsunção dos requisitos legais destacados linhas acima. Isso ocorre porque, a despeito de haver decisão monocrática e recurso interposto contra esta, não se identifica na base processual em questão hipótese de recurso, tampouco de ação de competência originária.

A suspensão de segurança ou a suspensão de liminar e de sentença não são recursos. Sobre o assunto, aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que tais instrumentos processuais não podem ser usados como sucedâneo recursal (AgInt nos EDcl na SLS nº 3.017/RJ - STJ - Corte Especial - Relator Ministro HUMBERTO MARTINS 12/04/2022). Muito menos são hipóteses de ação de competência originária. Não existe uma nova lide (pretensão resistida) havida entre as partes. Cuida-se da análise de um efeito (lesão ou não à ordem pública em decisão lançada em lide já existente) da mesma lide que tramita ordinariamente. Ademais, do ponto de vista prático, se ação se tratasse, as partes necessariamente deveriam ser citadas, o que não ocorreu.

Qual, então, a natureza jurídica desses instrumentos? Cuida-se de mero incidente processual

havido em uma lide, como dito, já existente e se desenvolvendo regularmente, que a lei faculta em favor exclusivo do Poder Público, como forma de garantir a prevalência da ordem pública, da economia pública ou da saúde pública sobre interesses privados, quando preenchidos os requisitos legais, se naquela lide houver uma decisão que possa atingir o coletivo na forma preconizada na legislação própria.

Portanto, formalmente, a alteração legislativa em análise, ao conceder a prerrogativa da sustentação oral nos recursos interpostos contra decisões lançadas nos recursos listados na lei ou em ações de competência originária, exclui a extensão da possibilidade para os recursos manejados contra decisão monocrática nos incidentes de suspensão.

Ademais, existe uma incompatibilidade ontológica, que vai além de uma posição puramente formalista, baseada na natureza jurídica dos incidentes de suspensão, ou até mesmo baseada em uma interpretação com viés de política administrativa de organização de julgamentos em segundo grau. Por se tratar de um mero incidente processual em lide já existente, sem reflexo no julgamento da lide originária, a decisão lançada nos incidentes de suspensão não define a sorte da lide. Não à toa, portanto, que as decisões nesses incidentes não analisam o acerto da decisão impugnada, conforme entendimento também pacífico na Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (AgInt na SLS nº 2.755/BA - STJ - Corte Especial - Relator Ministro HUMBERTO MARTINS 12/10/2020). Em verdade, os requisitos da suspensão são próprios e não guardam qualquer relação com o mérito da lide. Por isso, na lide originária, a questão seguirá sendo debatida e, eventualmente, poderá ser levada a julgamento no mesmo tribunal que apreciou a contracautela, mas desta vez pelos meios recursais próprios.

Nesse quadro, nesses incidentes não haverá uma decisão sobre a lide travada entre as partes, situação

que afasta a necessidade de permitir a concreção da prerrogativa da sustentação oral em benefício do jurisdicionado prejudicado com a decisão monocrática, pressuposto político que motivou a alteração legislativa. A lide continuará tramitando regularmente na instância originária. Consequentemente, sem a perfeita subsunção da hipótese ao modelo jurídico trazido com a nova legislação, é forçoso concluir que descabe sustentação oral no julgamento de recursos interpostos contra decisão monocrática lançada em incidente de suspensão de segurança ou de suspensão de liminar e de sentença.

É como penso. É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REGIME DE CUSTEIO. MAJORAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES. POSSIBILIDADE. BUSCA DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO FUNDO PREVIDENCIÁRIO. RESULTADO DEFICITÁRIO. ÔNUS DE PATROCINADORES, PARTICIPANTES E ASSISTIDOS. VIOLAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

1. Quanto à legitimidade da Petros para requerer a medida suspensiva, destaque-se que é notório o interesse público primário envolvido na demanda, relacionada com a manutenção do equilíbrio e solidez do sistema previdenciário complementar do País.

2. O deferimento do pedido de suspensão está condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa efetiva lesão ao interesse público.

3. A suspensão dos efeitos do ato judicial é providência excepcional, cabendo ao requerente a efetiva demonstração da alegada ofensa grave aos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência, quais sejam, ordem, saúde, segurança e economia públicas.

4. Ficou caracterizada a lesão à ordem e à economia pública na medida em que não se pode desconsiderar a autonomia administrativa da Petros para avaliar, segundo estudos técnicos e sua expertise temática, a forma estratégica e eficiente para garantir a preservação do sistema de previdência complementar. Registre-se que não é vedada a alteração da forma de custeio do plano de previdência privada, bem como que houve a aprovação de órgãos competentes para a consecução do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário.

5. A parte agravante não apontou situações específicas ou dados concretos que efetivamente pudessem demonstrar que o comando judicial atual não deve prevalecer com relação ao reconhecimento de violação dos bens jurídicos tutelados pela legislação de regência.

Agravo interno improvido.

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo interno interposto por Federação Nacional das Associações de Aposentados, Pensionistas e Anistiados do Sistema Petrobras e Petros (FENASPE), pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, contra a decisão de f. 519-528, que deferiu o pedido para suspender, até o trânsito em julgado da ação originária, os efeitos da decisão impugnada, proferida no julgamento conjunto de agravos (0019337-43.2018.8.19.0000, 0014896-19.2018.8.19.0000 e 0025940-35.2018.8.19.0000), e, por consequência, da decisão de primeiro grau agravada, ficando, com isso, restabelecidas as contribuições integrais extraordinárias para o Plano de Equacionamento de *Deficit* (PED) do Plano Petros do Sistema Petrobras (PPSP).

Requer, primeiramente, a possibilidade de sustentação oral no caso em tela.

Assevera que o refazimento do atual plano de equacionamento do Plano Petros impõe aos participantes a forma mais gravosa de saneamento do *deficit* com absurda cobrança de contribuições extraordinárias, que ultrapassa 230% de aumento em relação às contribuições normais, o que prejudica injustamente suas economias, esvaziando o próprio benefício definido de previdência complementar e transferindo aos participantes e assistidos ônus que são de responsabilidade das patrocinadoras, além de não respeitar o limite mínimo de equacionamento previsto no art. 28 na Resolução MPS/CGPC nº 26.

Argumenta que é transferido aos participantes e assistidos o encargo em razão do rombo causado pelos desvios causados na má-gestão do fundo, atestados, inclusive, pela CPI dos Fundos de Pensão, tendo sido estabelecida contribuição extraordinária de valor impagável.

Sustenta também que há violação do princípio do contraditório porque a decisão foi proferida sem a oitiva prévia da parte agravante.

Aduz que não defende a responsabilidade integral da patrocinadora, mas, sim, que parte do valor referente ao *deficit* seja de responsabilidade da patrocinadora por força de cláusula contratual (art. 48 do Regulamento do Plano Petros Sistema Petrobras).

Alega a ilegitimidade da Petros com relação à interposição do incidente de suspensão de liminar e de sentença, sob o argumento de que ela é fundação de direito privado e que os interesses em jogo, de consequência são privados, e não públicos, ainda que tenha, em seu multipatrocínio, a presença de sociedades de economia mista.

Aduz que, em matéria jornalística veiculada em seu sítio eletrônico, a Petros afirmou que, se forem mantidas todas as liminares deferidas no País, inclusive as que suspendem por completo o pagamento das contribuições extraordinárias,

somente no ano de 2030 é que haveria comprometimento do pagamento dos benefícios, o que significa dizer que não está configurado, em seu entender, lesão iminente apta a justificar a concessão da segurança.

Sustenta que a decisão suspensa valorou corretamente o conjunto probatório que lhe foi submetido, pautada pela proporcionalidade, razoabilidade e ponderação, que, segundo entende, justifica a redução em 50% das contribuições extraordinárias, tal como foi realizado.

A f. 4.085-4.113, a Petros apresentou impugnação ao agravo interposto pela FENASPE. Alega que é possível às entidades fechadas de previdência complementar privada requerer a suspensão de liminar com o objetivo de defesa do interesse público primário. Destaca que, no caso em tela, administra recursos de plano de benefício patrocinado principalmente pela Petrobras.

Defende que o interesse público primário na hipótese em epígrafe está plenamente comprovado em decorrência do interesse público na manutenção do equilíbrio do sistema previdenciário complementar do país. Enfatiza que a suspensão da cobrança da contribuição extraordinária gera o iminente risco de insuficiência de recursos do plano Petros para pagamento dos benefícios e risco sistêmico para o setor, conforme, inclusive, posicionamento da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, autarquia federal responsável pela fiscalização dos fundos de pensão.

Com relação ao argumento de que há nulidade diante da ausência de intimação prévia da parte agravante, a Petros assevera que a via estreita da suspensão de liminar permite a facultatividade na intimação prévia da parte adversa exatamente para permitir a tutela urgente da ordem, saúde, segurança e economia públicas.

Alega que o aguardo da tramitação do processo na primeira instância até que haja o julga-

mento de mérito poderia inviabilizar a tentativa de equilibrar o resultado deficitário do plano, administrado pela Petros, podendo acarretar risco de insolvência do plano e risco sistêmico de contaminação de todo o setor fechado de previdência complementar.

Defende que a instituição das contribuições extraordinárias pela Petros está embasada em arcabouço jurídico e em volumosos estudos atuariais, sob o minucioso crivo dos órgãos públicos competentes, tal como a PREVIC.

Sustenta que o risco de comprometer a renda de cerca de 45.500 aposentados e pensionistas, caso o plano de benefícios administrado perca sua liquidez e solvência, demonstra o grave risco à economia que pode ocorrer caso haja a modificação da decisão suspensiva. Destaca que firmou termo de ajustamento de conduta com a PREVIC, que previu que a fixação do valor de *deficit* a equacionar teria como objetivo o equilíbrio financeiro e atuarial para evitar a necessidade de novos equacionamentos, pelo menos, nos anos de 2016 e 2017, o que justificou, por conseguinte, a decisão administrativa de equacionar o valor de forma global.

Alerta que estimativa do estudo mais recente indica quando o plano poderá ter seus recursos esgotados em aproximadamente 10 anos, o que significa um horizonte curtíssimo em se tratando de contrato previdenciário.

Argumenta que as contribuições extraordinárias constituem remédio amargo, mas necessário ao restabelecimento do equilíbrio do plano, porquanto a quebra do plano acarretará efeitos muito piores, já que os assistidos e pensionistas simplesmente deixarão de receber benefícios, enquanto participantes que contribuíram por anos terão suas expectativas frustradas.

Assevera que, a despeito da má-gestão, responsabilização de terceiros, cobrança de dívidas,

etc., o plano de equacionamento não pode ser obstado diante da necessidade legal de equacionar o *deficit* entre patrocinadores, participantes e assistidos, conforme art. 21 da Lei Complementar nº 109/2001.

Pontua que o próprio STJ já havia pacificado a tese de que não há direito adquirido ao regime de contribuições, que podem ser reajustadas para equacionamento de resultado deficitário e rateadas entre participantes, assistidos e patrocinadores, nos termos da Lei Complementar nº 109, de 2001, conforme REsp nº 1.384.432/SE. Conclui que, se não há direito adquirido ao regime de contribuições e a contribuição ordinária pode ser revista para se adequar ao custeio, logicamente o mesmo raciocínio se aplica à contribuição extraordinária, destinada a cobrir *deficits*.

A f. 4.116-4.793, a Petros apresentou adiamento ao pedido original para pedir extensão de efeitos da decisão de suspensão de liminar a liminares deferidas em relação à matéria similar.

Foi proferida, a f. 4.795-4.796, decisão que deferiu o pleito de extensão dos efeitos da decisão de f. 519-529 a todas as liminares com objeto idêntico.

A f. 4.814-4.818, a FENASPE e outros apresentaram petição de ratificação do agravo interposto e solicitaram que fosse dada oportunidade de sustentação oral na demanda em tela.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

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

Com relação ao argumento da FENASPE e outros de que houve violação do contraditório e da ampla defesa por não ter sido aberto prazo prévio para manifestação antes da prolação da decisão suspensiva, a legislação de regência não impõe intimação prévia antes da prolação

da decisão sobre a concessão da suspensão, o que poderia até prejudicar a eficiência das decisões. Não há, portanto, nenhuma violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa; ao contrário, a parte agravante está exercitando a dialeticidade recursal neste momento processual, não tendo sido inviabilizado seu exercício.

No que se refere ao argumento apresentado de ilegitimidade da Petros, destaco que tal questão já foi enfrentada com acerto pela decisão suspensiva (f. 519- 526), razão pela qual ratifico e replico a fundamentação desenhada:

Inicialmente, não há dúvida quanto à legitimidade da Petros para requerer a medida suspensiva, pois é notório o interesse público primário envolvido na demanda, relacionado com a manutenção do equilíbrio e solidez do sistema previdenciário complementar do país, com reflexos sobre toda a extensa coletividade que dele se utiliza e se beneficia.

Tal circunstância é apta a justificar a intervenção da Petros no polo ativo da ação, ainda que a medida suspensiva pleiteada venha a beneficiá-la. Confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. RECONSIDERAÇÃO. PEDIDO SUSPENSIVO ACOLHIDO. TEMPESTIVIDADE RECURSAL. ENTE PÚBLICO. ART. 188 DO CPC. APLICAÇÃO. FALTA DE INTERESSE. NÃO CONHECIMENTO. I - A jurisprudência já assentou entendimento no sentido de reconhecer legitimidade para a propositura de pedido suspensivo também às empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviço público, quando na defesa do interesse público primário. Dessa forma, o Poder Público legitimado tem um senti-

do *lato sensu*. [...] Agravo regimental não conhecido. (AgRg no AgRg nº 1.955/DF, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Corte Especial, DJe de 29/04/2015.)

Ainda sobre o tema, são dignas de registro as seguintes palavras do Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS na SLS nº 865/MG (DJe de 14/05/2008):

[...] a existência de tutela ao interesse próprio da pessoa jurídica não é obstáculo ao êxito do pedido de suspensão. O que se exige, a mais, é a demonstração de que a decisão prejudica também o interesse público. Noutras palavras: é possível que da correção da grave ofensa ao interesse público se beneficie de forma particular a pessoa jurídica de direito privado requerente.

Não se pode descurar, também, que a Petros foi constituída pela Petrobras, sociedade de economia mista controlada pela União, a qual é sua principal patrocinadora. Assim, há recursos públicos vertidos para os planos de benefícios que administra, realizando função de tutela de relevante interesse social, que é a garantia do equacionamento do *deficit*, da solvência, da liquidez e do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial, tudo para obstar a quebra do plano de benefícios no médio e longo prazo.

Destaque-se que eventual prejuízo sofrido pelos fundos de pensão será suportado pelo erário, o que denota, de forma cristalina, a caracterização do interesse público, uma vez que há risco de evidente lesão à economia pública, como também há a possibilidade de não se conseguir garantir a necessária subsistência a milhares de beneficiários de tais fundos, conforme inclusive se vê no precedente da Corte Especial: AgRg na SLS nº 222/DF, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, julgado em 20/03/2006, DJ de 28/08/2006.

Ultrapassada tal questão preliminar, passa-se à análise do mérito suspensivo.

Sabe-se que a suspensão dos efeitos do ato judicial é providência excepcional, cabendo à parte requerente a efetiva demonstração da alegada ofensa grave a um daqueles valores. Cuida-se de prerrogativa decorrente da supremacia do interesse público sobre o particular, cujo titular é a coletividade.

Tal instituto não tem natureza jurídica de recurso, razão pela qual não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma. Sua análise deve restringir-se à verificação de possível lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, nos termos da legislação de regência, sem adentrar o mérito da causa principal, de competência das instâncias ordinárias.

Sabe-se que a decisão que examina o pedido de suspensão não pode afastar-se totalmente do mérito da demanda de origem. É permitido um juízo mínimo de deliberação a respeito da questão de fundo da ação originária, com o objetivo de verificar a plausibilidade do direito, tudo com o fito de obstar que o instituto processual da suspensão sirva indevidamente para a conservação de situações ilegítimas.

No caso em tela, não foram apresentados argumentos robustos que pudessem infirmar o fundamento da decisão impugnada de que não se pode desconsiderar a autonomia administrativa da Petros para avaliar, segundo estudos técnicos e sua expertise temática, a forma estratégica e eficiente para garantir a preservação do sistema de previdência complementar. Destaque-se que não é vedada a alteração da forma de custeio do plano de previdência privada, bem como que houve a aprovação de órgãos competentes para a consecução do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário.

Outrossim, não se conseguiu invalidar a fundamentação apresentada na decisão impugnada,

no sentido de que não há direito adquirido a regime de custeio, o qual poderá ser alterado a qualquer momento para manter o equilíbrio atuarial do plano, desde que caracterizadas situações excepcionais que o exijam, como ficou verificado na hipótese dos autos.

Nesse diapasão, trago à colação o seguinte precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no qual houve acolhimento da tese de que não há direito adquirido aos valores das alíquotas da contribuição na previdência privada, sendo possível, dessarte, a majoração das alíquotas de filiados e assistidos com a finalidade de manter o equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefício:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PLANO DE BENEFÍCIOS. ALTERAÇÃO. ALÍQUOTAS DE CONTRIBUIÇÃO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. PLANO DE CUSTEIO. DIREITO ADQUIRIDO. NÃO EXISTÊNCIA.

1. A jurisprudência do STJ reconhece a possibilidade de majoração de alíquotas de contribuição de filiados e assistidos com a finalidade de manter o equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefício definido. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp nº 1.848.021/RJ, Quarta Turma, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe de 08/10/2021).

Destaque-se, assim, que está evidenciado o interesse público em razão da necessidade de manutenção do equilíbrio do sistema previdenciário complementar do País, sobretudo diante da lesão à economia pública, porquanto há aporte substancial de recursos públicos por parte da Petrobras, sociedade de economia mista.

Portanto, enfatize-se que a simples alegação de que não foi provada lesão à ordem econômica, sem uma narração fática que corrobore tal

tese, não revoga a fundamentação construída de verificação de lesão a bens jurídicos tutelados pela legislação de regência.

Registre-se que Poder Judiciário não deve imiscuir-se na seara administrativa, substituindo a análise econômico-financeira realizada pela Petros com fulcro em estudos técnicos para garantir o equacionamento do *deficit*, sem a verificação de nenhuma prática de ação administrativa ilegal que pudesse embasar intervenção corretiva do Poder Judiciário.

Ressalte-se, de toda sorte, que a suspensão, além de não se caracterizar como sucedâneo recursal, não comporta dilação probatória para análise da matéria de fundo, que parece ser objetivo da parte agravante ao desejar discutir neste incidente processual meritoriamente o acerto ou não da postura administrativa tomada. Deve ser enfatizado que a análise aqui é restrita à verificação da existência de violação dos bens jurídicos violados pela legislação de regência.

Impende consignar, de toda forma, que os novos argumentos não invalidam a fundamentação já apresentada na decisão agravada, uma vez que continua hígido o raciocínio jurídico no sentido de que não pode haver interferência indevida do Poder Judiciário na esfera da competência técnica da Petros, sem a caracterização de flagrante desvio de finalidade, que poderia justificar uma tomada de decisão substitutiva de maneira excepcional.

Percebe-se, portanto, que permitir que a previdência complementar não possa funcionar internamente com construções de soluções administrativas para solucionar seus problemas financeiros significa dizer que toda a construção legislativa em torno da previdência complementar, que configura importante instrumento previdenciário para a sociedade, perecerá de constante insegurança jurídica, não podendo configurar

sistema previdenciário estável e eficiente para a sociedade.

Nessa senda, está caracterizada a grave lesão à ordem pública na sua acepção administrativa, em decorrência dos entraves à execução normal e eficiente da estratégica econômico-financeira escolhida pelo gestor. Conforme entendimento há muito assentado no Superior Tribunal de Justiça, "há lesão à ordem pública, aqui compreendida a ordem administrativa, quando a decisão atacada interfere no critério de conveniência e oportunidade do mérito do ato administrativo impugnado" (AgRg na SS nº 1.504/MG, Corte Especial, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, DJ de 10/04/2006).

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR AJUIZADO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. REAJUSTE DA TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. Até prova cabal em contrário, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Agravo Regimental provido" (AgRg na SLS nº 1.266-DF, Relator Ministro ARI PARGENDLER, Corte Especial, DJe de 19/11/2010.)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

3. Ao Poder Judiciário compete apenas o controle da legalidade do ato administrativo, ficando impossibilitado de adentrar na análise

do mérito do ato, sob pena de usurpar a função administrativa, precipuamente destinada ao Executivo.

4. Recurso a que nega provimento. (RMS nº 15.959/MT, Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Sexta Turma, DJ de 10/04/2006.)

Na verdade, há risco de perigo da demora inverso, uma vez que, ao ser obstada a continuidade do pagamento da contribuição extraordinária em comento, tal como desenhado tecnicamente pelo gestor, podem ocorrer efeitos fáticos imediatos e prejudiciais com relação à eficiência da prestação dos serviços afetos ao fundo previdenciário.

Importa destacar, por fim, que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, após o advento da Lei nº 13.655/2018, impôs aos julgadores, tanto nas esferas administrativas, de controle e judicial, a necessidade de considerar as consequências jurídicas e administrativas de suas decisões, não podendo os julgados se fundamentar apenas em valores jurídicos abstratos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Outrossim, as decisões prolatadas em suspensão possuem caráter eminentemente político ao verificarem a lesividade aos bens jurídicos tutelados pela lei de regência. Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente a respeito da natureza jurídica da suspensão:

SUSPENSÃO DE LIMINAR. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSA-

GEIROS. PROCEDIMENTO HOMOLOGADO E EM FASE DE EXECUÇÃO CONTRATUAL. SUSPENSÃO. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS CONFIGURADA. EXAURIMENTO DAS VIAS RECURSAIS NA ORIGEM. DESNECESSIDADE.

1. Não é necessário o exaurimento das vias recursais na origem para que se possa ter acesso à medida excepcional prevista na Lei nº 8.437/1992.

2. É eminentemente político o juízo acerca de eventual lesividade da decisão impugnada na via da suspensão de segurança, razão pela qual a concessão dessa medida, em princípio, é alheia ao mérito da causa originária.

3. A decisão judicial que, sem as devidas cautelas, suspende liminarmente procedimento licitatório já homologado e em fase de execução contratual interfere, de modo abrupto e, portanto, indesejável, na normalidade administrativa do ente estatal, causando tumulto desnecessário no planejamento e execução das ações inerentes à gestão pública.

4. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos não foram infirmados.

5. Agravo interno desprovido. (AgInt na SLS nº 2.702/SP, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Corte Especial, DJe de 27/08/2020.)

Portanto, com relação ao mérito suspensivo, replico os fundamentos insertos na decisão de f. 519-528, a qual deferiu o pedido de suspensão bem delineando a questão controvertida no agravo interno em epígrafe:

Pontua ainda que é de interesse público a manutenção do equilíbrio do sistema previdenciário complementar do país e que é possível perceber interesse do Estado em que todos os planos de equacionamentos sejam rigorosamente cumpridos e acompanhados.

Quanto ao mérito propriamente dito do pedido de suspensão, afirma que o julgado em referência causa risco à economia pública ao colocar em xeque não só o Plano Petros do Sistema Petrobras – o segundo maior plano do tipo benefício definido do país –, mas o próprio sistema de previdência complementar, que será irremediavelmente contaminado pela decisão, com a proliferação de decisões semelhantes.

Alega que a ação originária é um verdadeiro "tiro no pé", uma vez que as associações autoras, a pretexto de defenderem seus associados de cobrança supostamente abusiva e gravosa, procuram impedir o equacionamento do *deficit*, flertando com a perigosa possibilidade de quebra do plano de benefícios, claramente admitida pela própria autarquia federal que fiscaliza o sistema, bem como que a liminar impugnada, que limitou a cobrança das contribuições extraordinárias a 50%, "não possui base legal e tampouco faz qualquer sentido atuarial" (f. 7).

Em reforço da argumentação, traz à baila as seguintes considerações desenvolvidas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) – autarquia federal responsável pela fiscalização dos fundos de pensão – no processo originário (f. 6 e 14):

[...] a suspensão do plano de equacionamento pode provocar insuficiência de recursos para cumprir com os compromissos futuros relativos ao pagamento de benefícios e consequências para a solvência e a continuidade do plano no médio e longo prazos.

No caso específico do plano PPSP da Petros, cabe apontar que se trata do segundo maior plano de benefícios na modalidade benefício definido e que o *deficit* apurado para o plano em 31/12/2016, data-base do plano de equacionamento de *deficit*

aprovado, foi o maior já registrado para um plano de benefícios administrado no Brasil, somando R\$ 27.284.809.236,22, cerca de 38% de todo o *deficit* apurado no sistema de previdência complementar fechado.

Sabendo da dimensão dos valores envolvidos no equacionamento de *deficit* e da relevância que teria não apenas para o plano PPSP, mas também para o sistema de previdência complementar como um todo, uma eventual suspensão ou diminuição do equacionamento de *deficit*, inclusive podendo influenciar outras EFPC com planos de benefícios que estejam passando por situação similar a fazer o mesmo, é mister que seja dada continuidade ao plano de equacionamento aprovado, a fim de assegurar o reestabelecimento do equilíbrio financeiro-atuarial do PPSP.

[...]

3.3. De acordo com a Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, plano deverá atender a padrões mínimos a fim de assegurar, entre outras coisas, a solvência, liquidez e o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

3.4. Nesse sentido, o plano de custeio estabelece o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das despesas para cumprir com as obrigações do plano de benefícios. No entanto, caso plano de benefício apresente resultado deficitário e tenha, conforme a Resolução CGPC nº 26, de 29 de setembro, a obrigação de equacioná-lo, deverá fazê-lo mediante a revisão no plano de benefícios com a finalidade de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

3.5. Assim, a suspensão do plano de equacionamento pode provocar insuficiência de recursos para cumprir com os compromissos futuros relativos ao pagamento de benefícios e consequências para a solvência e a continuidade do plano no médio e longo prazos.

3.6. No caso específico do plano PPSP da Petros, cabe apontar que se trata do segundo maior plano de benefícios na modalidade benefício definido e que o *deficit* apurado para o plano em 31/12/2016, data-base do plano de equacionamento de *deficit* aprovado, foi o maior já registrado para um plano de benefícios administrado no Brasil, somando R\$ 27.284.809.236,22, cerca de 38% de todo *deficit* apurado no sistema de previdência complementar fechado.

3.7. Sabendo da dimensão dos valores envolvidos no equacionamento de *deficit* e da relevância que teria não apenas para o plano PPSP, mas também para o sistema de previdência complementar como um todo, uma eventual suspensão ou diminuição do equacionamento de *deficit*, inclusive podendo influenciar outras EFPC com planos de benefícios que estejam passando por situação similar a fazer o mesmo, é mister que seja dada continuidade ao plano de equacionamento aprovado, afim de assegurar o reestabelecimento do equilíbrio financeiro-atuarial do PPSP.

Reitera, por fim, o seguinte: a) o regime de "paridade contributiva" previsto no art. 6º, § 1º, da Lei Complementar nº 108/2001 impede a patrocinadora de arcar com contribuições que excedam as dos participantes e assistidos, sejam elas ordinárias sejam extraordinárias, conforme entendimento manifestado pelo TCU no documento anexado aos autos

(doc. 17); b) o STJ já pacificou o entendimento de que os *deficits* existentes nos planos de benefícios administrados por entidades fechadas de previdência complementar devem ser equacionados por participantes, assistidos e pelas patrocinadoras, não havendo, portanto, direito adquirido ao regime de contribuições, que podem ser reajustadas para equacionamento de resultado deficitário, nos termos da LC nº 109/2001; e c) a decisão do Conselho Deliberativo de equacionar o *deficit* como um todo, obedecendo a termo de ajustamento de conduta firmado com o órgão estatal fiscalizador, foi a forma menos gravosa e mais branda de solucionar a questão.

[...]

No caso, o inconformismo do requerente diz respeito aos efeitos extremamente danosos para a ordem econômica e social de julgado do TJRJ que, com o intuito de solucionar *deficit* existente em plano de previdência complementar (Plano PPSP), reduziu o valor das contribuições extraordinárias devidas pelos participantes.

Inicialmente, não há dúvida quanto à legitimidade da Petros para requerer a medida suspensiva, pois é notório o interesse público primário envolvido na demanda, relacionado com a manutenção do equilíbrio e solidez do sistema previdenciário complementar do país, com reflexos sobre toda a extensa coletividade que dele se utiliza e se beneficia.

Tal circunstância é apta a justificar a intervenção da Petros no polo ativo da ação, ainda que a medida suspensiva pleiteada venha a beneficiá-la. Confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. RECONSIDERAÇÃO. PEDIDO SUSPENSIVO ACOLHIDO. TEMPESTIVIDADE RECURSAL. ENTE

PÚBLICO. ART. 188 DO CPC. APLICAÇÃO. FALTA DE INTERESSE. NÃO CONHECIMENTO. I - A jurisprudência já assentou entendimento no sentido de reconhecer legitimidade para a propositura de pedido suspensivo também às empresas públicas, sociedades de economia mista, concessionárias e permissionárias de serviço público, quando na defesa do interesse público primário. Dessa forma, o Poder Público legitimado tem um sentido *latu sensu*. [...] Agravo Regimental não conhecido. (AgRg no AgRg nº 1.955/DF, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Corte Especial, DJe de 29/04/2015.)

Ainda sobre o tema, são dignas de registro as seguintes palavras do Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS na SLS nº 865/MG (DJe de 14/05/2008):

[...] a existência de tutela ao interesse próprio da pessoa jurídica não é obstáculo ao êxito do pedido de suspensão. O que se exige, a mais, é a demonstração de que a decisão prejudica também o interesse público. Noutras palavras: é possível que da correção da grave ofensa ao interesse público se beneficie de forma particular a pessoa jurídica de direito privado requerente.

No tocante às questões relacionadas com o mérito da causa originária e que guardam estreita correlação com os danos ora alegados, verifica-se que o acórdão impugnado, ao interferir, mesmo que de forma precária, nos mecanismos de equacionamento do *deficit* atuarial do plano deficitário, contraria a jurisprudência do STJ. Observe-se:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REGIME DE CUSTEIO. DIREITO AD-

QUIRIDO. INEXISTÊNCIA. CARÁTER ESTATUTÁRIO DO PLANO. REAVALIAÇÃO ATUARIAL PERIÓDICA. LÓGICA DO SISTEMA DE CAPITALIZAÇÃO. MAJORAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES. POSSIBILIDADE. BUSCA DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO FUNDO PREVIDENCIÁRIO. RESULTADO DEFICITÁRIO. ÔNUS DE PATROCINADORES, PARTICIPANTES E ASSISTIDOS. MUTUALIDADE.

1. Ação ordinária que visa a redução da alíquota relativa à contribuição de plano de previdência privada ao argumento de que os participantes possuem direito adquirido às regras vigentes na época da adesão, sendo ilegal a majoração promovida pela entidade em regulamento superveniente.

2. Pelo regime de capitalização, o benefício de previdência complementar será decorrente do montante de contribuições efetuadas e do resultado de investimentos, podendo haver, no caso de desequilíbrio financeiro e atuarial do fundo, *superavit* ou *deficit*, a influenciar os participantes do plano como um todo, já que pelo mutualismo serão beneficiados ou prejudicados, de modo que, nessa última hipótese, terão que arcar com os ônus daí advindos.

3. É da própria lógica do regime de capitalização do plano de previdência complementar o caráter estatutário, até porque, periodicamente, em cada balanço, todos os planos de benefícios devem ser reavaliados atuarialmente a fim de manter o equilíbrio do sistema, haja vista as flutuações do mercado e da economia, razão pela qual adaptações e ajustes ao longo do tempo revelam-se necessários, sendo inapropriado o engessamento normativo e regulamentar.

4. A possibilidade de alteração dos regulamentos dos planos de benefícios pelas

entidades de previdência privada, com a supervisão de órgãos governamentais, e a adoção de sistema de revisão dos valores das contribuições e dos benefícios já encontravam previsão legal desde a Lei nº 6.435/1977 (arts. 3º, 21 e 42), tendo sido mantidas na Lei Complementar nº 109/2001 (arts. 18 e 21).

5. As modificações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas de previdência privada, a partir da aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado, em qualquer caso, o direito acumulado de cada participante.

6. É assegurada ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria. Todavia, disso não decorre nenhum direito adquirido a regime de custeio, o qual poderá ser alterado a qualquer momento para manter o equilíbrio atuarial do plano, sempre que ocorrerem situações que o recomendem ou exijam, obedecidos os requisitos legais.

7. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será suportado por patrocinadores, participantes e assistidos, devendo o equacionamento ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador (art. 21, § 1º, da Lei Complementar nº 109/2001).

8. Se foi comprovada a necessidade técnica de adaptação financeira do plano, tanto por

questões administrativas (equiparação da data de reajuste de empregados ativos e inativos) quanto por questões financeiras (realinhamento da contabilidade do fundo previdenciário em virtude da profunda instabilidade econômica do país), não há falar em ilegalidade na majoração das contribuições dos participantes, pois, além de não ser vedada a alteração da forma de custeio do plano de previdência privada, foram respeitadas as normas legais para a instituição de tais modificações, como a aprovação em órgãos competentes e a busca do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp nº 1.364.013/SE, Terceira Turma, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe de 07/05/2015.)

Ademais, constata-se, do exame da petição inicial, que a Petros demonstrou, com suficiência de argumentos, corroborados pela documentação anexada, os efeitos altamente deletérios do aresto impugnado sobre a ordem econômica e social.

Isso porque, ao reduzirem, sem maiores considerações, o valor das contribuições extraordinárias devidas pelos participantes de um dos maiores planos de previdência complementar do país, os arestos questionados não apenas comprometem a solvência e liquidez do próprio plano, dificultando a (re)constituição das reservas garantidoras dos respectivos benefícios, mas também, o que é mais grave, colocam em risco a segurança de todo o sistema de previdência complementar, cuja relevância é atestada pela própria Constituição Federal.

A propósito, é robusta e esclarecedora a argumentação reproduzida a f. 13 da petição inicial, assim expressa:

[...] 96. A importância do sistema de previdência complementar se perfaz tanto no viés econômico como no social. No cenário econômico tem-se a previdência complementar conduzida como método de organização econômica, "organização que é, ademais, de alta complexidade e sujeita a forte regulação e fiscalização pelo Estado. De fato, as entidades de previdência privada fechada administram, com altíssimo grau de organização, os recursos de que têm disponibilidade no desempenho de sua missão fundamental, com vistas a manter-se sempre em condição econômico-financeira e patrimoniais para atender às obrigações assumidas contratualmente perante a massa de participantes e assistidos e aos respectivos patrocinadores ou instituidores. [...] Nesse sentido, seria também fácil de reconduzir a atividade de previdência complementar operada pelas entidades fechadas como empresarial, pois a constância da atividade é marca também da operação dos planos de previdência complementar, que são instituídos para durar longo período de tempo, tendo, inclusive, duração sempre indeterminada".

97. Quanto à importância da previdência complementar para ordem social, identificando-se com a necessidade de manutenção do próprio sistema, tem-se a previsão constitucional na qual a previdência complementar insere-se dentro da seguridade social.

98. O aspecto universal que se fixa no atendimento de todas as necessidades sociais, as quais devem-se abranger, também, as situações tidas como complementares, em uma perspectiva macro, uma vez que não se encontram dentro da proteção oferecida pelo Estado, por meio dos regimes de previ-

dência social (Regime Geral de Previdência Social - RGPS e Regime Próprio de Previdência Social - RPPS). Estas necessidades complementares são percebidas pelos indivíduos que resolvem custeá-las, por meio de uma proteção privada oferecida por seu empregador ou por entidade ou associação profissional, classista ou setorial".

Acrescente-se a isso o sensível momento por que passa o país, em que a pretendida reforma previdenciária, com todos os benefícios fiscais dela decorrentes, é tida como de fundamental importância para o bem-estar das futuras gerações, trazendo a reboque a necessidade de construção de um sistema de aposentadoria sólido e impermeável a qualquer tipo de interferências externas, inseridos aí eventuais excessos de natureza judicial.

Assim, deve ser mantida a decisão de f. 519-528.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como penso. É como voto.

AGINT NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 66.940 - RJ (2021/0224121-6)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RAZÕES QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA Nº 182/STJ E ART. 1.021, § 1º, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. A decisão ora agravada extinguiu o processo, sem resolução do mérito, julgando prejudicado o Recurso Ordinário, tendo em vista o entendimento da jurisprudência do STJ ser no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança no qual se pleiteia o afastamento da exigência de ICMS, e à impossibilidade de análise de constitucionalidade do Convênio Confaz ICMS 93/2015 em sede de mandado de segurança, nos termos da Súmula nº 266/STF.

III. O Agravo interno, porém, não impugna, específica e motivadamente, os fundamentos da decisão agravada, pelo que constituem óbices ao conhecimento do inconformismo a Súmula nº 182 desta Corte e o art. 1.021, § 1º, do CPC/2015. Nesse sentido: STJ, AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.712.233/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 01/03/2021; AgInt no AREsp nº 1.745.481/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe de 01/03/2021; AgInt no AREsp nº 1.473.294/RN, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, DJe de 22/06/2020; AgInt no AREsp nº 1.077.966/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 17/10/2017; AgRg no AREsp nº 830.965/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe de 13/05/2016.

IV. Agravo interno não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de AgInt no Recurso em Mandado de Segurança nº 66.940 – RJ, em que são partes Paquetá Calçados Ltda – em Recuperação Judicial como Agravante e o Estado do Rio de Janeiro como Agravado. Acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 26/04/2022 a 02/05/2022,

por unanimidade, não conhecer do recurso, 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.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES.

BRASÍLIA, 02 DE MAIO DE 2022.

(DATA DO JULGAMENTO)

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
RELATORA**

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por Paquetá Calçados Ltda – em Recuperação Judicial, em 11/08/2021, contra decisão de minha lavra, publicada em 03/08/2021, assim fundamentada, *in verbis*:

"Trata-se de Recurso Ordinário, interposto por Paquetá Calçados LTDA - em Recuperação Judicial, com fundamento no art. 105, II, b, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que denegou o Mandado de Segurança ali impetrado, originariamente, em face do Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, conforme a ementa abaixo transcrita:

'MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE ICMS (DIFAL). DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR ESPECÍFICA. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES TJRJ. DENEGAÇÃO DA ORDEM' (f. 204e).

No Recurso Ordinário, a parte impetrante sustenta, em síntese, a inexigibilidade do diferencial de alíquota referente ao ICMS, sem sua prévia regulamentação por lei complementar, consoante as razões recursais a seguir:

'Segundo o acórdão '(...) assim, que, à luz da recente jurisprudência do TJRJ, o DIFAL não é interpretado como tributo autônomo, sendo vinculativa a interpretação empregada pelo Órgão Especial. Considera-se, portanto, constitucional a exigência do Diferencial de Alíquota do ICMS e prescindível a edição de lei complementar'.

Tal qual descrito na inicial, a Recorrente realiza vendas interestaduais, comercializando, via *internet*, mercadorias para pessoas naturais e jurídicas, não contribuintes do ICMS, situadas nos mais diversos Estados da Federação.

Em função disso, é obrigada ao recolhimento do Diferencial de Alíquotas de ICMS ('Difal'), calculado com base na disparidade das alíquotas interestadual (12%) e interna (sempre superior). A premissa normativa constitucional é do art. 155, § 2º, VII e VIII, da CF/88, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 87/2015 2.

A partir da EC nº 87/2015 foi criada a competência tributária para instituição, pelos Estados, de hipótese de incidência de ICMS sobre as operações com mercadorias destinadas a pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não do Imposto, localizadas em outros Estados, cabendo, então, ao Estado de localização do destinatário o ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

Ocorre que, em frontal violação ao texto constitucional e às normas que presidem a instituição e a cobrança do ICMS, este Estado exige o Difal sob contornos normativos que violam os preceitos constitucionais dos arts. 146, I e III, alínea 'a', e 155, inciso XII, parágrafo 2º, alíneas 'a', 'c', 'd'

e 'i', da CF/88, de acordo com os quais fica reservada à lei complementar o tratamento de questões afetas ao diferencial de alíquotas de ICMS. Os artigos dispõem:

(...)

É precisamente nesta situação que se enquadra a Recorrente: comercializa mercadorias para consumidores finais, não contribuintes do ICMS, localizados em outros Estados. Fica, portanto, obrigada ao recolhimento do Difal, assim o tendo feito regularmente pelos últimos quase cinco anos.

Todavia, a cobrança da exação carece de fundamento de validade normativo nacional, condição inarredável para que o gravame seja legitimamente imposto.

A Constituição Federal, fundamento de validade máximo de nosso ordenamento, reserva o tratamento de determinadas matérias à lei complementar, exigindo a edição desta espécie de veículo normativo sempre de forma expressa para os casos que assim o faz.

É o que ocorre no caso do art. 146, III, 'a', da CF/88, segundo o qual 'cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária', especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

Assim, essa reserva de lei complementar torna nítido que, para a regulação dos impostos discriminados na Constituição, devem existir três níveis de normas:

(i) constitucional, no qual são outorgadas as competências impostivas;

(ii) o da lei complementar, no qual devem estar previstos tais elementos;

(iii) o da lei ordinária, onde deve encontrar-se a regulação minuciosa do imposto.

Relativamente ao ICMS, a lei complementar que cumpre este papel é a de nº 87/96, editada também em atenção ao art. 155, § 2º, XII, da CF/88, que, de sua parte, expressamente reserva diversas matérias a serem especificamente tratadas por lei complementar.

A Lei Complementar nº 87/96, efetivamente, dispõe sobre tais aspectos. Contudo – eis o ponto – não o faz relativamente à específica hipótese de incidência do ICMS-Difal nas remessas de mercadorias para não contribuintes situados em outros Estados. O que a Lei Complementar nº 87/96 apenas faz é regular, expressamente, a possibilidade de cobrança de diferenciais de alíquotas quando o destinatário for contribuinte do ICMS:

(...)

Desta feita, após a previsão constitucional de competência tributária impositiva através da EC 87/2015 (que alterou a redação do art. 155, § 2º, VII e VIII, da CF/88), deveria ser editada lei complementar que, atendendo aos reclamos do art. 146, III, 'a', e do art. 155, § 2º, XII, alíneas 'a', 'c', 'd' e 'i', da CF/88, previsse os pormenores do ICMS-Difal.

Inexiste, no ordenamento jurídico brasileiro, lei complementar editada para tal fim.

Mais e pior: conforme demonstrado acima, o Convênio Confaz nº 93/2015 almejou, textualmente, assumir este papel, dispondo que 'nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra

unidade federada, devem ser observadas as disposições previstas neste convênio'.

Na sequência, define, nada mais, nada menos, que (i) os contribuintes, (ii) compensação, (iii) cobrança, responsável e local das operações e (iv) a base de cálculo:

(...)

Ou seja, a mais não poder, o Convênio Confaz nº 93/2015 descaradamente usurpa a competência legiferante, neste caso, irremediavelmente reservada de forma exclusiva ao Congresso Nacional.

Ora, se a Constituição é o fundamento último da ordem jurídica, base das atividades estatais, e se esta mesma Constituição determina qual o veículo normativo apto e necessário para tratamento legal de certas matérias, é este veículo normativo a única via adequada para o desiderato.

Digno de nota é o fato de que, ainda em 2015, a assessoria jurídica do Confaz (a PGFN) emitiu o Parecer nº 1.226/2015 indicando a necessidade de edição de lei complementar para, validamente, ser instituída a cobrança do Difal de ICMS nas operações como as do caso em tela. Quanto ao ponto, aduziu:

(...)

Registre-se, por oportuno e relevante, que, a despeito de o regramento sobre o ICMS ser reservado à lei complementar, nos termos do art. 155, § 2º, XII, da Constituição Federal, a mesma Constituição e a LC nº 87/16, ao dispor sobre o tema, previram a possibilidade de edição de convênios, que devem obedecer aos limites constitucionais e legais. Por outro lado, o art. 102 do CTN admite a celebração de convênios para reconhecimento de extraterritorial-

dade da legislação tributária estadual, distrital e municipal. O âmbito do convênio não coincide, porém, com o da lei complementar. As cláusulas dos acordos entre os entes federados subordinam-se à lei complementar e às demais normas jurídicas superiores.

Embora o art. 155, § 2º, XII, 'g' da CF/88 reserve aos convênios dispor, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, sobre isenções, incentivos e benefícios fiscais em matéria de ICMS, não há impedimento a que União, Estados e o Distrito Federal celebrem convênios com outras finalidades, como para execução de suas leis, serviços ou decisões, a fim de prestarem assistência uns aos outros, seja para fiscalização ou para permuta de informações.

No entanto, não cabe ao Confaz dispor sobre base de cálculo, compensação tributária, contribuinte e outros atributos reservados à lei complementar, como visto. Isso porque, além da reserva de lei complementar, o Confaz não possui a legitimidade democrática necessária para a instituição de tributo, exigida pelos diversos dispositivos do ordenamento constitucional.

(...)

E, em 24 de fevereiro de 2021, ocorreu o julgamento do RE nº 1.287.019, entendendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal ser inconstitucional a cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS), introduzida pela Emenda Constitucional (EC) nº 87/2015, sem a edição de lei complementar para disciplinar esse mecanismo de compensação. A decisão assim menciona:

(...)

Entretanto, não é isso que ocorre nas cobranças feitas pelo Estado do Rio de Janeiro nas operações realizadas pela Recorrente. Isso por que:

(i) não há, na lei complementar que regula do ICMS (nº 87/96), qualquer dispositivo que sequer indiretamente faça ou possa fazer referência à existência, à incidência e à cobrança de ICMS sob a sistemática do diferencial de alíquotas, circunstância também destacada pelo STF no precedente acima referido: '[a] Lei Complementar nº 87/1996, ao cuidar do momento da consumação do fato gerador do imposto, não cogitou do diferencial de alíquotas'.

(ii) a base normativa na qual o Estado afirma lastrear a cobrança (Convênio Confaz ICMS nº 93/2015), não ser, como visto, admitida pela Constituição Federal como legítima para tanto.

(iii) em razão de a mera existência de norma local não suprir a exigência de lei complementar prévia. No caso deste Estado, a modalidade de tributação pelo Difal se dá pelo art. 2º, parágrafo único, IV e V e art. 3º XVIII e XIX da Lei nº 2.657/96, 6 na redação dada pela Lei nº 7.071/2015, com vigência a partir de 05/10/2015, com efeitos a partir de 01/01/2016, nos termos da Emenda Constitucional nº 87/2015.

Assim, ao arripio do regramento constitucional sobre a matéria, o art. 2º, parágrafo único, IV e V e art. 3º XVIII e XIX da Lei nº 2.657/96 instituiu, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o ICMS-Difal.

À evidência, o regramento estadual ilegítimamente ultrapassa a inexistência de fundamento de validade normativo na-

cional para instituição do Difal e cria, por ato próprio, o gravame.

Ademais, a necessidade de lei complementar a tratar da matéria é óbvia também pelo art. 146, I, da CF/88 e pela posição do STF:

(...)

Por todas as razões acima colocadas, conclui-se de maneira inequívoca que a alíquota referente ao DIFAL gera grave afronta aos dispositivos constitucionais atinentes à matéria, devendo ser reformado o acórdão recorrido' (f. 229/238e).

Ao final, requer seja o presente Recurso Ordinário RECEBIDO e processado, com fulcro no art. 105, II, b, da CF/88, para ao final conferir total provimento aos argumentos e razões expendidas, a fim de que seja REFORMADA A DECISÃO recorrida, para: (I) Reconhecer e declarar o direito de a Recorrente não recolher o Diferencial de Alíquotas de ICMS para o Estado do Rio de Janeiro nas suas operações que destinem mercadorias a não contribuintes do Imposto, localizados neste estado, enquanto não editadas a necessária lei complementar regulamentadora da EC nº 87/2015 e a nova lei estadual para o mesmo fim; (H) Ordenar à autoridade coatora que admita e não obste a apuração e compensação administrativa dos valores pagos a maior nos últimos 5 (cinco) anos, respeitado o período de vigência, contados do ingresso da presente demanda, acrescidos de SELIC contada da data de cada pagamento indevido até a efetiva realização do procedimento administrativo.

O presente processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015.

Isso porque o Secretário da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, que visa afastar a exigência do diferencial de alíquota do ICMS.

Com efeito, a jurisprudência das Turmas da Primeira Seção do STJ orienta-se no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança no qual se pleiteia o afastamento da exigência de ICMS, como demonstram os seguintes precedentes:

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO MARANHÃO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA, POR SE TRATAR DE IMPETRAÇÃO QUE VISA CESSAR A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS nº 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/02/1998), deixou anotado que 'a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o *writ*, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito'.

II. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS nº 36.846/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 07/12/2012), decidiu que, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer

o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida; mas autoridade coatora, nesse caso, é aquela que tem competência para o lançamento *ex officio*, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.

III. Sobre a teoria da encampação, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS nº 10.484/DF (Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJU de 26/09/2005), firmou o entendimento de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança quando preenchidos os seguintes requisitos, cumulativamente: (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 modificação de competência, estabelecida na Constituição.

IV. A Segunda Turma do STJ tem decidido que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que discutem a aplicabilidade do regime de substituição tributária do ICMS, bem como que não se aplica a teoria da encampação, nesses casos (RMS nº 43.553/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 25/09/2013; AgRg no RMS nº 46.032/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 06/04/2015).

V. Hipótese em que se trata de Mandado de Segurança Coletivo, no qual figura, como autoridade impetrada, o Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão, e consta, da petição inicial, formulação de pedido para que esta autoridade cesse a aplica-

ção da substituição tributária às rações não classificadas como 'pet' – destinadas a animais de produção –, ainda que classificadas na posição NCM 2309, ao argumento de que a aplicação da substituição tributária, nas operações interestaduais com tais rações, quando não classificadas como 'pet', seria contrária ao disposto no Protocolo ICMS 26/2004.

VI. Entretanto, consoante a orientação predominante nos supracitados precedentes da Segunda Turma do STJ, o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que discutem a aplicabilidade do regime de substituição tributária do ICMS.

VII. Ao contrário do que consta do presente Agravo Regimental, a Constituição do Estado do Maranhão, em seu art. 69, e a Lei Estadual nº 10.151/2014, em seus arts. 3º, I, e 40, II e IV, não conferem, ao Secretário de Estado da Fazenda, atribuição própria para aplicar o regime de substituição tributária, ou para fazer cessar sua aplicação, em qualquer situação concretamente considerada.

VIII. Não se aplica ao caso a teoria da encampação, pois a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda, no polo passivo deste Mandado de Segurança, implicou modificação da competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição do Estado do Maranhão.

IX. Agravo Regimental não provido' (STJ, AgRg no RMS nº 45.893/MA, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe de 18/09/2015).

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE

SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO Nº 13.162/2011 (PROTOCOLO ICMS 21/2011). ATO ATRIBUÍDO AO GOVERNADOR E AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar a cobrança de ICMS exigida pelo Estado do Mato Grosso do Sul com base no Decreto nº 13.162/2011, autorizado pelo Protocolo ICMS 21/2011, o qual determina o recolhimento de diferencial de alíquota interestadual em face de venda não presencial realizada por meio da internet, bem como impedir a apreensão das mercadorias destinadas aos consumidores residentes naquele Estado.

2. Não compete diretamente ao Governador ou ao Secretário de Estado de Fazenda indicado, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do tributo em comento. Inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II da Lei nº 1.810/97 (Código Tributário Estadual) e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto nº 9.203/1998 (Regulamento do ICMS).

3. Impossível, na espécie, a aplicação da teoria da encampação, na medida em que a indevida presença do Governador ou do Secretário de Estado de Fazenda no polo passivo do mandamus modifica a regra de competência jurisdicional disciplinada pela Constituição Estadual (art. 114, II, b).

4. Reconhecida, de ofício, a ilegitimidade das autoridades coatoras; prejudicado o recurso ordinário' (STJ, RMS nº 37.270/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe de 22/04/2013).

'PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA

SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. AUTO DE APREENSÃO. INEXISTÊNCIA DE ATO DE COMPETÊNCIA DE SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA.

1. Em mandado de segurança, a legitimidade para figurar no polo passivo é da autoridade que detém atribuição para adoção das providências tendentes a executar ou corrigir o ato combatido.

2. Recurso ordinário a que se nega provimento' (STJ, RMS nº 16.708/TO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJU de 18/04/2005).

Por outro lado, a impetrante não indicou qualquer ato, de efeitos concretos, já praticado, ou na iminência de ser praticado, pela autoridade impetrada – o Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro –, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Ademais, alega que 'o Convênio Confaz nº 93/2015 descaradamente usurpa a competência legiferante, neste caso, irremediavelmente reservada de forma exclusiva ao Congresso Nacional' (f. 233e) e que 'o Confaz não possui a legitimidade democrática necessária para a instituição de tributo, exigida pelos diversos dispositivos do ordenamento constitucional' (f. 235e). Nesse aspecto, a pretensão envolve análise de constitucionalidade do Convênio Confaz ICMS 93/2015, o que não se admite em sede de mandado de segurança.

Nesse contexto, incide, na espécie, a Súmula nº 266/STF ('Não cabe mandado de segurança contra lei em tese'), em conformidade com a orientação firmada pela Primeira Se-

ção do STJ, por ocasião do julgamento, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, do REsp nº 1.119.872/RS, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ALÍQUOTA DE 25%. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. DECRETO ESTADUAL Nº 27.427/00. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA Nº 266/STF. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra o Secretário Estadual da Fazenda do Rio de Janeiro, visando a declaração de inconstitucionalidade dos incisos VI, nº 2 e VIII, nº 7, do art. 14, do Decreto nº 27.427/00, ao fundamento de que a alíquota de 25% do ICMS incidente nas operações relativas à aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicações fere os princípios da seletividade e essencialidade.

2. Nas razões do apelo especial, a Fazenda Estadual alega inviabilidade de impetração de *mandamus* contra lei em tese; ilegitimidade passiva e ativa das partes e violação dos arts. 535, 480 e 481 do CPC.

3. No pertinente a impetração de ação mandamental contra lei em tese, a jurisprudência desta Corte Superior embora reconheça a possibilidade de mandado de segurança invocar a inconstitucionalidade da norma como fundamento para o pedido, não admite que a declaração de inconstitucionalidade, constitua, ela própria, pedido autônomo, tal como aqui formulado na inicial. Precedentes: RMS nº 21.271/

PA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 11/09/2006; RMS nº 32.022/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 20/08/2010; AgRg no REsp nº 855.223/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 04/05/2010; RMS nº 24.719/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJe de 06/08/2009.

4. Assim, à míngua de pedido expresso a respeito da declaração de inconstitucionalidade do ato apontado como coator, deve prevalecer o entendimento de que o presente mandado de segurança se voltando contra lei em tese, o que é obstado pelo entendimento da Súmula nº 266 do STF. Prejudicadas as demais questões suscitadas.

5. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

6. Recurso especial provido' (STJ, REsp nº 1.119.872/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, DJe de 20/10/2010).

No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado, em situação semelhante:

'PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COBRANÇA DE DIFERENCIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO CABIMENTO. TEMA Nº 430.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato atribuído ao Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão objetivando afastar a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) nas

vendas para pessoas físicas e jurídicas não contribuintes do ICMS. No Tribunal *a quo*, denegou-se a segurança. Esta Corte não conheceu do recurso ordinário em mandado de segurança.

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, em regra, o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que se discute incidência de tributos. Precedentes: AgInt no RMS nº 36.682/RJ, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 26/09/2017, DJe 09/10/2017; RMS nº 54.333/RN, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 20/10/2017; AgInt no RMS nº 54.968/RN, Relatora Ministra ASSUETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018; e AgInt no RMS nº 35.512/RJ, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 07/12/2018.

III - Ainda que fosse superado esse fundamento, verifica-se que a pretensão recursal, ainda assim, não comportaria ser conhecida.

IV - Na espécie, a parte recorrente sustenta o afastamento da cobrança do diferencial de ICMS estabelecida pelo Convênio ICMS nº 93/2015, sustentando que o referido imposto somente pode ser instituído e cobrado pelo ente federativo após a edição de lei complementar que venha a regulamentar a Emenda Constitucional nº 87/2015.

V - Assim, verifica-se que a pretensão recursal é, mesmo que indiretamente, de declaração da inconstitucionalidade da exigência do diferencial de alíquota do

ICMS. Em outras palavras, o pedido de afastamento da cobrança do DIFAL requer a análise da constitucionalidade do Convênio ICMS nº 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz, com fundamento na Emenda Constitucional nº 87/2015.

VI - Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça fixou, no julgamento do REsp nº 1.1198.72/RJ, a tese, em recursos repetitivos, de que 'é incabível mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese' (Tema nº 430/STJ). No mesmo sentido é o Enunciado Sumular nº 266/STF ('Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.'). A propósito: (AgInt no RMS nº 36.682/RJ, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 09/10/2017 e RMS nº 18.302/SE, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 27/03/2006).

VII - Agravo interno improvido' (STJ, AgInt no RMS nº 63.558/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe de 31/05/2021).

Ante o exposto, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015, de ofício, julgo extinto o Mandado de Segurança, sem resolução do mérito e, por conseguinte, julgo prejudicado o Recurso Ordinário. I" (f. 293/301e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"(i) DA NECESSIDADE DE OPORTUNIZAÇÃO DE EMENDA À INICIAL E CORREÇÃO DA AUTORIDADE COATORA

A extinção do processo sem resolução do mérito foi a decisão adotada pela Sra. Ministra por entender que o Secretário da Fazenda do

Estado do Rio de Janeiro não possui legitimidade para figurar como autoridade coatora no polo passivo do Mandado de Segurança em questão.

Ainda, a Agravante informa que impetrou o presente mandado de segurança no primeiro grau (Mandado de Segurança nº 0156745-05.2020.8.19.0001 – arquivado em 02 de setembro de 2020), todavia, na decisão proferida pelo juízo da 15ª Vara da Fazenda Pública foi declinada a competência para uma das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Por esse motivo, cumpre salientar que o Mandado de Segurança foi impetrado, inicialmente, no primeiro grau, mas foi encaminhado de ofício ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sem sequer apontar que o Secretário de Estado da Fazenda do Rio de Janeiro não era a correta autoridade coatora e oportunizar a correção. Na decisão proferida pelo juízo da 15ª Vara da Fazenda Pública, o entendimento adotado foi justamente no sentido de que 'a competência para processar e julgar Mandado de Segurança impetrado em face do Secretário de Estado de Fazenda do Estado é do Tribunal de Justiça, conforme o art. 6º, I, 'b' do Regimento Interno do Tribunal de Justiça deste Estado (...)' 1'. O dispositivo, *in verbis*:

Art.6º - Compete às Câmaras Cíveis de numeração 1ª a 22ª Resolução nº 14/2013 do E. Órgão Especial de 06/05/2013 I - processar e julgar:

b) os mandados de segurança e *habeas-data* contra atos dos Secretários de Estado, dos Prefeitos da Capital e dos Municípios com mais de 200.000 (duzentos mil) eleitores, do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, do Conselho Superior do

Ministério Público, do Conselho Superior da Defensoria Pública, dos Procuradores-Gerais de Justiça e do Estado.

No julgamento proferido pela Vigésima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não foi acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela autoridade coatora, tendo sido apreciado diretamente o mérito.

No ponto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ordena que o processo retorne à origem, para que seja dada oportunidade ao impetrante da emenda à inicial, a fim de indicar, com precisão, a autoridade coatora – uma vez que não houve a correção da autoridade coatora de ofício:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCLUIR QUAL OU QUAIS AUTORIDADES DEVAM FIGURAR NO POLO PASSIVO. RETORNO DO PROCESSO À ORIGEM. OPORTUNIZADO AO IMPETRANTE A EMENDA À INICIAL PARA INDICAR, COM PRECISÃO, A AUTORIDADE COATORA.

I - No presente caso, há nos autos duas informações distintas quanto ao responsável pela emissão da certidão de tempo de contribuição.

II - O impetrante indicou o Secretário de Estado da Administração e Recursos Humanos do Rio Grande do Sul, o Secretário de Estado da Fazenda e o Chefe do Instituto de Previdência do Estado, como autoridades coatoras, e instruiu a inicial com documento do Departamento de Administração Policial - Divisão de Pessoal.

III - Extinto o feito por ilegitimidade passiva, por decisão monocrática, o impetrante interpôs agravo interno e juntou cópia de

uma Instrução Normativa de 2009, emitida pelo Diretor-Presidente do IPERGS, indicando que a Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos - SARH, seria a responsável pela emissão da CTC e a Secretaria da Fazenda pela relação de contribuições, a serem encaminhadas para homologação pelo Diretor do IPERGS, com a informação de que o processo estaria pendente de análise no IPERGS.

IV - Fica claro que a emissão da certidão implica a atuação de diversos órgãos. Não estando claro, contudo, quem no momento detém o poder de efetivamente ultimar o ato, ao que tudo indica, complexo, que envolve ao menos duas autoridades, sendo que há mera notícia, sem qualquer comprovação, de que o processo estaria paralisado aguardando análise do Diretor-Presidente do IPERGS.

V - A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS nº 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PAR-GENDLER, DJU de 16/02/98), assentou que 'a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o *writ*, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito'.

VI - A ação mandamental exige que a inicial venha acompanhada de prova pré-constituída não apenas da existência do direito afirmado, mas também de que a autoridade apontada como coatora é a que deva de fato praticar o ato desejado ou ordenar a sua prática, uma vez que não admite dilação probatória.

VII - A jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, mais recente, admite a emenda da inicial ou, na hipótese

de erro escusável, a sua correção de ofício: RMS nº 55.062/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 24/05/2018; MS nº 17.388/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 11/05/2016, DJe 17/05/2016; REsp nº 1.678.462/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma do STJ, julgado em 24/10/2017, DJe 19/12/2017.)

VIII - Embora as autoridades apontadas pertençam a mesma pessoa jurídica de direito público, não é possível, nesta via recursal, à vista dos elementos constantes nos autos, concluir qual ou quais autoridades devam figurar no polo passivo, devendo o processo retornar à origem, para que seja dada oportunidade ao impetrante da emenda à inicial, a fim de indicar, com precisão, a autoridade coatora ou, caso assim entenda, buscar as vias ordinárias.

IX - Agravo interno improvido' (STJ, AgInt no RMS nº 57.987/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe de 14/12/2018).

E, além disso, o Superior Tribunal de Justiça entende que, dada a finalidade e importância do Mandado de Segurança, não pode este ser extinto sem resolução do mérito, por mera questão formal, sem oportunizar a emenda da inicial ou a correção da autoridade coatora de ofício:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA PARA FIGURAR, NO POLO PASSIVO, COMO AUTORIDADE IMPETRADA.

1. 'O Secretário da Fazenda Estadual apenas edita comandos gerais para a fiel execução da lei, não agindo diretamente na

execução da lavratura de auto de infração tributária, cabendo ao Delegado Regional Tributário a tarefa de executar os comandos gerais editados na Instrução Normativa estadual, razão pela qual a autoridade competente para responder ao *mandamus* é o Delegado Regional Tributário e não o Secretário da Fazenda' (STJ, AgRg no REsp nº 1.027.909/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 27/05/2010).

2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que 'considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Consequentemente, o Juiz, ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito' (REsp nº 865.391/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 07/08/2008).

3. Recurso Ordinário parcialmente provido. (RMS nº 51.524/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 17/10/2016).

Por esse motivo, deve o Mandado de Segurança ser remetido à origem para que a Impetrante corrija a autoridade coatora ou seja corrigida de ofício.

(ii) DO CABIMENTO DO MANDADO DE SE-

GURANÇA PARA FINS DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA A decisão monocrática proferida pela Eminente Ministra Relatora questiona o cabimento do *mandamus* em pretensão que envolve análise de constitucionalidade, mais precisamente do Convênio Confaz ICMS 93/2015, entendendo que não se admite a discussão em sede de mandado de segurança.

Pugna também pela incidência da Súmula nº 266 do STF – não cabimento do mandado de segurança contra lei em tese, em conformidade com a orientação firmada pela Primeira Seção do STJ.

Ocorre que o presente mandado de segurança é preventivo, ou seja, é impetrado contra os efeitos que a norma jurídica possa vir a produzir. Desse modo, enquanto houver possibilidade de existir tais efeitos, é manejável o instrumento preventivo.

E, no caso em tela, não há falar em impropriedade do mandado de segurança contra lei em tese, uma vez que, como visto, trata-se de ato concreto e individualizado.

Rogadas máximas vênias, o que se requer, na presente ação, é a concessão de segurança para declarar o direito a compensar, administrativamente, os valores recolhidos a maior nos cinco anos anteriores ao ajuizamento do mandado de segurança. A possibilidade é, inclusive, chancelada pela Súmula nº 213 do STJ:

(...)

Outrossim, desde 2009, o STJ, quando do julgamento do Tema Repetitivo nº 118, em voto da lavra do saudoso Min. TEORI ZAVASCKI, sacramentava a inafastabilidade do mandado de segurança como medida judicial passível de utilização, à escolha do contribuinte, para fins de requerimento de compensação tributária.

Durante a revisitação do tema em março de 2019, o Superior Tribunal de Justiça, também em julgamento repetitivo (REsp nº 1.715.256 e nº 1.365.095), definiu ser indubitável o cabimento da ação mandamental para o fim de compensação tributária, nesta assentada definindo a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação:

(...)

Uma delas – como a que presentemente se ajuíza – se limita a ver reconhecido o direito de compensar, mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, o que tem reflexos, inclusive, na apresentação da prova pré-constituída. Assim,

'postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.'

A propósito, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional já se manifestou, através do Parecer nº 1.177/2013, no sentido de que a sentença proferida em sede de Mandado de Segurança que reconhece a inexistência de relação jurídico-tributária pode declarar

o direito à compensação de parcelas posteriores à propositura da ação.

Cabe destacar, ainda, quanto ao caráter preventivo da demanda, na esteira da melhor doutrina, que ação assim revestida visa a evitar que a autoridade fiscal venha a praticar ato de lançamento ou fiscalização calcado em norma jurídica tida por ilegal ou inconstitucional. Isto é, a preventividade decorre do agir concreto da autoridade fazendária que promove obrigatoriamente de modo vinculado o lançamento e a fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional (arts. 3º e 142, § único, do CTN) 2.

Dessa forma, deve ser reconsiderada a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pela Agravante. Não sendo o caso da decisão ser reconsiderada pela Eminente Ministra Relatora, deve o presente recurso ser levado a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta" (f. 310/315e).

Por fim, requer "digne-se Vossa Excelência, RECONSIDERAR a decisão que julgou prejudicado o Recurso em Mandado de Segurança nº 66.940, na forma do § 2º do art. 1.021 do CPC. Não havendo retratação, requer seja o presente recurso LEVADO A JULGAMENTO pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta" (f. 315/316e).

Impugnação da parte agravada, a f. 321/326e, pelo não conhecimento/improvemento do recurso.

É o relatório.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RAZÕES QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, OS FUNDAMENTOS DA

DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA N° 182/STJ E ART. 1.021, § 1º, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. A decisão ora agravada extinguiu o processo, sem resolução do mérito, julgando prejudicado o Recurso Ordinário, tendo em vista o entendimento da jurisprudência do STJ ser no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança no qual se pleiteia o afastamento da exigência de ICMS, e à impossibilidade de análise de constitucionalidade do Convênio Confaz ICMS 93/2015 em sede de mandado de segurança, nos termos da Súmula n° 266/STF.

III. O Agravo interno, porém, não impugna, específica e motivadamente, os fundamentos da decisão agravada, pelo que constituem óbices ao conhecimento do inconformismo a Súmula n° 182 desta Corte e o art. 1.021, § 1º, do CPC/2015. Nesse sentido: STJ, AgInt nos EDcl no AREsp n° 1.712.233/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 01/03/2021; AgInt no AREsp n° 1.745.481/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe de 01/03/2021; AgInt no AREsp n° 1.473.294/RN, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, DJe de 22/06/2020; AgInt no AREsp n° 1.077.966/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 17/10/2017; AgRg no AREsp n° 830.965/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe de 13/05/2016.

IV. Agravo interno não conhecido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora):

O presente recurso não merece ser conhecido.

De início, nesta Corte, a decisão ora impugnada foi proferida, como relatado, com base na seguinte fundamentação:

"O presente processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015.

Isso porque o Secretário da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, no polo passivo deste Mandado de Segurança, que visa afastar a exigência do diferencial de alíquota do ICMS.

Com efeito, a jurisprudência das Turmas da Primeira Seção do STJ orienta-se no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança no qual se pleiteia o afastamento da exigência de ICMS, como demonstram os seguintes precedentes:

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO MARANHÃO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DO MANDADO DE SEGURANÇA, POR SE TRATAR DE IMPETRAÇÃO QUE VISA CESSAR A APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS n° 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJU de 16/02/1998), deixou anotado que 'a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos su-

bordinados a respeito da aplicação da lei no âmbito administrativo; mal endereçado o *writ*, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito'.

II. A Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no RMS nº 36.846/RJ (Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 07/12/2012), decidiu que, no regime do lançamento por homologação, a iminência de sofrer o lançamento fiscal, acaso não cumpra a legislação de regência, autoriza o sujeito passivo da obrigação tributária a impetrar mandado de segurança contra a exigência que considera indevida; mas autoridade coatora, nesse caso, é aquela que tem competência para o lançamento *ex officio*, que, certamente, não é o Secretário de Estado da Fazenda.

III. Sobre a teoria da encampação, a Primeira Seção do STJ, nos autos do MS nº 10.484/DF (Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJU de 26/09/2005), firmou o entendimento de que tal teoria apenas se aplica ao mandado de segurança quando preenchidos os seguintes requisitos, cumulativamente: (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 modificação de competência, estabelecida na Constituição.

IV. A Segunda Turma do STJ tem decidido que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que discutem a aplicabilidade do regime de substituição tributária do ICMS, bem como que não se aplica a teoria da encampação, nesses casos (RMS nº 43.553/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 25/09/2013; AgRg no RMS

nº 46.032/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 06/04/2015).

V. Hipótese em que se trata de Mandado de Segurança Coletivo, no qual figura, como autoridade impetrada, o Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão, e consta, da petição inicial, formulação de pedido para que esta autoridade cesse a aplicação da substituição tributária às rações não classificadas como 'pet' - destinadas a animais de produção -, ainda que classificadas na posição NCM 2309, ao argumento de que a aplicação da substituição tributária, nas operações interestaduais com tais rações, quando não classificadas como 'pet', seria contrária ao disposto no Protocolo ICMS 26/2004.

VI. Entretanto, consoante a orientação predominante nos supracitados precedentes da Segunda Turma do STJ, o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandados de segurança que discutem a aplicabilidade do regime de substituição tributária do ICMS.

VII. Ao contrário do que consta do presente Agravo Regimental, a Constituição do Estado do Maranhão, em seu art. 69, e a Lei Estadual nº 10.151/2014, em seus arts. 3º, I, e 40, II e IV, não conferem, ao Secretário de Estado da Fazenda, atribuição própria para aplicar o regime de substituição tributária, ou para fazer cessar sua aplicação, em qualquer situação concretamente considerada.

VIII. Não se aplica ao caso a teoria da encampação, pois a indevida presença do Secretário de Estado da Fazenda, no polo passivo deste Mandado de Segurança, implicou modificação da competência jurisdicional, disciplinada pela Constituição do Estado do Maranhão.

IX. Agravo Regimental não provido' (STJ, AgRg no RMS nº 45.893/MA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe de 18/09/2015).

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INSURGÊNCIA CONTRA A COBRANÇA DE TRIBUTO. DECRETO Nº 13.162/2011 (PROTOCOLO ICMS 21/2011). ATO ATRIBUÍDO AO GOVERNADOR E AO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar a cobrança de ICMS exigida pelo Estado do Mato Grosso do Sul com base no Decreto nº 13.162/2011, autorizado pelo Protocolo ICMS 21/2011, o qual determina o recolhimento de diferencial de alíquota interestadual em face de venda não presencial realizada por meio da *internet*, bem como impedir a apreensão das mercadorias destinadas aos consumidores residentes naquele Estado.

2. Não compete diretamente ao Governador ou ao Secretário de Estado de Fazenda indicado, mas, sim, aos Agentes Fiscais, a fiscalização e a cobrança do tributo em comento. Inteligência dos arts. 219, § 1º, incisos I e II da Lei nº 1.810/97 (Código Tributário Estadual) e 123, §§ 1º, 2º e 3º, do Decreto nº 9.203/1998 (Regulamento do ICMS).

3. Impossível, na espécie, a aplicação da teoria da encampação, na medida em que a indevida presença do Governador ou do Secretário de Estado de Fazenda no polo passivo do *mandamus* modifica a regra de competência jurisdicional disciplinada pela Constituição Estadual (art. 114, II, b).

4. Reconhecida, de ofício, a ilegitimidade das autoridades coatoras; prejudicado o

recurso ordinário' (STJ, RMS nº 37.270/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe de 22/04/2013).

'PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. AUTO DE APREENSÃO. INEXISTÊNCIA DE ATO DE COMPETÊNCIA DE SECRETÁRIO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA.

1. Em mandado de segurança, a legitimidade para figurar no pólo passivo é da autoridade que detém atribuição para adoção das providências tendentes a executar ou corrigir o ato combatido.

2. Recurso ordinário a que se nega provimento' (STJ, RMS nº 16.708/TO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJU de 18/04/2005).

Por outro lado, a impetrante não indicou qualquer ato, de efeitos concretos, já praticado, ou na iminência de ser praticado, pela autoridade impetrada – o Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro –, a justificar a competência originária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Ademais, alega que 'o Convênio Confaz nº 93/2015 descaradamente usurpa a competência legiferante, neste caso, irremediavelmente reservada de forma exclusiva ao Congresso Nacional' (f. 233e) e que 'o Confaz não possui a legitimidade democrática necessária para a instituição de tributo, exigida pelos diversos dispositivos do ordenamento constitucional' (f. 235e).

Nesse aspecto, a pretensão envolve análise de constitucionalidade do Convênio Confaz ICMS 93/2015, o que não se admite em sede de

mandado de segurança. Nesse contexto, incide, na espécie, a Súmula nº 266/STF ('Não cabe mandado de segurança contra lei em tese'), em conformidade com a orientação firmada pela Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, do REsp nº 1.119.872/RS, cujo acórdão recebeu a seguinte ementa:

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ALÍQUOTA DE 25%. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. DECRETO ESTADUAL Nº 27.427/00. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA Nº 266/STF. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra o Secretário Estadual da Fazenda do Rio de Janeiro, visando a declaração de inconstitucionalidade dos incisos VI, nº 2 e VIII, nº 7, do art. 14, do Decreto nº 27.427/00, ao fundamento de que a alíquota de 25% do ICMS incidente nas operações relativas à aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicações fere os princípios da seletividade e essencialidade.

2. Nas razões do apelo especial, a Fazenda Estadual alega inviabilidade de impetração de *mandamus* contra lei em tese; ilegitimidade passiva e ativa das partes e violação dos arts. 535, 480 e 481 do CPC.

3. No pertinente a impetração de ação mandamental contra lei em tese, a jurisprudência desta Corte Superior embora reconheça a possibilidade de mandado de segurança invocar a inconstitucionalidade da norma como fundamento para o

pedido, não admite que a declaração de inconstitucionalidade, constitua, ela própria, pedido autônomo, tal como aqui formulado na inicial. Precedentes: RMS nº 21.271/PA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJ 11/09/2006; RMS nº 32.022/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 20/08/2010; AgRg no REsp nº 855.223/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 04/05/2010; RMS nº 24.719/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJe de 06/08/2009.

4. Assim, à míngua de pedido expresso a respeito da declaração de inconstitucionalidade do ato apontado como coator, deve prevalecer o entendimento de que o presente mandado de segurança voltando-se contra lei em tese, o que é obstado pelo entendimento da Súmula nº 266 do STF. Prejudicadas as demais questões suscitadas.

5. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução nº 08/STJ.

6. Recurso especial provido' (STJ, REsp nº 1.119.872/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, DJe de 20/10/2010).

No mesmo sentido, confira-se o seguinte julgado, em situação semelhante:

'PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COBRANÇA DE DIFERENCIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO CABIMENTO. TEMA Nº 430.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato atribuído ao

Secretário da Fazenda do Estado do Maranhão objetivando afastar a cobrança de diferencial de alíquota de ICMS (DIFAL) nas vendas para pessoas físicas e jurídicas não contribuintes do ICMS. No Tribunal *a quo*, denegou-se a segurança. Esta Corte não conheceu do recurso ordinário em mandado de segurança.

II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, em regra, o Secretário de Estado não possui legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança em que se discute incidência de tributos. Precedentes: AgInt no RMS nº 36.682/RJ, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 26/09/2017, DJe 09/10/2017; RMS nº 54.333/RN, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 20/10/2017; AgInt no RMS nº 54.968/RN, Relatora Ministra ASSUETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018; e AgInt no RMS nº 35.512/RJ, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 07/12/2018.

III - Ainda que fosse superado esse fundamento, verifica-se que a pretensão recursal, ainda assim, não comportaria ser conhecida.

IV - Na espécie, a parte recorrente sustenta o afastamento da cobrança do diferencial de ICMS estabelecida pelo Convênio ICMS nº 93/2015, sustentando que o referido imposto somente pode ser instituído e cobrado pelo ente federativo após a edição de lei complementar que venha a regulamentar a Emenda Constitucional nº 87/2015.

V - Assim, verifica-se que a pretensão recursal é, mesmo que indiretamente, de decla-

ração da inconstitucionalidade da exigência do diferencial de alíquota do ICMS. Em outras palavras, o pedido de afastamento da cobrança do DIFAL requer a análise da constitucionalidade do Convênio ICMS nº 93/2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz, com fundamento na Emenda Constitucional nº 87/2015.

VI - Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça fixou, no julgamento do REsp nº 1.1198.72/RJ, a tese, em recursos repetitivos, de que 'é incabível mandado de segurança que tem como pedido autônomo a declaração de inconstitucionalidade de norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese' (Tema nº 430/STJ). No mesmo sentido é o Enunciado Sumular nº 266/STF ('Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.'). A propósito: (AgInt no RMS nº 36.682/RJ, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 09/10/2017 e RMS nº 18.302/SE, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 27/03/2006).

VII - Agravo interno improvido' (STJ, AgInt no RMS nº 63.558/MA, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe de 31/05/2021).

Ante o exposto, com fundamento no art. 485, VI, § 3º, do CPC/2015, de ofício, julgo extinto o Mandado de Segurança, sem resolução do mérito e, por conseguinte, julgo prejudicado o Recurso Ordinário. I" (f. 297/301e).

No presente Agravo interno, todavia, a parte recorrente não impugna, especificamente, os fundamentos da decisão agravada - relativos ao entendimento da jurisprudência do STJ ser no sentido de que o Secretário de Estado da Fazenda não possui legitimidade para figurar, como autoridade coatora, em mandado de segurança no qual se

pleiteia o afastamento da exigência de ICMS, e à impossibilidade de análise de constitucionalidade do Convênio Confaz ICMS nº 93/2015 em sede de mandado de segurança, nos termos da Súmula nº 266/STF, suficientes para a manutenção do decisum –, limitando-se a sustentar que:

"(i) DA NECESSIDADE DE OPORTUNIZAÇÃO DE EMENDA À INICIAL E CORREÇÃO DA AUTORIDADE COATORA

A extinção do processo sem resolução do mérito foi a decisão adotada pela Sra. Ministra por entender que o Secretário da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro não possui legitimidade para figurar como autoridade coatora no polo passivo do Mandado de Segurança em questão.

Ainda, a Agravante informa que impetrou o presente mandado de segurança no primeiro grau (Mandado de Segurança nº 0156745-05.2020.8.19.0001 – arquivado em 02 de setembro de 2020), todavia, na decisão proferida pelo juízo da 15ª Vara da Fazenda Pública foi declinada a competência para uma das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Por esse motivo, cumpre salientar que o Mandado de Segurança foi impetrado, inicialmente, no primeiro grau, mas foi encaminhado de ofício ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sem sequer apontar que o Secretário de Estado da Fazenda do Rio de Janeiro não era a correta autoridade coatora e oportunizar a correção. Na decisão proferida pelo juízo da 15ª Vara da Fazenda Pública, o entendimento adotado foi justamente no sentido de que 'a competência para processar e julgar Mandado de Segurança impetrado em face do Secretário de Estado de Fazenda do Estado é do Tribunal de Justiça, conforme o art. 6º, I, 'b' do Regimento Interno do

Tribunal de Justiça deste Estado (...) 1'. O dispositivo, *in verbis*:

Art.6º - Compete às Câmaras Cíveis de numeração 1ª a 22ª: Resolução nº 14/2013 do E. Órgão Especial de 06/05/2013 I - processar e julgar:

b) os mandados de segurança e *habeas-data* contra atos dos Secretários de Estado, dos Prefeitos da Capital e dos Municípios com mais de 200.000 (duzentos mil) eleitores, do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, do Conselho Superior do Ministério Público, do Conselho Superior da Defensoria Pública, dos Procuradores-Gerais de Justiça e do Estado.

No julgamento proferido pela Vigésima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não foi acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela autoridade coatora, tendo sido apreciado diretamente o mérito.

No ponto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ordena que o processo retorne à origem, para que seja dada oportunidade ao impetrante da emenda à inicial, a fim de indicar, com precisão, a autoridade coatora – uma vez que não houve a correção da autoridade coatora de ofício:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCLUIR QUAL OU QUAIS AUTORIDADES DEVAM FIGURAR NO POLO PASSIVO. RETORNO DO PROCESSO À ORIGEM. OPORTUNIZADO AO IMPETRANTE A EMENDA À INICIAL PARA INDICAR, COM PRECISÃO, A AUTORIDADE COATORA.

I - No presente caso, há nos autos duas informações distintas quanto ao respon-

sável pela emissão da certidão de tempo de contribuição.

II - O impetrante indicou o Secretário de Estado da Administração e Recursos Humanos do Rio Grande do Sul, o Secretário de Estado da Fazenda e o Chefe do Instituto de Previdência do Estado, como autoridades coatoras, e instruiu a inicial com documento do Departamento de Administração Policial - Divisão de Pessoal.

III - Extinto o feito por ilegitimidade passiva, por decisão monocrática, o impetrante interpôs agravo interno e juntou cópia de uma Instrução Normativa de 2009, emitida pelo Diretor-Presidente do IPERGS, indicando que a Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos - SARH, seria a responsável pela emissão da CTC e a Secretaria da Fazenda pela relação de contribuições, a serem encaminhadas para homologação pelo Diretor do IPERGS, com a informação de que o processo estaria pendente de análise no IPERGS.

IV - Fica claro que a emissão da certidão implica a atuação de diversos órgãos. Não estando claro, contudo, quem no momento detém o poder de efetivamente ultimar o ato, ao que tudo indica, complexo, que envolve ao menos duas autoridades, sendo que há mera notícia, sem qualquer comprovação, de que o processo estaria paralisado aguardando análise do Diretor-Presidente do IPERGS.

V - A Primeira Seção do STJ, ao julgar o MS nº 4.839/DF (Rel. Ministro ARI PARAGENDLER, DJU de 16/02/98), assentou que 'a autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica o ato, não a que genericamente orienta os órgãos subordinados a respeito da aplicação da lei

no âmbito administrativo; mal endereçado o *writ*, o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito'.

VI - A ação mandamental exige que a inicial venha acompanhada de prova pré-constituída não apenas da existência do direito afirmado, mas também de que a autoridade apontada como coatora é a que deva de fato praticar o ato desejado ou ordenar a sua prática, uma vez que não admite dilação probatória.

VII - A jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, mais recente, admite a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, a sua correção de ofício: RMS nº 55.062/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 24/05/2018; MS nº 17.388/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 11/05/2016, DJe 17/05/2016; REsp nº 1.678.462/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma do STJ, julgado em 24/10/2017, DJe 19/12/2017.)

VIII - Embora as autoridades apontadas pertençam a mesma pessoa jurídica de direito público, não é possível, nesta via recursal, à vista dos elementos constantes nos autos, concluir qual ou quais autoridades devam figurar no polo passivo, devendo o processo retornar à origem, para que seja dada oportunidade ao impetrante da emenda à inicial, a fim de indicar, com precisão, a autoridade coatora ou, caso assim entenda, buscar as vias ordinárias.

IX - Agravo interno improvido' (STJ, AgInt no RMS nº 57.987/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe de 14/12/2018).

E, além disso, o Superior Tribunal de Justiça entende que, dada a finalidade e importância

do Mandado de Segurança, não pode este ser extinto sem resolução do mérito, por mera questão formal, sem oportunizar a emenda da inicial ou a correção da autoridade coatora de ofício:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA PARA FIGURAR, NO POLO PASSIVO, COMO AUTORIDADE IMPETRADA.

1. 'O Secretário da Fazenda Estadual apenas edita comandos gerais para a fiel execução da lei, não agindo diretamente na execução da lavratura de auto de infração tributária, cabendo ao Delegado Regional Tributário a tarefa de executar os comandos gerais editados na Instrução Normativa estadual, razão pela qual a autoridade competente para responder ao *mandamus* é o Delegado Regional Tributário e não o Secretário da Fazenda' (STJ, AgRg no REsp nº 1.027.909/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 27/05/2010).

2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que 'considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade. Consequentemente, o Juiz, ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito' (REsp

nº 865.391/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 07/08/2008.

3. Recurso Ordinário parcialmente provido. (RMS nº 51.524/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 17/10/2016).

Por esse motivo, deve o Mandado de Segurança ser remetido à origem para que a Impetrante corrija a autoridade coatora ou seja corrigida de ofício.

(ii) DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA FINS DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA A decisão monocrática proferida pela Eminente Ministra Relatora questiona o cabimento do *mandamus* em pretensão que envolve análise de constitucionalidade, mais precisamente do Convênio Confaz ICMS nº 93/2015, entendendo que não se admite a discussão em sede de mandado de segurança.

Pugna também pela incidência da Súmula nº 266 do STF – não cabimento do mandado de segurança contra lei em tese, em conformidade com a orientação firmada pela Primeira Seção do STJ.

Ocorre que o presente mandado de segurança é preventivo, ou seja, é impetrado contra os efeitos que a norma jurídica possa vir a produzir. Desse modo, enquanto houver possibilidade de existir tais efeitos, é manejável o instrumento preventivo.

E, no caso em tela, não há falar em impetração do mandado de segurança contra lei em tese, uma vez que, como visto, trata-se de ato concreto e individualizado.

Rogadas máximas vênias, o que se requer, na presente ação, é a concessão de segurança para declarar o direito a compensar, administrativamente, os valores recolhidos a maior nos cinco anos anteriores ao ajuizamento do

mandado de segurança. A possibilidade é, inclusive, chancelada pela Súmula nº 213 do STJ:

(...)

Outrossim, desde 2009, o STJ, quando do julgamento do Tema Repetitivo nº 118, em voto da lavra do saudoso Min. TEORI ZAVASCKI, sacramentava a inafastabilidade do mandado de segurança como medida judicial passível de utilização, à escolha do contribuinte, para fins de requerimento de compensação tributária.

Durante a revisitação do tema em março de 2019, o Superior Tribunal de Justiça, também em julgamento repetitivo (REsp nº 1.715.256 e nº 1.365.095), definiu ser indubitável o cabimento da ação mandamental para o fim de compensação tributária, nesta assentada definindo a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação:

(...)

Uma delas – como a que presentemente se ajuíza – se limita a ver reconhecido o direito de compensar, mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, o que tem reflexos, inclusive, na apresentação da prova pré-constituída. Assim,

'postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes

de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.'

A propósito, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional já se manifestou, através do Parecer nº 1.177/2013, no sentido de que a sentença proferida em sede de Mandado de Segurança que reconhece a inexistência de relação jurídico-tributária pode declarar o direito à compensação de parcelas posteriores à propositura da ação.

Cabe destacar, ainda, quanto ao caráter preventivo da demanda, na esteira da melhor doutrina, que ação assim revestida visa a evitar que a autoridade fiscal venha a praticar ato de lançamento ou fiscalização calcado em norma jurídica tida por ilegal ou inconstitucional. Isto é, a preventividade decorre do agir concreto da autoridade fazendária que promove obrigatoriamente de modo vinculado o lançamento e a fiscalização, sob pena de responsabilidade funcional (arts. 3º e 142, § único, do CTN) 2.

Dessa forma, deve ser reconsiderada a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pela Agravante. Não sendo o caso da decisão ser reconsiderada pela Eminente Ministra Relatora, deve o presente recurso ser levado a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta" (f. 310/315e).

Registre-se, ainda, que "não basta, para afastar o óbice da Súmula nº 83 do STJ, a alegação genérica de que o acórdão recorrido não está em consonância com a jurisprudência desta Corte, devendo a parte recorrente demonstrar que outra é a positivação do direito na jurisprudência do STJ, com a indicação clara de precedentes contemporâneos ou supervenientes aos referidos na decisão agravada" (STJ, AgInt no AREsp nº

1.685.430/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 24/11/2020), o que não ocorreu, no caso.

No mesmo sentido, confirmam-se, ainda:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO STJ. SÚMULA Nº 182/STJ. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 231G (DUZENTOS E TRINTA E UM GRAMAS) DE COCAÍNA. MINUTA DE AGRAVO QUE NÃO INFIRMA ESPECIFICAMENTE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA Nº 83/STJ. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nas razões do agravo em recurso especial, não foi rebatido, concretamente, o fundamento da decisão agravada relativo à aplicação da Súmula nº 83 do Superior Tribunal de Justiça, atraindo, à espécie, a incidência da Súmula nº 182 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não foi demonstrado o desacerto da decisão agravada, indicando eventual superação do entendimento do STJ por meio de julgado mais recente que o citado na decisão que inadmitiu o recurso especial, por meio do qual a Corte local se orientou ou, ainda, eventual distinção com o caso dos autos.

3. Agravo regimental desprovido' (STJ, AgRg no AREsp nº 1.693.498/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe de 01/09/2020)

'AGRAVO INTERNO NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. LIQUIDAÇÃO. AN DEBEATUR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 83/STJ. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 182/STJ E ART. 932, III, DO CPC.

1. Para impugnar a decisão agravada que adota julgado desta Corte como razões de decidir cabe à parte recorrente demonstrar que outra é a positivação do direito na jurisprudência desta Corte, com a indicação de precedentes contemporâneos ou supervenientes.

2. Não havendo impugnação específica acerca de todos os fundamentos da decisão que deixou de admitir o recurso especial, deve ser aplicado, por analogia, o teor da Súmula nº 182 deste Tribunal Superior.

3. Agravo interno a que se nega provimento' (STJ, AgInt no AREsp nº 1.182.583/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, DJe de 23/10/2018).

'RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº

2. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADOS (SÚMULA Nº 182 do STJ). PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS. TEMA JÁ JULGADO EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. Não tendo sido admitido o recurso especial na origem, com base em entendimento consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, incumbe à agravante demonstrar, no agravo de instrumento, que a orientação jurisprudencial não está pacificada no mesmo sentido do acórdão recorrido, e não simplesmente reiterar as razões do recurso denegado ou alegar que o Presidente do Tribunal *a quo* não poderia adentrar o mérito recursal. Incide na espécie, por analogia, a Súmula nº 182/STJ: 'É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.'

2. Este Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso representativo da controvérsia REsp. nº 1.144.469 - PR (Primeira Seção, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 10/08/2016), firmou as teses de que: a) 'O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações'; e b) 'O artigo 3º, § 2º, III, da Lei nº 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica'.

3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp nº 287.296/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 19/12/2016).

Ou seja, deveriam ter sido enfrentados os fundamentos determinantes dos julgados apontados como precedentes, ou com a demonstração de que não se aplicam eles ao caso concreto, ou de que há julgados contemporâneos ou posteriores do STJ em sentido diverso, situação que caracteriza a ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida.

Com efeito, a parte agravante tem o ônus da impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada. Não basta repetir as razões já expendidas, no recurso anterior, ou limitar-se a afirmar, genericamente, o *decisum*. É preciso que o Agravo interno impugne, dialogue, combata, enfim, demonstre o desacerto do que restou decidido.

Encampando tal compreensão, esta Corte editou a Súmula nº 182, *in verbis*:

"É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada".

Ainda a propósito do tema, a lição de CASSIO SCARPINELLA BUENO (*in* Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, Vol. 5, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30/31) acerca da aplicabilidade da Súmula nº 182/STJ:

"O 'princípio da dialeticidade' (...) atrela-se com a necessidade de o recorrente demonstrar as razões de seu inconformismo, revelando por que a decisão lhe traz algum gravame e por que a decisão deve ser anulada ou reformada.

Examinado o princípio desta perspectiva, é irrecusável a conclusão de que ele está intimamente ligado à própria regularidade formal do recurso e ao entendimento, derivado do sistema processual civil (...), de que não é suficiente a interposição do recurso mas que o recorrente apresente, desde logo, as suas razões.

Aplicação correta do princípio aqui examinado encontra-se na Súmula nº 182 do STJ, segundo a qual: 'É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada'. (...) Embora os enunciados (e os precedentes) dessas Súmulas digam respeito a específicas modalidades recursais, é correto e desejável sua ampliação para albergar quaisquer recursos.

Importa, a este respeito, destacar que o recurso deve evidenciar que a decisão precisa ser anulada ou reformada, e não que o recorrente tem razão. É inepto o recurso que se limita a reiterar as razões anteriormente expostas e que, com o proferimento da decisão, foram rejeitadas. A tônica do recurso é remover o obstáculo criado pela decisão e não reavivar razões já repelidas.

O recurso tem de combater a decisão jurisdicional naquilo que ela o prejudica, naquilo que ela lhe nega pedido ou posição de vantagem processual, demonstrando o seu desacerto, do ponto de vista procedimental (*error in procedendo*) ou do ponto de vista do próprio julgamento (*error in iudicando*). Não atende ao princípio aqui examinado o recurso que se limita a afirmar a sua posição jurídica como a mais correta. Na perspectiva recursal, é a decisão que deve ser confrontada".

A nova sistemática processual, introduzida pelo CPC de 2015, ratificou tal compreensão, *in verbis*:

"Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal. § 1º. Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada".

No mesmo sentido leciona a doutrina, quando afirma que "o agravante tem o ônus da impugnação especificada aos fundamentos da decisão agravada. Não basta, pois, a simples repetição do recurso anterior. É preciso que o agravo interno impugne, combata, enfim, demonstre o desacerto da decisão agravada. No ponto, o art. 1.021, § 1º positiva o princípio da dialeticidade recursal" (LUIZ HENRIQUE V. CAMARGO, *in* Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas - Coordenadores, Ed. RT, 2015, p. 2.262).

Assim, constata-se que o princípio da dialeticidade permanece vivo, nesse novo diploma processual, uma vez que se revela indispensável que a parte recorrente faça a impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada,

expondo os motivos pelos quais não teriam sido devidamente apreciados os fatos e/ou as razões pelas quais não se teria aplicado corretamente o direito, no caso concreto, enfrentando os fundamentos da decisão agravada, o que não ocorreu, na hipótese dos autos.

A propósito, a lição de NELSON NERY JR (in Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos, 2ª ed., Revista dos Tribunais, p. 154), *in verbis*:

"Entendemos que a exposição dos motivos de fato e de direito que ensejaram a interposição do recurso e o pedido de nova decisão em sentido contrário à recorrida, são requisitos essenciais e, portanto, obrigatórios. A inexistência das razões ou de pedido de nova decisão acarreta juízo de admissibilidade negativo: o recurso não é conhecido. (...) Vige, no tocante aos recursos, o princípio da dialeticidade (...). Segundo esse princípio, o recurso deverá ser dialético, discursivo. O recorrente deverá declinar o porque do pedido de reexame da decisão. (...) O procedimento recursal é semelhante ao inaugural de uma ação civil. A petição de recurso é assemelhável à peça inaugural, devendo, pois, conter os fundamentos de fato e de direito e o pedido. Tanto é assim, que já se afirmou ser causa de inépcia a interposição de recurso sem motivação. (...) O recurso se compõe de duas partes distintas sob o aspecto de conteúdo: a) declaração expressa sobre a insatisfação com a decisão (elemento volitivo); b) os motivos dessa insatisfação (elemento de razão ou descritivo). Sem a vontade de recorrer não há recurso. Essa vontade deve manifestar-se de forma inequívoca, sob pena de não conhecimento. Não basta somente a vontade de recorrer, sendo imprescindível a dedução das razões (descrição) pelas quais se pede novo pronunciamento jurisdicional sobre a questão objeto do recurso. As razões do

recurso são elemento indispensável para que o tribunal, ao qual se o dirige, possa julgá-lo, ponderando-as em confronto com os motivos da decisão recorrida que lhe embasaram a parte dispositiva".

Desse modo, interposto Agravo interno com razões deficientes e insuficientes, que não impugnaram, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, devem ser aplicados, no particular, a Súmula nº 182 desta Corte e o art. 1.021, § 1º, do CPC/2015.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ART. 1.021, § 1º, DO CPC. SÚMULA Nº 182 DO STJ.

1. Nos termos do art. 1.021, § 1º, do CPC, cabe à parte agravante, na petição de agravo interno, refutar especificamente os fundamentos da decisão agravada, o que, na hipótese dos autos, não foi atendido.

2. No caso em apreço, a insurgente deixou de impugnar os pressupostos da decisão do Tribunal de origem que inadmitiu o recurso, quais sejam, a incidência das Súmulas nº 83 do STJ e nº 283 do STF.

3. Aplicação da Súmula nº 182/STJ: 'É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.'

4. Desnecessária a assertiva de que a matéria de fundo esteja afetada sob o rito do recurso representativo da controvérsia, pois a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou que, 'diante da impossibilidade de conhecimento do Recurso Especial, mostra-se irrelevante aguardar o julgamento de Recursos

Especiais afetados ao rito dos recursos repetitivos, haja vista que as questões ali discutidas são de mérito, não havendo falar em sobreposição de recurso que não ultrapassara o juízo de admissibilidade' (AgInt no AREsp nº 1.692.058/PE, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 16/11/2020).

5. Precedentes da Segunda Turma: AgInt no REsp nº 1.785.556/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 25/10/2019; AgInt no AREsp nº 1.455.137/SP, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado, DJe 22/08/2019).

6. Agravo interno não conhecido' (STJ, AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.712.233/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 01/03/2021).

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 182/STJ E DOS ARTS. 932, III, E 1.021, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09/03/2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Razões de agravo interno nas quais não impugnados especificamente os fundamentos da decisão agravada, o que, à luz do princípio da dialeticidade, constitui ônus da Agravante. Incidência da Súmula nº 182 do STJ e aplicação do art. 932, III, combinado com o art. 1.021, § 1º, todos do Código de Processo Civil de 2015.

III - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

IV - Agravo Interno não conhecido' (STJ, AgInt no AREsp nº 1.745.481/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe de 01/03/2021).

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL. TRÂNSITO EM JULGADO. AGUARDADO. DESNECESSIDADE.

1. De acordo com o que dispõem o art. 1.021, § 1º, do CPC/2015 e a Súmula nº 182 do STJ, a parte deve infirmar, nas razões do agravo interno, todos os fundamentos da decisão atacada, sob pena de não ser conhecido o seu recurso.

2. Hipótese em que o recorrente não se desincumbiu do ônus de impugnar, de forma clara e objetiva, os motivos da decisão ora agravada, em especial a ausência de indicação de dispositivo da lei federal que entende violado.

3. Desnecessidade de se aguardar o trânsito em julgado da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706, pois as Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça têm orientação jurisprudencial pacífica pela dispensa dessa providência.

4. Agravo interno não conhecido' (STJ, AgInt no AREsp nº 1.473.294/RN, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, DJe de 22/06/2020).

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. VIOLAÇÃO AO ART. 1021, § 1º DO CPC/2015. SÚMULA Nº 182 DO STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. A decisão agravada conheceu do parcialmente do recurso especial para, nessa extensão, negar-lhe provimento, pois: a) não há falar em negativa de prestação jurisdicional; b) os dispositivos indicados como violados não foram prequestionados pelo Tribunal de origem; b) o recorrente não infirmou os fundamentos autônomos do acórdão recorrido - Súmula nº 283/STF.

2. No presente agravo interno, por sua vez, a parte agravante não se desincumbiu em demonstrar que houve impugnação específica à incidência dos óbices relacionados na decisão vergastada, eis que limitou-se a trazer argumentação genérica e reiterar as razões do apelo nobre.

3. A falta de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada inviabiliza o conhecimento do agravo interno, nos termos do art. 1021, § 1º, do CPC/2015. Incidência da Súmula nº 182/STJ: 'É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.'

4. Agravo interno não conhecido' (STJ, AgInt no AREsp nº 1.077.966/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 17/10/2017).

'AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. PRAZO DE TOLERÂNCIA PARA ENTREGA EM DIAS ÚTEIS. SÚMULA Nº 284/

STF. RESTITUIÇÃO SIMPLES AO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. SUMULA N° 83/STJ. REEXAME. SUMULA N° 7/STJ. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR ESPECIFICAMENTE OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO ORA AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N° 182 DO STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

(...)

2. A Segunda Seção desta Corte firmou o entendimento de que a devolução em dobro dos valores pagos pelo consumidor somente é possível quando demonstrada a má-fé do credor. Precedentes.

3. O Tribunal de origem entendeu como não configurada a má-fé da parte credora, afastando a devolução em dobro do indébito. Nesse contexto, a modificação de tal entendimento lançado no acórdão recorrido demandaria nova análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula n° 7 do STJ.

4. Inexistindo impugnação específica, como seria de rigor, aos fundamentos da decisão ora agravada, essa circunstância obsta, por si só, a pretensão recursal, pois, à falta de contrariedade, permanecem incólumes os motivos expendidos pela decisão recorrida. Incide na espécie a Súmula n° 182/STJ.

(...)

6. Agravo regimental não conhecido, com aplicação de multa' (STJ, AgRg no AgRg no AREsp n° 731.339/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe de 06/05/2016).

'PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N° 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. Para viabilizar o prosseguimento (admissibilidade) do agravo, a inconformidade recursal há de ser clara, total e objetiva.

2. A reiteração das razões do recurso especial e consequente omissão em contrapor-se aos fundamentos adotados pela decisão objurgada atrai a incidência do óbice previsto na súmula n° 182/STJ, em homenagem ao princípio da dialeticidade recursal.

3. Agravo regimental não conhecido" (STJ, AgRg no AREsp n° 830.965/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe de 13/05/2016).

Com razão, "o acesso à Justiça se dá na forma disciplinada pelas leis e pela jurisprudência consolidada nos tribunais. Por isso, o cumprimento dos requisitos de admissibilidade do recurso se impõe; não por simples formalismo, mas por observância das normas legais" (STJ, AgRg no AgRg no Ag n° 900.380/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, DJe de 18/05/2009).

Ante todo o exposto, não conheço do Agravo interno.

É como voto.

AGINT NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N° 1.788.341 - RJ (2020/0296225-7)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTAGEM DE PRAZOS. DIAS ÚTEIS. SUSPENSÃO DO PRAZO POR ATO ADMINISTRATIVO DA PRESIDÊNCIA DO TJRJ. COMPROVAÇÃO. DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO. DOCUMENTO IDÔNEO. RECURSO PROVIDO.

1. Conforme prevê o art. 219 do CPC/2015, "[n]a contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis".

1.1. Não deve ser computado o dia no qual, por força de ato administrativo editado pela Presidência do Tribunal em que tramita o feito, foram suspensos os prazos processuais.

2. Para que o Tribunal destinatário possa aferir a tempestividade do recurso, é dever do recorrente comprovar, no ato da interposição, a ocorrência de feriado local ou da suspensão dos prazos processuais, nos termos do que determina o art. 1.003, § 6º, do CPC/2015, segundo entendimento firmado pela Corte Especial do STJ (AgInt no AREsp nº 957.821/MS, Relatora p/ o acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, Corte Especial, DJe de 19/12/2017)

2.1. No caso concreto, a agravante anexou, às razões do especial, cópia de página do Diário da Justiça Eletrônico do TJRJ – DJe/TJRJ, instrumento oficial para a publicação de atos do órgão judiciário local, na forma prevista pelo art. 4º da Lei Federal nº 11.419/2006. O documento reproduz o "Ato Executivo TJ nº 167/2019", que dispôs sobre a suspensão dos atos processuais de processos eletrônicos em primeiro e segundo graus de jurisdição no dia 14 de agosto de 2019.

2.2. Tem-se, assim, que a parte apresentou documento idôneo para comprovar que houve a suspensão dos prazos processuais por um dia, que portanto não deve ser computado para se aferir o termo final da interposição do recurso, à míngua de se revelar como dia útil.

3. Agravo interno provido para afastar a extemporaneidade do recurso especial.

ACÓRDÃO

Após o voto-vista regimental do relator negando provimento ao agravo interno, retificando o fundamento de seu voto anterior, e os votos do Ministro RAULARAÚJO, da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI e do Ministro MARCO BUZZI acompanhando a

divergência, a Quarta Turma, por maioria, deu provimento ao agravo interno, nos termos do voto divergente do Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA que lavrará o acórdão do AgInt. Vencido o relator. Votaram com o Sr. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA os Srs. Ministros RAUL ARAÚJO, MARIA ISABEL GALLOTTI e MARCO BUZZI.

BRASÍLIA-DF, 03 DE MAIO DE 2022.

(Data do Julgamento).

**MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
RELATOR P/ ACÓRDÃO**

VOTO VENCIDO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

1. Na assentada realizada no dia 26 de outubro de 2021, este signatário votou pelo não provimento do agravo interno, destacando que:

2. A decisão ora agravada não conheceu do agravo em recurso especial, ante a intempestividade do apelo extremo, não sendo comprovado a suspensão dos atos processuais no ato da interposição do recurso, conforme exigido pelo art. 1.003, § 6º, do Código de Processo Civil.

[...]

4. No caso, acerca do cerne da insurgência, destaque-se, que: "A simples cópia de página extraída do sítio eletrônico do Tribunal de origem não é hábil para a comprovação de feriado local e a suspensão dos prazos processuais, sendo, desse modo, inviável a aferição da tempestividade recursal." (AgInt no AREsp nº 1.512.584/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 20/04/2020, DJe 24/04/2020).

É firme o posicionamento desta Corte Superior no sentido de que a comprovação de feriado local deve ser feita por meio de documento

idôneo, não servindo cópia de página da rede mundial de computadores" (Aglnt no AREsp nº 1.396.303/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, DJe 17/06/2020).

No mesmo sentido, "Para efeito de tempestividade, a prova do feriado local ou recesso forense deve ser feita pela parte interessada por meio de documento idôneo, não servindo cópia do calendário do judiciário extraído da internet. Precedentes" (Aglnt no REsp nº 1.910.668/SE, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 14/06/2021, DJe 17/06/2021).

Com efeito, a comprovação da suspensão ou da interrupção local dos prazos processuais deve ser feita pela parte recorrente por meio de documento oficial idôneo ou certidão expendida pelo Tribunal de origem. Sendo assim, a documentação apresentada a f. 477 - 483 não possui eficácia probante.

No presente caso, se os prazos processuais foram suspensos na origem, deveria a parte recorrente ter instruído a petição do agravo em recurso especial, no ato de interposição, com cópia dos referidos documentos, em cumprimento a expressa dicção do Código de Processo Civil.

[...]

Após o seu pedido de vista, o Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA votou, na sessão do dia 23/11/2021, pelo provimento do agravo interno para afastar a extemporaneidade do recurso especial ao fundamento de que o documento acostado a f. 477, por se tratar de página extraída do Diário de Justiça Eletrônico - DJe/TJRJ, seria apto a comprovar a suspensão do prazo recursal.

Na parte que interessa, eis o teor do Ato Executivo-TJ nº 167/2019:

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, DESEMBARGA-

DOR CLAUDIO DE MELLO TAVARES, no uso de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO a indisponibilidade no sistema no sítio deste Egrégio Tribunal de Justiça no dia 14 de agosto do corrente ano;

CONSIDERANDO que o referido problema causou dificuldades na consulta processual dos processos eletrônicos do 1º e 2º graus de jurisdição;

CONSIDERANDO o disposto no § 2º do artigo 10 da Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, sobre a informatização do processo judicial;

CONSIDERANDO ainda que a referida indisponibilidade ocorreu por mais de 60 (sessenta) minutos;

CONSIDERANDO o decidido no processo SEI no 2019-0608849;

R E S O L V E:

Art. 1º. Suspender os prazos processuais dos processos eletrônicos, nos 1º e 2º graus de jurisdição, no dia 14 de agosto de 2019.

Art. 2º. Este Ato entra em vigor na data da sua publicação, com efeitos retroativos a 14 de agosto de 2019.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2019.

Desembargador CLAUDIO DE MELLO TAVARES
Presidente do Tribunal de Justiça

O exame mais atento do referido documento demonstra que, de fato, se trata de página do Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Ano 11 - nº 230/2019 / Caderno I - Administrativo / Data da Disponibilização: sexta-feira, 16 de agosto / Data de Publicação: segunda-feira, 19 de agosto).

Desse modo, impõe-se a retificação do fundamento adotado no voto proferido em 26/10/2021, a fim de se reconhecer a idonei-

dade do documento juntado à f. 477 no momento da interposição do recurso especial.

2. No entanto, ainda que reconhecida a credibilidade do mencionado documento, o recurso especial continua sendo intempestivo, haja vista que a suspensão do prazo se deu em razão da indisponibilidade do sistema.

Deveras, na forma do disposto no art. 224, § 1º, do CPC/2015, apenas a indisponibilidade ocorrida nos dias do começo e do vencimento prorrogará o prazo para o dia útil seguinte. Confira-se a redação do referido dispositivo legal:

Art. 224. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento.

§ 1º Os dias do começo e do vencimento do prazo serão protraídos para o primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, em decorrência da indisponibilidade do sistema eletrônico, a prorrogação do prazo recursal para o próximo dia útil seguinte só se dará quando coincidir com os termos inicial ou final do prazo, não havendo falar em diferimento deste quando o interdito se der no curso do período para sua interposição, nos termos do art. 224, § 1º, do CPC/2015.

À guisa de exemplo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. TRANSCURSO DO PRAZO RECURSAL. INDISPONIBILIDADE DO SISTEMA. DIA ÚTIL. ART. 224, § 1º, DO CPC/2015. PRORROGAÇÃO. DIAS DO COMEÇO E DO VENCIMENTO DO PRAZO. DECISÃO MANTIDA.

1. Consoante dispõe o art. 224, § 1º, do CPC/2015: "Os dias do começo e do vencimento do prazo serão protraídos para o primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica".

2. Dessa forma, a indisponibilidade do sistema ocorrida em dia que não coincide com o início ou o término do prazo para a interposição do recurso não enseja sua prorrogação. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp nº 1.391.445/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, julgado em 23/11/2020, DJe 30/11/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA. INTEMPESTIVIDADE. SISTEMA ELETRÔNICO. TRIBUNAL DE ORIGEM. PRAZO RECURSAL. INDISPONIBILIDADE. ART. 224, § 1º, DO CPC/2015. HIPÓTESE DE PRORROGAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. Ausentes quaisquer dos vícios ensejadores dos aclaratórios, afigura-se patente o intuito infringente da presente irresignação, que objetiva não eliminar a contradição, mas, sim, reformar o julgado por via inadequada.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sedimentado no sentido de que, nos termos do art. 224, § 1º, do CPC/2015, não há falar em prorrogação do término do prazo recursal se ocorrer eventual indisponibilidade do sistema eletrônico no tribunal de origem no curso do período para interposição do recurso.

3. A prorrogação do prazo processual é admitida apenas nas hipóteses em que a indisponibilidade do sistema coincida com o primeiro ou o último dia do prazo recursal, caso em que

o termo inicial ou final será protraído para o primeiro dia útil seguinte.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no AREsp nº 1.841.447/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 21/03/2022, DJe 30/03/2022)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS NO TRIBUNAL DE ORIGEM. COMPROVAÇÃO. DOCUMENTO IDÔNEO NO ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. SUSPENSÃO DO PRAZO EM RAZÃO DA INDISPONIBILIDADE DO SISTEMA ELETRÔNICO NO CURSO DO PERÍODO. NÃO CABIMENTO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. ART. 224, § 1º, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O prazo para interposição do recurso especial e do agravo em recurso especial (art. 1.003, § 5º, do CPC de 2015) é de 15 (quinze) dias úteis, conforme o art. 219 do CPC de 2015.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, nos termos do art. 224, § 1º, do CPC/2015, não há falar em prorrogação do término do prazo recursal se ocorrer eventual indisponibilidade do sistema eletrônico no Tribunal de origem no curso do período para interposição do recurso. A prorrogação do prazo processual é admitida apenas nas hipóteses em que a indisponibilidade do sistema coincida com o primeiro ou o último dia do prazo recursal, caso em que o termo inicial ou final será protraído para o primeiro dia útil seguinte. Precedentes.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp nº 1.983.738/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 21/02/2022, DJe 10/03/2022)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - DECISÃO MONOCRÁTICA DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE QUE NÃO CONHECEU DO RECLAMO ANTE A SUA INTEMPESTIVIDADE. INSURGÊNCIA DA DEMANDANTE.

1. É intempestivo o recurso não protocolizado no prazo legal, não tendo sido comprovada a ocorrência de feriado local ou a suspensão dos prazos no Tribunal de origem no momento da interposição do reclamo por meio de documentação idônea. Precedentes.

2. Ademais, "de acordo com o art. 224, § 1º, do CPC/15, somente os dias do começo ou vencimento do prazo serão protraídos nas hipóteses de encerramento antecipado ou início diferido do expediente forense, bem como nas hipóteses de indisponibilidade do sistema informático do Tribunal" (EDcl no AgInt no AREsp nº 1.517.403/GO, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe 16/11/2020). Precedentes.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp nº 1.748.082/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 24/05/2021, DJe 28/05/2021)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. RECURSO INTEMPESTIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO NCPC. SUSPENSÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS NO TRIBUNAL ESTADUAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO POR DOCUMENTO IDÔNEO. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NA VIGÊNCIA DO CPC/73. ART. 1.003, § 6º, DO NCPC. COMPROVAÇÃO NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL. QUARTA-FEIRA E QUINTA-FEIRA QUE ANTECEDEM A SEXTA-FEIRA DA PAIXÃO. FERIADO NACIONAL. INOCORRÊNCIA.

PRAZO RECURSAL. INDISPONIBILIDADE. ART. 224, § 1º, DO NCPC. NÃO CABIMENTO. PRAZO. INÍCIO E FIM. FALHA NO SISTEMA. HIPÓTESE DE PRORROGAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ABERTURA DE PRAZO. DESCABIMENTO. SANEAMENTO DE VÍCIOS FORMAIS SOMENTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09/03/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. O agravo em recurso especial foi protocolado na vigência do NCPC, atraindo a aplicabilidade do art. 1.003, § 6º, do NCPC, que não mais permite a comprovação da ocorrência de feriado local em momento posterior, já que estabeleceu ser necessária a demonstração quando interposto o recurso. Entendimento da Corte Especial.

3. A Corte Especial assentou, em Questão de Ordem no REsp nº 1.813.684/SP, o entendimento de que é possível a comprovação da tempestividade do recurso, em momento posterior, na hipótese do feriado de segunda-feira de Carnaval, mas não quanto aos demais feriados, confirmando o posicionamento antes adotado.

4. Como a quarta-feira e a quinta-feira que antecedem a Sexta-Feira da Paixão não são considerados feriados nacionais, nos termos do art. 1º das Leis nos 662/1949 e 5.010/1966, eles não se aplicam à Justiça comum estadual.

5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sedimentado no sentido de que, nos termos do art. 224, § 1º, do NCPC, não há falar em prorrogação do término do prazo recursal

se ocorrer eventual indisponibilidade do sistema eletrônico no tribunal de origem no curso do período para interposição do recurso. Precedentes.

6. O prazo conferido pelo parágrafo único do art. 932 do NCPC somente é aplicável aos casos em que seja possível sanar vícios formais, como ausência de procuração ou de assinatura, e não à complementação da fundamentação ou de comprovação da tempestividade.

7. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp nº 2.001.707/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 14/03/2022, DJe 18/03/2022)

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE INTIMAÇÃO NA ORIGEM. NULIDADE DE ALGIBEIRA. PRECLUSÃO.

1. Cinge-se a controvérsia em definir se o agravo em recurso especial foi interposto dentro do prazo legal.

2. A parte argumenta que houve suspensão de prazos processuais decorrente de indisponibilidade do sistema de peticionamento eletrônico no meio do prazo recursal, hipótese na qual não há prorrogação.

3. Nos termos do art. 224, § 1º, do CPC, apenas 'Os dias do começo e do vencimento do prazo serão protraídos para o primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica'.

4. A alegação de nulidade por suposta irregularidade de intimação na origem deve ser suscitada pela parte interessada na primeira oportunidade que tenha para se manifestar nos autos, sob pena de preclusão.

5. Agravo interno de f. 583-599 não provido.

(AgInt no AREsp nº 1.575.724/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 29/03/2021, DJe 05/04/2021)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INTEMPESTIVIDADE. COVID-19. PANDEMIA. SUSPENSÃO DE PRAZOS. ANTECIPAÇÃO DE FERIADOS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ATO NORMATIVO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE NÃO FOI JUNTADO AO SE INTERPOR O RECURSO ENDEREÇADO AO STJ. INISPONIBILIDADE DO SISTEMA EM DIA QUE NÃO COINCIDE COM AS DATAS DE INÍCIO OU DE TÉRMINO DO PRAZO RECURSAL. INAPLICABILIDADE DO § 1º DO ART. 224 DO CPC/2015. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 219, c/c o art. 1.003, § 5º, ambos do Código de Processo Civil de 2015, é intempestivo o recurso interposto com fundamento na respectiva lei adjetiva após escoado o prazo de 15 (quinze) dias úteis.

2. De acordo com a jurisprudência do STJ, "em razão da pandemia relativa à COVID-19, os prazos processuais foram suspensos no período de 19/03/2020 a 30/04/2020, conforme Resolução do CNJ 313, de 19 de março de 2020, voltando a fluir o prazo, para os processos eletrônicos, em 04/05/2020. Desse modo, a suspensão dos prazos, no Tribunal de origem, fora do período mencionado, deveria ter sido comprovada no momento da interposição do recurso" (AgInt no AREsp nº 1.733.695/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 08/02/2021, DJe 17/02/2021).

3. A prorrogação do prazo processual é admitida apenas nas hipóteses em que a indispo-

nibilidade do sistema coincida com o primeiro ou o último dia do prazo recursal, caso em que o termo inicial ou final será protraído para o primeiro dia útil seguinte, nos termos do art. 224, § 1º, do CPC/2015, situação não verificada no presente feito.

4. Assim, considerando que, na espécie, a parte insurgente foi intimada da decisão de admissibilidade em 19/05/2020, o prazo de 15 dias úteis se iniciou em 20/05/2020, tendo o dies ad quem recaído em 09/06/2020, contudo, o recurso somente foi apresentado em 10/06/2020, sendo, portanto, intempestivo.

5. A jurisprudência deste Tribunal Superior é iterativa no sentido de que "a interpretação literal da norma expressa no § 6º do artigo 1.003 do CPC/2015, de caráter especial, sobrepõe-se a qualquer interpretação mais ampla que se possa conferir às disposições de âmbito geral insertas nos artigos 932, parágrafo único, e 1.029, § 3º, do referido diploma legal." (EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.611.603/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 15/06/2021, DJe 22/06/2021).

6. O mero não conhecimento ou a improcedência de recurso interno não enseja a automática condenação à multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC, devendo a imposição ser analisada caso a caso.

7. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1757097/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 13/12/2021, DJe 15/12/2021)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO. MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. ART. 1.003, § 6º, DO CPC. QO NO RESP Nº 1.813.684/SP. SISTEMA. INDISPONIBILIDADE. RELEVÂNCIA. TERMOS INICIAL E FINAL. NÃO PROVIMENTO.

1. Esta Corte Superior reafirmou seu entendimento no sentido de que, com o advento do atual Código de Processo Civil, cabe à parte a comprovação da ocorrência de feriado local, por meio de documento idôneo, no momento da interposição do recurso, nos termos do artigo 1.003, § 6º, do Código de Processo Civil.

2. Eventual indisponibilidade do sistema de protocolo de petições somente tem relevância quando tal fato ocorrer nos termos inicial e final do prazo, como ensina o artigo 224, § 1º, do Código de Processo Civil.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp nº 1.769.594/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 22/11/2021, DJe 25/11/2021)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPERATIVIDADE. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO CPC/15. PRORROGAÇÃO DO PRAZO RECURSAL PARA O PRIMEIRO DIA ÚTIL SEGUINTE APENAS QUANDO A INDISPONIBILIDADE DA COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA OCORRE NOS DIAS DO COMEÇO E DO VENCIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 224, § 1º, DO CPC/2015.

1. Ação de compensação por danos morais.

1. O prazo para interposição do recurso especial é de 15 (quinze) dias úteis, a contar da publicação da decisão recorrida (recurso interposto sob a égide do CPC/15)

2. O art. 1.003, § 6º, do CPC/15, estabelece que o recorrente provará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso, o que impossibilita a regularização posterior.

3. Quando há indisponibilidade do sistema de peticionamento eletrônico da Corte local por motivo técnico e, desde que tal situação ocorra no termo inicial ou final do prazo de

interposição do recurso, há prorrogação automática do prazo recursal para o primeiro dia útil seguinte, conforme preconiza o art. 224, § 1º, do CPC/2015.

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp nº 1.644.788/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 24/08/2020, DJe 27/08/2020)

AGRAVO INTERNO. AGRAVO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CPC/2015. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. DESCABIMENTO. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. INDISPONIBILIDADE DE SISTEMA DE PETICIONAMENTO ELETRÔNICO. OCORRÊNCIA FORA DOS TERMOS DO PRAZO. IRRELEVÂNCIA. NORMA DO ART. 224, § 1º, DO CPC/2015. CÔMPUTO COM BASE NO CALENDÁRIO PROCESSUAL DO TRIBUNAL ONDE INTERPOSTO O RECURSO.

1. Controvérsia acerca da comprovação posterior de feriado local, e sobre a prorrogação de prazo em virtude da indisponibilidade de sistema de peticionamento eletrônico.

2. Descabimento da comprovação posterior de feriado local. Precedente da Corte Especial.

3. Nos termos do art. 224, § 1º, do CPC/2015: "Os dias do começo e do vencimento do prazo serão protraídos para o primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica".

4. Apuração dos termos inicial e final do prazo, para os fins do art. 224, § 1º, do CPC/2015, com base no calendário processual do Tribunal onde interposto o recurso.

5. Caso concreto em que a indisponibilidade se deu entre os termos do prazo, não havendo falar, portanto, em prorrogação do prazo recursal.

6. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(AgInt no AREsp nº 1.294.388/SP, Rel. Ministro PAULO DETARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 17/06/2019, DJe 25/06/2019)

3. Na hipótese, a recorrente foi intimada do acórdão no dia 02/08/2019 (sexta-feira) e o termo inicial do seu prazo ocorreu no dia 05/08/2019 (segunda-feira). Como a indisponibilidade de sistema ocorreu em 14/08/2019 (quarta-feira), no transcurso do prazo para recorrer, não houve prorrogação do vencimento do prazo e, por conseguinte, o termo final para a interposição do seu recurso se deu no dia 23/08/2019 (sexta-feira).

Desse modo, tendo em vista que a recorrente interpôs o seu recurso especial apenas em 26/08/2019 – em que pese a idoneidade do documento de f. 477, à míngua da comprovação de eventuais outras causas interruptivas ou suspensivas do prazo recursal no momento da interposição do recurso –, não há como afastar, *data venia*, a sua intempestividade.

4. Ante o exposto, retifico o fundamento adotado na assentada de 26/10/2021 a fim de se reconhecer a idoneidade do documento juntado a f. 477 no momento da interposição do recurso especial; outrossim, pelas razões acima declinadas, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Trata-se de agravo interno interposto contra decisão de f. 609/610 (e-STJ), por meio da qual a E. Presidência do STJ não conheceu do agravo nos próprios autos, afirmando a intempestividade do recurso especial.

Em suas razões (e-STJ, f. 618/619), a agravante sustenta que, "conforme demonstrado nas

razões do recurso especial, não houve expediente forense no Tribunal de Origem no dia 14 de agosto de 2019 (quarta-feira), conforme Ato Executivo TJ nº 167/2019, devidamente acostado à aludida peça recursal (f. 477 e-STJ)". Nesse contexto, argumenta que "o aludido recurso foi interposto no 15º dia útil, contado da publicação do v. acórdão recorrido, termo final do prazo recursal, sendo, portanto, tempestivo" (e-STJ, f. 618).

Sem contrarrazões (e-STJ, f. 625, 626 e 627).

Em sessão de 26/10 p.p., o douto Relator, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, votou para negar provimento ao agravo interno. Ponderou que, à luz da orientação firmada na Corte Especial do STJ no Resp nº 1.813.684/SP, não se deve estender a modulação do referido julgado para outros feriados locais que não aquele expressamente definido em questão de ordem, qual seja a segunda-feira de Carnaval (QO no REsp nº 1.813.684/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Corte Especial, j. em 03/02/2020, DJe 28/02/2020).

Afirmou, de outro lado, que a simples cópia de página extraída de sítio eletrônico não é hábil para a comprovação do feriado local.

Pedi vista.

Rogando vênias ao em. Relator, reconheço a tempestividade do recurso excepcional interposto pela ora agravante.

Isso porque a recorrente anexou às razões do especial o documento de f. 477 (e-STJ), cujo exame evidencia tratar-se de cópia de página do Diário da Justiça Eletrônico do TJRJ – DJe/TJRJ, constando de seu rodapé tratar-se de "Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro", na forma prevista pelo art. 4º da Lei Federal nº 11.419/2006, cuja redação é a seguinte:

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da

rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

§ 1º O sítio e o conteúdo das publicações de que trata este artigo deverão ser assinados digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica.

§ 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

§ 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.

§ 4º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.

§ 5º A criação do Diário da Justiça eletrônico deverá ser acompanhada de ampla divulgação, e o ato administrativo correspondente será publicado durante 30 (trinta) dias no diário oficial em uso.

Tem-se, portanto, que a recorrente juntou documento oficial, no qual consta a publicação do "Ato Executivo TJ nº 167/2019", que dispõe sobre a suspensão dos atos processuais de processos eletrônicos em primeiro e segundo grau de jurisdição no dia 14 de agosto de 2019.

Por sua vez, consta da certidão de f. 407 (e-STJ) que o acórdão recorrido foi publicado no dia 02/08/2019 (sexta-feira), iniciando-se o prazo para a interposição do especial no dia 05/08/2019 (segunda-feira). Por força do disposto no art. 219 do CPC/2015, na contagem do prazo são computados apenas os dias úteis (5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 23

e 26/8), de sorte que o recurso, interposto em 26/08/2019, é tempestivo.

Em razão do exposto, renovada a vênua, DOU PROVIMENTO ao agravo interno para afastar a extemporaneidade do recurso especial.

É como voto.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se de agravo interno interposto por Caixa Econômica Federal contra a decisão da Presidência do STJ, de f. 609/610, que não conheceu do agravo em recurso especial, em razão da intempestividade do apelo extremo.

Nas presentes razões, a parte agravante sustenta, em síntese: "Conforme demonstrado nas razões do recurso especial, não houve expediente forense no Tribunal de Origem no dia 14 de agosto de 2019 (quarta-feira), conforme Ato Executivo TJ nº 167/2019, devidamente acostado à aludida peça recursal (f. 477 e-STJ). Diante disso, verifica-se que o aludido recurso foi interposto no 15º dia útil, contado da publicação do v. acórdão recorrido, termo final do prazo recursal, sendo, portanto, tempestivo."

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A decisão ora agravada não conheceu do agravo em recurso especial, ante a intempestividade do apelo extremo, não sendo comprovada a suspensão dos atos processuais no ato da interposição do recurso, conforme exigido pelo art. 1.003, § 6º, do Código de Processo Civil.

3. Ressalte-se que à época da vigência do CPC/73, desde o ano de 2012, era firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que eventual

suspensão do prazo recursal, decorrente de ausência de expediente, recesso forense, feriados locais, paralisação ou interrupção do expediente, poderia ser demonstrada no agravo contra a decisão que reconhecia a intempestividade, desde que a comprovação se desse por documento oficial ou certidão expedida pelo Tribunal estadual.

Nesse sentido, o precedente que pacificou a questão:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO POSTERIOR. POSSIBILIDADE. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO.

1. A comprovação da tempestividade do recurso especial, em decorrência de feriado local ou de suspensão de expediente forense no Tribunal de origem que implique prorrogação do termo final para sua interposição, pode ocorrer posteriormente, em sede de agravo regimental. Precedentes do STF e do STJ.

2. Agravo regimental provido, para afastar a intempestividade do recurso especial" (AgRg no AREsp nº 137.141/SE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Corte Especial, DJe 15/10/2012).

Entretanto, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, ganhou força novo posicionamento no sentido de que esse entendimento não mais persiste, ante a disposição expressa contida no § 6º do art. 1.003 do CPC/2015, que dispõe: "o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso".

Diante dessa modificação legislativa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alterou-se mais uma vez, de modo a exigir a comprovação do feriado local ou da suspensão do prazo processual no momento da interposição do recurso. A propósito:

"DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO DE AGRAVO INTEMPESTIVO. CARÁTER PROTETATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. O agravo em recurso extraordinário é manifestamente inadmissível, por ser intempestivo. A petição de agravo foi protocolada no Tribunal de origem somente após o término do prazo recursal de 10 (dez) dias, nos termos do art. 544, do CPC/1973.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que "a tempestividade do recurso em virtude de feriado local ou de suspensão dos prazos processuais pelo Tribunal *a quo* que não sejam de conhecimento obrigatório da instância ad quem deve ser comprovada no momento de sua interposição". Precedente.

3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve prévia fixação de honorários advocatícios de sucumbência.

4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, em caso de unanimidade da decisão" (ARE nº 978.277 AgR, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, DJe de 29/08/2016).

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, fixou o entendimento de que, seja em função do novel Diploma Processual, seja em função da nova orientação do Pretório Excelso, não mais subsistiria a jurisprudência construída no âmbito desta Corte Superior à luz do CPC/1973, segundo a qual seria possível a comprovação posterior do feriado local em agravo interno.

O precedente ficou assim ementado:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FERIADO LOCAL. COMPROVAÇÃO. ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO.

1. O propósito recursal é dizer, à luz do CPC/15, sobre a possibilidade de a parte comprovar, em agravo interno, a ocorrência de feriado local, que ensejou a prorrogação do prazo processual para a interposição do agravo em recurso especial.

2. O art. 1.003, § 6º, do CPC/15, diferentemente do CPC/73, é expresso no sentido de que "o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso".

3. Conquanto se reconheça que o novo Código prioriza a decisão de mérito, autorizando, inclusive, o STF e o STJ a desconsiderarem vício formal, o § 3º do seu art. 1.029 impõe, para tanto, que se trate de "recurso tempestivo".

4. A intempestividade é tida pelo Código atual como vício grave e, portanto, insanável. Daí porque não se aplica à espécie o disposto no parágrafo único do art. 932 do CPC/15, reservado às hipóteses de vícios sanáveis.

5. Seja em função de previsão expressa do atual Código de Processo Civil, seja em atenção à nova orientação do STF, a jurisprudência construída pelo STJ à luz do CPC/73 não subsiste ao CPC/15: ou se comprova o feriado local no ato da interposição do respectivo recurso, ou se considera intempestivo o recurso, operando-se, em consequência, a coisa julgada.

6. Agravo interno desprovido." (AgInt no AREsp nº 957.821/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, Corte Especial, julgado em 20/11/2017, DJe 19/12/2017).

Com efeito, a partir da redação do referido dispositivo legal, a Corte Especial conclui que eventual documento idôneo apto a comprovar a ocorrência de feriado local, para fins de aferição da tempestividade do recurso, deve ser colacionado aos autos no momento de sua interposição.

Destacou-se, ainda, nos debates que levaram a esse posicionamento, que as disposições previstas nos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3º, do CPC/2015 não se aplicam à hipótese em tela, de comprovação posterior da tempestividade do recurso. Eis a dicção dos referidos dispositivos legais:

"Art. 932. Incumbe ao relator:

(...) Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível".

"Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

(...) § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave".

Isso porque o Diploma Processual de 2015 previu expressamente que a comprovação da ocorrência de feriado local deverá ser efetivada no ato de interposição do recurso (art. 1.003, § 6º), o que revela a indubitável intenção do legislador de não possibilitar que seja sanado ou desconsiderado o vício de intempestividade do recurso, tal qual previsto nos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3º, do CPC/2015.

Com efeito, a interpretação literal da norma expressa no § 6º do art. 1.003 do CPC/2015, de caráter especial, sobrepõe-se a qualquer interpretação mais ampla que se possa conferir às disposições de âmbito geral insertas nos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3º, do citado diploma legal.

Nesse mesmo sentido, diversos os precedentes desta Corte Superior, dentre eles: AgInt no AREsp nº 1.049.189/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 07/11/2017; AgInt no AREsp nº 1.089.936/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017; AgInt no AREsp nº 1.116.397/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017.

Ocorre que no julgamento do Recurso Especial nº 1.813.684/SP, submeteu-se à apreciação da Corte Especial a tese segundo a qual seria desnecessária a comprovação do feriado de segunda-feira de Carnaval por se tratar de feriado nacional, não legal, mas notório.

Na oportunidade, a Corte Especial, por maioria, fixou como tese jurídica a necessidade, inclusive no caso da segunda-feira de carnaval, de comprovação da existência de feriado local no momento da interposição do recurso, ao fundamento de que: a) diversos precedentes desta Corte Superior desconsideram a segunda-feira de carnaval como feriado nacional, salvo no âmbito da Justiça Federal e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios; b) é imprescindível privilegiar o disposto no § 6º do art. 1.003 do CPC, norma jurídica expressa, evitando-se a incerteza normativa e a discricionariedade judicial; e c) a interpretação sistemática do CPC/2015, especialmente do § 3º do art. 1.029 e do § 2º do art. 1.036, conduz à conclusão de que o novo diploma atribuiu à intempestividade o epíteto de vício grave, não havendo que se falar, portanto, em possibilidade de saná-lo por meio da incidência do disposto no parágrafo único do art. 932 do mesmo código.

No entanto, ato contínuo, deliberou-se pela modulação dos efeitos daquela decisão, fixando-se o entendimento de que, no caso de recursos interpostos antes da publicação do referido acór-

dão, ocorrido em 18/11/2019, seria possível a demonstração posterior da tempestividade recursal, ao fundamento de que: a) vigorou, por elástico período, no âmbito desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que seria possível a posterior comprovação da ocorrência de feriado local; e b) seria imprescindível resguardar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, da isonomia e da primazia da decisão de mérito.

O precedente qualificado ficou assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. FERIADO LOCAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO NO ATO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. NECESSIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA.

1. O novo Código de Processo Civil inovou ao estabelecer, de forma expressa, no § 6º do art. 1.003 que "o recorrente provará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso". A interpretação sistemática do CPC/2015, notadamente do § 3º do art. 1.029 e do § 2º do art. 1.036, conduz à conclusão de que o novo diploma atribuiu à intempestividade o epíteto de vício grave, não havendo se falar, portanto, em possibilidade de saná-lo por meio da incidência do disposto no parágrafo único do art. 932 do mesmo Código.

2. Assim, sob a vigência do CPC/2015, é necessária a comprovação nos autos de feriado local por meio de documento idôneo no ato de interposição do recurso.

3. Não se pode ignorar, todavia, o elástico período em que vigorou, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior, o entendimento de que seria possível a comprovação posterior do feriado local, de modo que não parece razoável alterar-se a jurisprudência já consolidada deste Superior Tribunal, sem se

atentar para a necessidade de garantir a segurança das relações jurídicas e as expectativas legítimas dos jurisdicionados.

4. É bem de ver que há a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões em casos excepcionais, como instrumento vocacionado, eminentemente, a garantir a segurança indispensável das relações jurídicas, sejam materiais, sejam processuais.

5. Destarte, é necessário e razoável, ante o amplo debate sobre o tema instalado nesta Corte Especial e considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, da isonomia e da primazia da decisão de mérito, que sejam modulados os efeitos da presente decisão, de modo que seja aplicada, tão somente, aos recursos interpostos após a publicação do acórdão respectivo, a teor do § 3º do art. 927 do CPC/2015.

6. No caso concreto, compulsando os autos, observa-se que, conforme documentação colacionada a f. 918, os recorrentes, no âmbito do agravo interno, comprovaram a ocorrência de feriado local no dia 27/02/2017, segunda-feira de carnaval, motivo pelo qual, tendo o prazo recursal se iniciado em 15/02/2017 (quarta-feira), o recurso especial interposto em 09/03/2017 (quinta-feira) deve ser considerado tempestivo.

7. Recurso especial conhecido” (REsp nº 1.813.684/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Corte Especial, julgado em 02/10/2019, DJe 18/11/2019).

Não obstante, no julgamento de Questão de Ordem suscitada pela eminente Min. NANCY ANDRIGHI no Recurso Especial nº 1.813.684 - SP, a Corte Especial restringiu o alcance da decisão anterior, ao fundamento de que a modulação de efeitos haveria abrangido tão somente os feriados de segunda-feira de carnaval.

Cumprе ressaltar que a modulação dos efeitos desse julgado, de modo que seja aplicado apenas aos recursos interpostos após a publicação do acórdão respectivo (19/11/2019), a teor do § 3º do art. 927 do CPC/2015, ficou restrita aos casos que dizem respeito à comprovação de suspensão do expediente em virtude do feriado ocorrido na segunda-feira de carnaval.

Referida questão de ordem recebeu a seguinte ementa:

“QUESTÃO DE ORDEM. CONTRADIÇÃO ENTRE NOTAS TAQUIGRÁFICAS E VOTO ELABORADO PELO RELATOR PARA ACÓRDÃO. PREVALÊNCIA DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, QUE REFLETEM A MANIFESTAÇÃO DO COLEGIADO. SESSÕES DE JULGAMENTO DO RESP Nº 1.813.684/SP. LIMITAÇÃO DO DEBATE E DA DELIBERAÇÃO À POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO POSTERIOR ACERCA DO FERIADO DE SEGUNDA-FEIRA DE CARNAVAL, DIANTE DAS PECULIARIDADES QUE MODIFICARIAM A SUA NATUREZA JURÍDICA. VOTO DO RELATOR PARA ACÓRDÃO QUE ABRANGE MAIS DO QUE A MATÉRIA DECIDIDA COLEGIADAMENTE, ESTENDENDO O REFERIDO ENTENDIMENTO TAMBÉM AOS DEMAIS FERIADOS. REDUÇÃO DA ABRANGÊNCIA EM QUESTÃO DE ORDEM. POSSIBILIDADE.

1- O propósito da presente questão de ordem é definir, diante da contradição entre as notas taquigráficas e o acórdão publicado no DJe de 18/11/2019, se a modulação de efeitos deliberada na sessão de julgamento do recurso especial, ocasião em que se permitiu a posterior comprovação da tempestividade de recursos dirigidos a esta Corte, abrange especificamente o feriado da segunda-feira de carnaval ou se diz respeito a todos e quaisquer feriados.

2- Havendo contradição entre as notas taquigráficas e o voto elaborado pelo relator, deverão prevalecer as notas, pois refletem a convicção

manifestada pelo órgão colegiado que apreciou a controvérsia. Precedentes.

3- Consoante revelam as notas taquigráficas, os debates estabelecidos no âmbito da Corte Especial, bem como a sua respectiva deliberação colegiada nas sessões de julgamento realizadas em 21/08/2019 e 02/10/2019, limitaram-se exclusivamente à possibilidade, ou não, de comprovação posterior do feriado da segunda-feira de carnaval, motivada por circunstâncias excepcionais que modificariam a sua natureza jurídica de feriado local para feriado nacional notório.

4- Tendo o relator interpretado que a tese firmada por ocasião do julgamento colegiado do recurso especial também permitiria a comprovação posterior de todo e qualquer feriado, é admissível, em questão de ordem, reduzir a abrangência do acórdão.

5- Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer que a tese firmada por ocasião do julgamento do REsp nº 1.813.684/SP é restrita ao feriado de segunda-feira de carnaval e não se aplica aos demais feriados, inclusive aos feriados locais." (QO no REsp nº 1.813.684/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Corte Especial, julgado em 03/02/2020, DJe 28/02/2020).

Entendendo-se que carecia de análise a questão da modulação dos efeitos da decisão proferida no julgamento do REsp nº 1.813.684/SP para as demais suspensões de prazo em virtude de feriados locais, foi submetida à análise da Corte Especial no julgamento do AgInt no AREsp nº 1.481.810/SP.

Todavia, em sessão realizada em 19/05/2021, a Corte Especial, no julgamento do AgInt no AREsp nº 1.481.810/SP, concluiu que não se deve estender a modulação do entendimento firmado no REsp nº 1.813.684/SP

para outros feriados locais, ou seja, consolidou o entendimento de que a comprovação posterior da tempestividade dos recursos dirigidos ao STJ somente é permitida quando interpostos até 18/11/2019 e a comprovação da tempestividade se refira ao feriado da segunda-feira de Carnaval, não sendo admitida quanto aos demais motivos de suspensão do prazo recursal, como a ausência, paralisação ou interrupção de expediente e os demais feriados locais.

4. No caso, acerca do cerne da insurgência, destaque-se, que: "A simples cópia de página extraída do sítio eletrônico do Tribunal de origem não é hábil para a comprovação de feriado local e a suspensão dos prazos processuais, sendo, desse modo, inviável a aferição da tempestividade recursal." (AgInt no AREsp nº 1.512.584/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 20/04/2020, DJe 24/04/2020).

É firme o posicionamento desta Corte Superior no sentido de que a comprovação de feriado local deve ser feita por meio de documento idôneo, não servindo cópia de página da rede mundial de computadores" (AgInt no AREsp nº 1.396.303/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, DJe 17/06/2020).

No mesmo sentido, "Para efeito de tempestividade, a prova do feriado local ou recesso forense deve ser feita pela parte interessada por meio de documento idôneo, não servindo cópia do calendário do judiciário extraído da internet. Precedentes" (AgInt no REsp nº 1.910.668/SE, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 14/06/2021, DJe 17/06/2021).

Com efeito, a comprovação da suspensão ou da interrupção local dos prazos processuais deve ser feita pela parte recorrente por meio de documento oficial idôneo ou certidão expendida pelo Tribunal de origem. Sendo assim, a documentação apresentada a f. 477 - 483 não possui eficácia probante.

No presente caso, se os prazos processuais foram suspensos na origem, deveria a parte recorrente ter instruído a petição do agravo em recurso especial, no ato de interposição, com cópia dos referidos documentos, em cumprimento a expressa dicção do Código de Processo Civil.

Nesse sentido: (AgInt no AREsp nº 1.399.342/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 13/05/2019, DJe 16/05/2019); (AgInt no AREsp nº 1.071.302/GO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 27/02/2018, DJe de 08/03/2018); (EDcl no AgRg no REsp nº 1.552.495/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 07/12/2017, DJe de 14/12/2017); (AgInt no AREsp nº 1.555.440/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019).

5. Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

**HABEAS CORPUS N° 664.537 - RJ
(2021/0136492-4)**

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. NULIDADE. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. DISTÂNCIA TEMPORAL DOS FATOS. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA. DEPOIMENTOS CONTRADITÓRIOS. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. CONDENÇÃO LASTREADA SOMENTE NO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. POSSÍVEL VIÉS DE CONFIRMAÇÃO. NULIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO.

1. "Em julgamento concluído no dia 23/02/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC nº 206.846/SP (Rel. Ministro GILMAR MENDES), para absolver um indivíduo preso em São Pau-

lo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC nº 598.886/SC, no STJ, foram fixadas três teses: 4.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 4.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 4.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos." (HC nº 712.781/RJ, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/03/2022, DJe de 22/03/2022.)

2. No caso em tela, a vítima foi assaltada por 3 agentes em janeiro de 2018. Na delegacia não reconheceu nenhuma das fotos que lhe foram apresentadas, afirmou categoricamente não ser capaz de realizar retrato falado, e que os 3 assaltantes aparentavam ser menores de idade. Já em abril do mesmo ano, quase 3 meses após o fato, a vítima alega ter reconhecido um dos assaltantes em uma maca em

um hospital, momento em que se deslocou à Delegacia para denunciar o fato, o que ensejou a nova apresentação de fotografias, e o réu foi então efetivamente reconhecido em solo policial, bem como pessoalmente em juízo.

3. Tal narrativa não se mostra suficiente para atribuir a autoria ao paciente. Isso porque a vítima afirmou categoricamente não ser capaz de realizar retrato falado no dia dos fatos, e alegou aparentarem ser os assaltantes menores de idade, mas, 3 meses após o evento, afirmou com convicção ter reconhecido agente que, à época do delito, já contava com 27 anos de idade, e o reconhecimento foi reforçado pela apresentação das fotografias do suspeito na delegacia.

4. Todos esses elementos considerados em conjunto e somados ao fato de que nenhuma outra prova independente e idônea – que não o depoimento da vítima – ter sido apresentada configuram a nulidade do reconhecimento, porquanto realizado quase 3 meses após o fato, reforçada a memória da vítima pela apresentação de fotografias do suspeito na delegacia, circunstâncias que contaminariam a idoneidade do reconhecimento realizado em juízo.

5. Ordem concedida para anular a ação penal, com a consequente absolvição do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos *Habeas Corpus* nº 664.537 - RJ em que são partes Emerson de Oliveira Marins (Impetrante) e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Impetrado).

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder o *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. MINISTROS OLINDO MENEZES

(Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), LAURITA VAZ, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR e ROGERIO SCHIETTI CRUZ votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o(a) Adv(a) Emerson de Oliveira Marins, pela parte Paciente: Michael Vinicius Gonçalves Aguiar

BRASÍLIA, 16 DE AGOSTO DE 2022.

(DATA DO JULGAMENTO).

**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
RELATOR**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de Michael Vinicius Gonçalves Aguiar no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação nº 0017426-81.2018.8.19.0004 – Desembargadora Suimei Meira Cavalieri).

Consta dos autos que o paciente foi condenado "à pena de 05 anos, 07 meses e 06 dias de reclusão, no regime semiaberto, mais 14 (quatorze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime do artigo 157, § 2º, I e II, do CP (antiga redação)" – e-STJ f. 119.

Irresignada, a defesa interpôs apelação no Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso. Eis a ementa do acórdão proferido (e-STJ f. 118/119):

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO (CRIME PRACTICADO ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA LEI Nº 13.654/18). MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS. INVIABILIDADE DE EXCLUSÃO DA MAJORANTE PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA QUE DESAFIA PEQUENO REPARO. REGIME QUE SE MANTÉM. 1) Extrai-se dos autos que o acusado, em concurso de ações e unidade de desígnios com dois

outros indivíduos não identificados, e mediante emprego de arma de fogo, subtraiu um telefone celular Samsung, a quantia em espécie de R\$ 140,00 (cento e quarenta reais) e documentos e cartões bancários diversos, de propriedade de Dennis Quintanilha. Consta ainda que a vítima, motorista do aplicativo 99, recebeu um chamado e, ao chegar no local, foi abordada por três elementos, todos armados, os quais subtraíram-lhe os pertences, empreendendo fuga em seguida. 2) Preliminar. Segundo jurisprudência consolidada nas Cortes Superiores, as determinações contidas no artigo 226 do CPP - a norma que detalha a forma de realização do reconhecimento - são consideradas como uma recomendação e não exigência, não existindo, portanto, nulidade no reconhecimento realizado pela vítima na delegacia. Tampouco merece subsistir o pleito de conversão do julgamento em diligência, eis que atingido pela preclusão, a par de que a defesa se absteve de demonstrar o prejuízo, o que atrai a aplicação do princípio do “*pas de nullité sans grief*”. 3) Materialidade e autoria do delito patrimonial demonstradas através da palavra da vítima em juízo, momento em que ratificou o reconhecimento efetuado na delegacia, não havendo qualquer margem de dúvida quanto à participação do apelante no roubo. 4) A jurisprudência dos Tribunais Superiores se encontra pacificada, assentando ser prescindível, para a configuração da causa de aumento do roubo, a apreensão e perícia da arma, cuja utilização pode ser demonstrada por outros meios de prova, inclusive pela prova oral, como no caso em análise, em que o ofendido foi categórico em afirmar a presença da arma de fogo no cometimento do crime. De igual modo deve ser mantida a majorante do concurso de pessoas. 5) Dosimetria. Duas primeiras fases que não merecem qualquer reparo, eis que a pena-base foi fixada no mínimo

legal, sem alterações na fase intermediária. Não obstante, na terceira fase, o concurso de mais de 03 agentes, bem como o emprego efetivo de 03 armas de fogo, revela um maior grau de reprovação da conduta, no entanto, deve ser reduzida a fração de aumento aplicada pelo sentenciante (2/5), adequando-a aos padrões hodiernamente utilizados na espécie pela Jurisprudência (3/8). 6) Regime semiaberto que se mantém, eis que fixado em consonância ao disposto no artigo 33, § 2º “b”, do CP. Provimento parcial do recurso.

Opostos embargos de declaração, a Corte estadual os rejeitou em acórdão assim ementado (e-STJ f. 152/153):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA DEFESA DO RÉU. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO, AMBIGUIDADE OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO. 1. Na espécie, a pretensão não é de obter integração do acórdão, mas de tentar reverter o resultado do julgamento, buscando o reexame de questão já analisada no julgamento da apelação. Da leitura atenta do acórdão, observa-se que todas as ponderações ventiladas pela defesa foram apreciadas. A via eleita só permite o reexame da decisão atacada quando utilizada com o específico objetivo de viabilizar um pronunciamento de caráter integrativo-retificador, de modo a afastar as situações de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade. Não constituem os embargos recurso idôneo para discutir os fundamentos do acórdão, contestá-lo, redarguir argumentos ou para provocar o reexame de questões decididas. 2. Os pontos questionados pelo embargante - nulidade do reconhecimento e conversão do julgamento em diligência - foram bem analisados pelo *decisum* embargado e encontram-se em consonância com reiterada jurisprudência da Corte Superior. 3. Noutro giro, não há que se falar em

omissão na análise das teses ventiladas nos acórdãos que instruem a apelação do embargante, a contrário do disposto no artigo 315, § 2º, IV, V, e VI, do CPP, uma vez que estas não possuem qualquer efeito vinculante, ciente de que “A omissão configura-se quando o órgão julgador deixa de manifestar-se sobre as teses relevantes apresentadas pela parte, a exemplo do não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, tal como disposto no art. 315, § 2º, IV, do Código de Processo Penal, ou quando deixa de manifestar-se sobre alguma questão de ordem pública o que não se verifica na espécie” (STJ, 976/DF, EDcl na APn, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, CE - Corte Especial, julgamento 17/03/2021). Embargos rejeitados.

Daí o presente *writ*, no qual a defesa alega haver constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico do paciente no âmbito da ação penal originária, pois feito em dissonância com o que dispõe o art. 226 do Código de Processo Penal, a implicar a carência de acervo probatório hábil a amparar a condenação do agente.

Afirma, ainda, que “ficou consignado no bojo das razões de apelo que a vítima sequer teve condições de fazer o retrato falado dos acusados em sede policial logo após o crime, todavia o fez 3 (três) meses após o fato e nas dependências de um nosocômio. No dia da audiência de reconhecimento permaneceu por horas no mesmo corredor com o Paciente, por óbvio, que o ato está eivado de vício insanável não acobertado pelo fenômeno da preclusão uma vez que fora arguida a nulidade em sede de alegações finais” (e-STJ f. 11).

Ademais, sustenta ser necessário o afastamento da majorante referente ao emprego de arma de fogo (e-STJ f. 8).

Nesse contexto, “requer a concessão da ordem liminarmente para suspender os efeitos da decisão condenatória de piso até o trânsito em julgado da decisão de mérito e no MÉRITO confirmar a liminar pleiteada concedendo-se a ordem para, em nome dos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência absolver o acusado. Subsidiariamente, requer a anulação da decisão condenatória para baixar os autos em diligência para o Juízo de primeira instância com o fim de obter imagens de vídeo do corredor do fórum da data e hora da audiência em que a vítima reconheceu irregularmente o Paciente e ainda o afastamento da majorante de uso de arma de fogo, tendo em vista que não há, nos autos, provas da apreensão e potencialidade do instrumento bélico” (e-STJ f. 17).

O pedido liminar foi indeferido.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Sobre o tema, esta Sexta Turma firmou recentemente novo entendimento no sentido de que o regramento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal é de observância obrigatória, e ainda assim não prescinde de corroboração por outros elementos indiciários submetidos ao crivo do contraditório na fase judicial.

Com tal entendimento, objetiva-se a mitigação de erros judiciários gravíssimos que, provavelmente, resultaram em diversas condenações lastreadas em acervo probatório frágil, como o mero reconhecimento fotográfico de pessoas em procedimentos crivados de vícios legais e até psicológicos – dado o enviesamento cognitivo causado pela apresentação irregular de fotografias escolhidas pelas forças policiais –, que acabam por contaminar a memória

das vítimas, circunstância que reverbera até a fase judicial e torna inviável posterior convalidação em razão do viés de confirmação.

Por oportuno, relevantíssimo julgado do Ministro ROGERIO SCHIETTI, cuja ementa passo a colacionar:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC nº 598.886/SC (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 1.1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 1.2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 1.3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria

delitiva com base no exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 1.4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

2. Necessário e oportuno proceder a um ajuste na conclusão nº 4 do mencionado julgado. Não se deve considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como "etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal", mas apenas como uma possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva. Não é necessariamente a prova a ser inicialmente buscada, mas, se for produzida, deve vir amparada em outros elementos de convicção para habilitar o exercício da ação penal. Segundo a doutrina especializada, o reconhecimento pessoal, feito na fase pré-processual ou em juízo, após o reconhecimento fotográfico (ou mesmo após um reconhecimento pessoal anterior), como uma espécie de ratificação, encontra sérias e consistentes dificuldades epistemológicas.

3. Se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica.

Se, todavia, tal prova for produzida em desacordo com o disposto no art. 226 do CPP, deverá ser considerada inválida, o que implica a impossibilidade de seu uso para lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar. Mais do que isso, inválido o

reconhecimento, não poderá ele servir nem para lastrear outras decisões, ainda que de menor rigor quanto ao *standard* probatório exigido, tais como a decretação de prisão preventiva, o recebimento de denúncia e a pronúncia.

4. Em julgamento concluído no dia 23/02/2022, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao RHC nº 206.846/SP (Rel. Ministro GILMAR MENDES), para absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC nº 598.886/SC, no STJ, foram fixadas três teses: 4.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 4.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 4.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos.

5. Na espécie, a leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado, além da análise do contexto fático já delineado nos autos pelas instâncias ordinárias, permitem inferir que o paciente foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pela vítima e sem que nenhuma outra prova (apreensão de bens em seu poder, confissão, relatos indiretos etc.) autorizasse o juízo condenatório.

6. Mais ainda, a autoridade policial induziu a vítima a realizar o reconhecimento - tornando-o viciado - ao submeter-lhe uma foto do paciente e do comparsa (adolescente), de modo a reforçar sua crença de que teriam sido eles os autores do roubo. Tal comportamento, por óbvio, acabou por comprometer a mínima aproveitabilidade desse reconhecimento.

7. Estudos sobre a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho alertam que é contraindicado o *show-up* (conduta que consiste em exibir apenas a pessoa suspeita, ou sua fotografia, e solicitar que a vítima ou a testemunha reconheça se essa pessoa suspeita é, ou não, autora do crime), por incrementar o risco de falso reconhecimento. O maior problema dessa dinâmica adotada pela autoridade policial está no seu efeito indutor, porquanto se estabelece uma percepção precedente, ou seja, um pré-juízo acerca de quem seria o autor do crime, que acaba por contaminar e comprometer a memória. Ademais, uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto.

8. Em verdade, o resultado do reconhecimento formal depende tanto da capacidade de memorização do reconhecedor quanto de diversos aspectos externos que podem

influenciá-lo, como o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor (tempo de duração do evento criminoso), a gravidade do fato, as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos, aspectos geográficos etc.), a natureza do crime (com ou sem violência física, grau de violência psicológica), o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento etc.

9. Sob um processo penal de *cariz garantista* (é dizer, conforme aos parâmetros e diretrizes constitucionais e legais), busca-se uma verdade processualmente válida, em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisdicional.

10. Adotada, assim, a premissa de que a busca da verdade, no processo penal, se sujeita a balizas epistemológicas e também éticas, que assegurem um mínimo de idoneidade às provas e não exponham pessoas em geral ao risco de virem a ser injustamente presas e condenadas, é de se refutar que essa prova tão importante seja produzida de forma totalmente viciada. Se outros fins, que não a simples apuração da verdade, são também importantes na atividade investigatória e persecutória do Estado, algum sacrifício epistêmico, como alerta Jordi Ferrer-Beltrán, pode ocorrer, especialmente quando o processo penal busca, também, a proteção a direitos fundamentais e o desestímulo a práticas autoritárias.

11. Impõe compreender que a atuação dos agentes públicos responsáveis pela preservação da ordem e pela apuração de crimes deve dar-se em respeito às instituições, às leis e aos direitos fundamentais. Ou seja, quando se fala de segurança pública, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade; deve

incluir também a criação de um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas e de respeito institucional a quem se vê na situação de acusado e, antes disso, de suspeito.

12. Sob tal perspectiva, devem as agências estatais de investigação e persecução penal envidar esforços para rever hábitos e acomodações funcionais, de sorte a "utilizar instrumentos para maximizar as probabilidades de acerto na decisão probatória, em particular aqueles que visam a promover a formação de um conjunto probatório o mais rico possível, quantitativa e qualitativamente" (Ferrer-Beltrán).

13. Convém, ainda, lembrar que as prescrições legais relativas às provas cumprem não apenas uma função epistêmica, *i. e.*, de conferir fiabilidade e segurança ao conteúdo da prova produzida, mas também uma função de controlar o exercício do poder dos órgãos encarregados de obter a prova para uso em processo criminal, *vis-à-vis* os direitos inerentes à condição de suspeito, investigado ou acusado.

Nesse sentido, é sempre oportuna a lição de Perfécto Ibañez, que divisa, na exigência de cumprimento das prescrições legais relativas à prova, uma função implícita, a saber, a de induzir os agentes estatais à observância dessas normas, o que se perfaz com a declaração de nulidade dos atos praticados de forma ilegal.

14. O zelo com que se houver a autoridade policial ao conduzir as investigações determinará não apenas a validade da prova obtida - "sem bons ingredientes não haverá forma de fazer um bom prato" (como metaforicamente lembra Jordi Ferrer-Beltrán) -, mas a própria legitimidade da atuação policial e sua conformidade ao modelo

legal e constitucional. Sem embargo, conquanto as instituições policiais figurem no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal se apropriem de técnicas pautadas nos avanços científicos para interromper e reverter essa preocupante realidade quanto ao reconhecimento pessoal de suspeitos. Práticas como a evidenciada no processo objeto deste *writ* só se perpetuam porque eventualmente encontram respaldo e chancela tanto do Ministério Público - a quem, como fiscal do direito (*custos iuris*), compromissado com a verdade e com a objetividade de atuação, cabe velar pela higidez e pela fidelidade da investigação dos fatos sob apuração, ao propósito de evitar acusações infundadas - quanto do próprio Poder Judiciário, ao validar e acatar medidas ilegais perpetradas pelas agências de segurança pública.

15. Sob tais premissas e condições, não é possível ratificar a condenação do acusado, visto que apoiada em prova absolutamente desconforme ao modelo legal, sem a observância das regras probatórias próprias e sem o apoio de qualquer outra evidência produzida nos autos.

16. Ordem concedida, para absolver o paciente em relação à prática dos delitos de roubo e de corrupção de menores objetos do Processo nº 0014552-59.2019.8.19.0014, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes - RJ, ratificada a liminar anteriormente deferida, a fim de determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.

(HC nº 712.781/RJ, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022.)

E, na mesma linha de intelecção, os seguintes acórdãos:

HABEAS CORPUS SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO QUE NÃO OBSERVOU O PROCEDIMENTO DO ART. 226 DO CPP. NULIDADE. PRECEDENTES DO STJ. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS VÁLIDAS E INDEPENDENTES. EVIDENTE ILEGALIDADE APTA A SER CORRIGIDA DE OFÍCIO.

1. Segundo o entendimento mais recente desta Corte, o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (HC nº 598.886/SC, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 18/12/2020).

2. Hipótese em que a condenação fundou-se em reconhecimento fotográfico feito na fase inquisitorial e posteriormente ratificado em juízo, sem notícia de que tenham sido observadas as regras do art. 226 do Código de Processo Penal e sem a indicação de nenhuma outra prova produzida em desfavor do réu.

3. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para absolver o paciente da prática do crime de roubo majorado nos Autos nº 0367813-41.2015.8.19.0001, da 41ª Vara Criminal da comarca da Capital/RJ.

(HC nº 681.704/RJ, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/05/2022, DJe de 13/05/2022.)

RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. NEGATIVA DE AUTORIA. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMEN-

TO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. SUPORTE PROBATÓRIO INSUFICIENTE. CERTEZA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE RECONHECIDA.

1. No julgamento do HC nº 598.886/SC, da relatoria do Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, decidiu a Sexta Turma, revendo anterior interpretação, no sentido de que se "determine, doravante, a invalidade de qualquer reconhecimento formal - pessoal ou fotográfico - que não siga estritamente o que determina o art. 226 do CPP, sob pena de continuar-se a gerar uma instabilidade e insegurança de sentenças judiciais que, sob o pretexto de que outras provas produzidas em apoio a tal ato - todas, porém, derivadas de um reconhecimento desconforme ao modelo normativo - autorizariam a condenação, potencializando, assim, o concreto risco de graves erros judiciários".

2. Na hipótese, o reconhecimento pessoal do recorrente não obedeceu aos ditames do precedente mencionado (HC nº 598.886/SC) e, mais grave ainda, da própria norma processual em causa (art. 226 - CPP), porquanto a vítima o reconheceu por meio de fotografia na fase inquisitorial, sem a apresentação de pessoas semelhantes e sem a indicação de justificativa plausível acerca de impossibilidade de realização do ato nos termos estabelecidos na norma legal. Não constou do julgado a menção de outras provas independentes aptas a evidenciar a autoria delitiva.

3. Como observado no HC nº 598.886/SC, "[à] vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo".

4. Apesar da gravidade do crime em causa, não se tem nos autos a demonstração da

autoria de forma pelo menos razoável, não se podendo praticar uma jurisprudência apenas de resultados, sem o abono da prova do fato, regular e legítima.

5. Recurso especial provido. Reconhecimento da nulidade ocorrida em relação ao reconhecimento fotográfico. Absolvição do recorrente (art. 386, VII - CPP).

(REsp nº 1.964.391/PR, Relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 10/05/2022, DJe de 13/05/2022.)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO. CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE OUTRA FONTE MATERIAL INDEPENDENTE DE PROVA. LEADING CASE DA SEXTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: HC Nº 598.886/SC, REL. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. ABSOLVIÇÃO DE RIGOR. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo o mais recente entendimento jurisprudencial desta Corte, as formalidades do art. 226 do Código de Processo Penal não configuram mera recomendação legal, mas sim garantias mínimas para a validade do procedimento de reconhecimento como prova de autoria.

2. Do quadro probatório definido pelas instâncias ordinárias, observa-se que o Paciente fora inicialmente reconhecido por fotografia na fase policial e, posteriormente, de forma pessoal, em juízo, porém não se consignou se este novo reconhecimento observou as disposições específicas do Código de Processo Penal que disciplinam a matéria.

3. Não houve prisão em flagrante, a *res furtiva* não foi encontrada na posse do Paciente, nem

sequer foram ouvidas outras testemunhas da Acusação além da própria vítima. O caso em exame possui, ainda, a peculiaridade de que, segundo o depoimento da vítima, o autor do delito estaria usando capacete no momento da empreitada criminosa, o que, certamente, poderia comprometer o reconhecimento, que, inicialmente, ocorreu apenas com base em fotografias. Também não se pode olvidar que o reconhecimento pessoal foi feito em audiência - frise-se, sem notícias de observância às formalidades legais - meses após a prática delitiva, o que torna ainda mais inseguro firmar o juízo de autoria apenas com base em tal prova, já que, como se sabe, a fluência do tempo conduz a um menor grau de exatidão das memórias.

4. A condenação proferida em primeiro grau e confirmada pelo Tribunal *a quo*, fundada tão somente em reconhecimento inicialmente fotográfico que não observou o devido regramento legal e não amparada por outros elementos probatórios independentes, está em desconformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que implica a necessidade de absolvição do Paciente.

5. Ordem de *habeas corpus* concedida para absolver o Paciente.

(HC nº 682.108/RJ, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 10/05/2022, DJe de 16/05/2022.)

No caso em tela, assim foi afastada a alegação de nulidade pelo Magistrado sentenciante (e-STJ f. 87/94):

Com efeito, ouvida em audiência, a vítima DENNIS QUINTANILHA prestou depoimento dando contas da veracidade dos fatos narrados na denúncia, tendo informado, em síntese, que trabalhava como motorista do

aplicativo UBER, e que, na data dos fatos, foi requerida uma viagem por uma mulher; que ao chegar no endereço informado, em um logradouro sem saída, achou estranho que o presumido passageiro fosse um homem, o qual estava de costas; que destarte suspeitou que tratava-se um assalto, de modo que tentou dar marcha ré no carro, ocasião em que vieram mais duas pessoas atrás de seu automóvel, e, juntamente com o réu, abordaram o depoente; que em seguida o acusado se aproximou, sendo que os três indivíduos estavam na posse de armas de fogo; que na sequência, o denunciado e seus cúmplices subtraíram dinheiro, aparelho celular e dinheiro do declarante, mas entretanto não levaram o carro; que logo após os três elementos se evadiram a pé, indo em direção a Comunidade do Feijão; que então o depoente dirigiu-se até a Delegacia Policial para registrar a ocorrência; que na Delegacia, foi mostrado ao declarante um álbum de fotografias de elementos suspeitos, não tendo, nessa ocasião, o depoente reconhecido os roubadores no aludido álbum; que aproximadamente dois meses após o assalto, quando o declarante levava sua filha para o Hospital Alberto Torres para atendimento médico, o declarante visualizou o acusado ferido em uma maca, e prontamente reconheceu-o como sendo o assaltante que o aguardava na aludida rua sem saída e o abordara armado, junto com seus dois comparsas.

Frise-se que, em Juízo, observadas as diretrizes do art. 226 do Código de Processo Penal, a vítima reconheceu com segurança o acusado como sendo um dos autores do roubo que sofreu.

[...]

Observa-se que a alegação de negativa de autoria apresentada pelo acusado em seu

interrogatório em Juízo não convence, e cede diante do restante da prova produzida no caderno processual, em especial a categórica narrativa da vítima em audiência, que relatou com detalhes toda a mecânica delitiva, cabendo ainda salientar que não resta a menor dúvida acerca da autoria por parte do denunciado, na medida em que a vítima, cerca de dois meses após os fatos, ao levar sua filha para atendimento médico no Hospital Alberto Torres, reconheceu o acusado como sendo um dos roubadores, quando este estava numa maca no aludido nosocômio, neste município, quando ainda tinha bem nítida em sua memória a fisionomia do réu, bem como procedeu ao reconhecimento em Juízo, sem dúvidas, apesar do lapso temporal entre a data do crime e a audiência.

Diante desse contexto, restou demonstrado, de forma segura, que o acusado efetuou o roubo descrito na denúncia, em comunhão de ações e desígnios criminosos com dois elementos não identificados, destacando-se o reconhecimento feito pela vítima na fase inquisitorial e corroborado em Juízo, bem como o depoimento seguro do lesado em audiência, que carece de interesse em incriminar um inocente.

Já o Tribunal de origem assim consignou, *ipsis litteris* (e-STJ f. 198/199):

Nesse contexto, ao ser ouvido em sede policial, logo após os fatos, a vítima Dennis Quintanilha, prestou os seguintes esclarecimentos (f. 06/08):

"que na data hoje 20/01/2018, por volta de 05h30min, enquanto trafegava na R. Carlesia Zarro Armond, 420 - Parada Quarenta, atendendo a uma solicitação corrida pois o mesmo trabalha para a UBER, e chegando

ao local 3 criminosos, aparentando todos serem menores de idade, todos armados, abordaram o comunicante dizendo "PERDEU, DESCE DO CARRO, VAI MORRER", tendo a vítima obedecido o comando e descido do veículo, e assim 2 dos criminosos entraram no veículo e subtraíram bens do declarante, e um que ficou do lado de fora pegou do bolso de DENNIS 40 reais. Não foi agredido. Os bens roubados foram: CELULAR SAMSUNG J5 NEXTEL 21 970058756M, 140 reais em espécie, carteira com CNH, CRLV, cartão da 99taxi, cartão cidadão, carteira da faculdade e cartões de banco. Descreve os autores como sendo: AUTOR 1 magro, cavanhaque, cabelo preto, 1,70m e negro, AUTOR 2 camisa camuflada, 1,65, cabelo asa delta, preto, negro e o AUTOR 3 era negro, magro e cabelo raspado, não sabendo dar maiores detalhes sobre este. NÃO reconhece nenhum autor para o fato no momento. Não há câmeras e nem consegue realizar retrato falado. 2 - Perguntado qual a data, horário e endereço do fato com referências para localização, o declarante responde: que na data hoje 20/01/2018, por volta de 05h30min, enquanto trafegava na R. Carlesia Zarro Armond, 420 - Parada Quarenta, atendendo a uma solicitação corrida pois o mesmo trabalha para a UBER, e chegando ao local, os criminosos, aparentando todos serem menores de idade, todos armados, abordaram o comunicante dizendo "PERDEU, DESCE DO CARRO, VAI MORRER", tendo a vítima obedecido o comando e descido do veículo, e assim 2 dos

criminosos entraram no veículo e subtraíram bens do declarante, e um que ficou do lado de fora pegou do bolso de DENNIS 40 reais

4 - Perguntado sobre quais os pertences que foram subtraídos, descrevendo os objetos e informando o valor correspondente, o declarante responde: Os bens roubados foram: CELULAR SAMSUNG J5 NEX7'EL 21 970058756M, 140 reais em espécie, carteira com CNH, CRLV, cartão da 99taxi, cartão cidadão, carteira da faculdade e cartões de banco.

5 - Perguntado o que exatamente lhe foi dito pelos criminosos, o declarante responde: "PERDEU, DESCE DO CARRO, VAI MORRER"

6 - Perguntado se lhe foi mostrada arma de fogo, ou arma branca ou apenas simulação de porte de arma, se sim, qual o tipo de arma (Pistola/Revólver e cor da arma) o declarante responde: Sim, ambos os 3 armados com pistolas.

7 - Perguntado se foi agredido fisicamente, detalhando a agressão, o declarante responde: Não

8 - Perguntado sobre a descrição física dos criminosos, altura, tipo físico, cor da pele, cor do cabelo, tatuagens, tipo e cor das roupas usadas (IMPORTANTE PARA PESQUISAS!), o declarante responde: AUTOR 1 magro, cavanhaque, cabelo preto, 1,70m e negro, AUTOR 2 camisa camuflada, 1,65, cabelo asa delta, preto, negro e o AUTOR 3 era negro, magro e cabelo raspado, não sabendo dar maiores detalhes sobre este.

9 - Perguntado quais eram as características do veículo utilizado pelos criminosos (cor, modelo, placa, etc.), o declarante responde: XXX

10 - Perguntado se o roubo foi no interior de coletivo, qual era o número da linha, trajeto, número de série do coletivo e nome da empresa de ônibus, o declarante responde: XXX

11 - Perguntado se no interior do coletivo havia câmeras de vigilância, o declarante responde: XXX

12 - Perguntado

para qual direção os criminosos fugiram, até onde pôde visualizar, o declarante responde: Empreenderam fuga sentido COMUNIDADE DO FEIJÃO APÓS ANALISAR AS FOTOGRAFIAS DE SUSPEITOS DO ÁLBUM DA DELEGACIA, perguntado se reconhece algum nacional como sendo o autor do crime comunicado, o declarante responde (COLOCAR NOME E N° DE IDENTIFICAÇÃO DO RECONHECIDO - RG, PF, ETC!): Diz não reconhecer nenhum autor no momento.

14 - Perguntado se houve testemunha que presenciou o crime, dizendo, se souber, o nome, telefone de contato e endereço da mesma, o declarante responde: Não

15 - Perguntado se no local do crime existe câmera de vigilância, o declarante responde: Não sabe dizer.

16 - Perguntado se possui condições de fornecer dados fisionômicos para confecção de retrato-falado dos autores do crime, o declarante responde: Diz que não

17 - Informada que será intimada posteriormente para análise de novas fotografias suspeitos na delegacia, o declarante responde: Ciente. QUE nada mais disse ou lhe foi perguntado."

Posteriormente, numa segunda ocasião, a vítima compareceu à Delegacia, informando que reconheceu o acusado em um Hospital, momento em que realizou o seu reconhecimento fotográfico, e prestou as seguintes declarações (reconhecimento - f. 08 e 13, declarações - f. 14):

"Que o declarante informa que no dia [20/01/2018], na rua Carlézia Zarro Armond, bairro Parada Quarenta-SG, fora roubado por três elementos, que solicitaram uma corrida pelo aplicativo 99, sendo que o mesmo ainda trabalha como motorista nesse aplicativo; Que o declarante quer ressaltar que no dia de hoje, 12/04/2018, por volta de 11:00h,

se encontrava no interior do Hospital Geral do Colubandê- SG, prestando socorro a sua filha, quando visualizara passando numa maca, um dos elementos que o roubara, sendo este identificado como Michael Vinícius Gonçalves Aguiar , RG. 222850158, o qual está internado no C.T.I. daquele nosocômio".

Os trechos destacados acima demonstram que a vítima foi assaltada por 3 agentes em janeiro de 2018. Na delegacia não reconheceu nenhuma das fotos que lhe foram apresentadas, afirmou categoricamente não ser capaz de realizar retrato falado, e que os 3 assaltantes aparentavam ser menores de idade.

Já em abril do mesmo ano, quase 3 meses após o fato, a vítima alega ter reconhecido um dos assaltantes em uma maca em um hospital, momento em que se deslocou à Delegacia para denunciar o fato, o que ensejou a nova apresentação de fotografias, e o réu foi então efetivamente reconhecido em solo policial, bem como pessoalmente em juízo.

Tal narrativa não é suficiente para comprovar a autoria do paciente.

Isso porque a vítima afirmou categoricamente não ser capaz de realizar retrato falado no dia dos fatos e alegou aparentarem ser os assaltantes menores de idade, mas, 3 meses após o evento, afirmou com convicção ter reconhecido agente que, à época do delito, já contava com 27 anos de idade, e o reconhecimento foi reforçado pela apresentação das fotografias do suspeito na delegacia.

Todos esses elementos considerados em conjunto e somados ao fato de que nenhuma outra prova independente e idônea – que não o depoimento da vítima – ter sido apresentada configuram a nulidade do reconhecimento, porquanto realizado quase 3 meses após o fato, reforçada a memória da vítima pela apresen-

tação de fotografias do suspeito na delegacia, circunstâncias que contaminariam a idoneidade do reconhecimento realizado em juízo, conforme exposto alhures.

Ante todo o exposto, concedo a ordem para anular o feito, com a consequente absolvição do agente.

É o voto.

AGRG NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.101.536 - RJ (2022/0099824-2)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. PRAZO: 5 (CINCO) DIAS CORRIDOS. ART. 39 DA LEI Nº 8.038/1990. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. *In casu*, não há falar de intimação tácita (art. 5º, § 3º, da Lei nº 11.343/2006), pois a efetiva consulta aos autos se deu no dia 01/06/2022, data essa que deve considerada a de realização da intimação quanto à decisão agravada (§§ 1º e 2º do art. 5º da Lei nº 11.419/2006), conforme o Termo de Ciência e a Certidão de Trânsito em Julgado e Termo de Baixa acostados aos autos.

2. A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil não alterou o prazo para a interposição de agravo contra decisão monocrática de relator em matéria penal, o qual, nos termos do art. 39 da Lei nº 8.038/1990, é de 5 (cinco) dias corridos.

3. Na hipótese, em 01/06/2022, houve a efetiva intimação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro quanto à decisão agravada (consulta eletrônica aos autos); o prazo para recurso – contado em dobro – teve início no primeiro dia útil seguinte, 02/06/2022

sendo o *dies ad quem* 11/06/2022 (sábado), prorrogado para 13/06/2022, mas o agravo regimental só foi apresentado em 20/06/2022, quando já havia escoado o prazo para a sua interposição.

4. Agravo regimental não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 2.101.536 - RJ, onde são partes Rony Rodrigo Barcelos dos Santos (Agravante) e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Agravado).

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, ANTONIO SALDANHA PALHEIRO e OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

BRASÍLIA (DF), 27 DE SETEMBRO DE 2022.

(DATA DO JULGAMENTO)

MINISTRA LAURITA VAZ

RELATORA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por Rony Rodrigo Barcelos dos Santos contra decisão proferida pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual o respectivo agravo em recurso especial foi conhecido para não conhecer do apelo nobre (f. 298-302).

Certidão de trânsito em julgado juntada a f. 308.

Sustenta a Defesa, nas razões do regimental (f. 2-14 do expediente avulso), preliminarmente, que, conforme consta do termo juntado

a f. 304, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro teve ciência quanto à decisão agravada em 01/06/2022 e, a partir dessa data, passou a fluir o prazo de 10 dias previstos no § 3º do art. 5º da Lei nº 11.419/2006 para a intimação ficta/automática.

Assim, alega que o termo inicial do prazo para a interposição de recurso contra a decisão agravada é 11/06/2006 (sábado), tendo sido prorrogado para o primeiro dia útil seguinte, ou seja, 13/06/2022, sendo certo que tal interstício – contado em dobro, conforme dispõe o art. 186 do CPC –, teve como *dies ad quem* 23/06/2022.

Por via de consequência, aduz ser de rigor anular a certidão de trânsito em julgado de f. 308, bem como considerar tempestivo o presente agravo regimental apresentado em 20/06/2022 (f. 02 do expediente avulso).

No mais, afirma que:

a) a solução da lide não demanda nova incursão no acervo fático-probatório acostado aos autos e, nesse panorama, não há falar na incidência do óbice da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

b) não é aplicável à espécie a Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo conhecimento do agravo regimental, a fim de que não seja conhecido o recurso especial (f. 27-31 do expediente avulso).

É o relatório.

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. PRAZO: 5 (CINCO) DIAS CORRIDOS. ART. 39 DA LEI Nº 8.038/1990. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. *In casu*, não há falar de intimação tácita (art. 5º, § 3º, da Lei nº 11.343/2006), pois a efetiva consulta aos autos se deu no dia 01/06/2022, data essa que deve considerada a de realização da intimação quanto à decisão agravada (§§ 1º e 2º do art. 5º da Lei nº 11.419/2006), conforme o Termo de Ciência e a Certidão de Trânsito em Julgado e Termo de Baixa acostados aos autos.

2. A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil não alterou o prazo para a interposição de agravo contra decisão monocrática de relator em matéria penal, o qual, nos termos do art. 39 da Lei nº 8.038/1990, é de 5 (cinco) dias corridos.

3. Na hipótese, em 01/06/2022, houve a efetiva intimação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro quanto à decisão agravada (consulta eletrônica aos autos); o prazo para recurso – contado em dobro – teve início no primeiro dia útil seguinte, 02/06/2022 sendo o *dies ad quem* 11/06/2022 (sábado), prorrogado para 13/06/2022, mas o agravo regimental só foi apresentado em 20/06/2022, quando já havia escoado o prazo para a sua interposição.

4. Agravo regimental não conhecido.

Lei nº 11.343/2006 (apreensão de 224,5g de maconha e 40,4g de cocaína). A sanção corporal foi substituída por 2 (duas) restritivas de direitos (f. 206-219).

Sustenta a Defesa, nas razões do apelo nobre, contrariedade aos arts. 28, *caput* e § 2.º, e 33, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Aduz que não foram apresentadas provas concretas e idôneas a amparar o édito condenatório com a certeza necessária a tal desiderato, e, não tendo sido comprovada a destinação das drogas apreendidas para o comércio espúrio, é de rigor desclassificar a conduta imputada a Réu para a de uso de entorpecentes para consumo próprio.

Foram apresentadas contrarrazões (f. 251-257). O recurso especial não foi admitido (f. 259-263). Foi interposto agravo (f. 272-281).

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, por meio da decisão de f. 298-302, conheceu do agravo em recurso especial, a fim de não conhecer do apelo nobre.

Daí a interposição do presente agravo regimental (f. 02-14 do expediente avulso).

Feito esse breve esboço histórico, passo ao exame da controvérsia.

Inicialmente, examino a preliminar suscitada pela Defesa quanto à tempestividade do regimental.

Destaco que, por intermédio do despacho de f. 16 do apenso 1, determinei à Coordenadoria de Processamento de Feitos de Direito Penal desta Corte que esclarecesse se, conforme os ditames preconizados no art. 5º da Lei nº 11.419/2006, o Termo de Ciência de f. 304 decorreria de efetiva consulta levada a efeito pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (§§ 1º e 2º) ou de intimação automática/tácita (§ 3º), ambas quanto à decisão de f. 298-302.

A propósito, a citada Coordenadoria do Superior Tribunal de Justiça prestou as seguintes

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau absolveu o Agravante quanto aos delitos preconizados nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c. c. o art. 40, inciso IV, todos da Lei nº 11.343/2006 (f. 155-159).

Irresignada, a Acusação interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu provimento para condenar o Réu a 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 33, *caput*, da

informações (f. 38 do expediente avulso, sem grifos no original):

"Peço vênha para informar Vossa Excelência os procedimentos adotados pela Coordenadoria de Processamento de Feitos de Direito Penal – CPPE, em cumprimento aos termos do r. despacho de e-STJ f. 33 proferido no Expediente Avulso formado na petição de Agravo Regimental nº 00.527.796/2022 (e-STJ f. 2/14 do Expediente avulso):

1. Em 02/08/2022, a CPPE instaurou processo SEI 022.068/2022 (Memorando CPPE 305624 (e-STJ f. 1/2 do Apenso 1)), para solicitar à Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação que realizasse auditoria nas peças processuais destes autos com o objetivo de informar '... a data da efetiva ciência da intimação, bem como do acesso aos autos do ARESP nº 2.101.536/RJ pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, referente à decisão de e-STJ f. 298/302 (3056665), publicada em 01/06/2022 e certificado à e-STJ f. 303 (3056669), bem como a data de acesso aos autos pelo Ente acima mencionado.'

2. Em 10/08/2021, a STI, através de análise técnica realizada pela Seção de Sustentação de Sistemas Judiciais – SESAJ, apresentou os relatórios gerados a partir da base de dados do Sistema que foram reportados a esta Coordenadoria por meio dos Documentos: 3070438 (Relatório Acesso ao Sistema de Intimação Eletrônica em 01/06) (e-STJ f. 30 do Apenso 1), 3070443 (Relatório Ciências no processo 202200998242) (e-STJ f. 31 do Apenso 1) e 3070449 (Relatório no processo 202200998242) (e-STJ f. 32/34 do Apenso 1) e, complementarmente, também esclareceu que '... a partir das informações supracitadas, é possível depreender que a ciência da referida intimação ocorreu no dia 01/06/2022 às 11:16:40, por meio de acesso à aplicação

e consulta realizada pelo Sr. Carlos Pereira Neto, conforme consta no relatório 3.070.443. Cabe informar ainda que o processo de número 202200998242 foi consultado no dia 01/06/2022 às 11:06, pelo mesmo usuário, qual seja, o Sr. Carlos Pereira Neto, conforme consta no documento 3070449. Portanto a ciência da intimação foi realizada de acordo com os registros de acesso constantes nesta data. Neste caso, não houve ciência por decurso de prazo."

Como se vê, ao contrário do que alega a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, houve efetiva consulta aos autos em 01/06/2022 e, portanto, não é o caso de "intimação tácita/automática" prevista no § 3º do art. 5º da Lei nº 11.419/2006, devendo ser considerada a data antes mencionada como aquela em que foi realizada a intimação quanto à decisão agravada, exatamente conforme consta do Termo de Ciência de f. 304 e da Certidão de Trânsito em Julgado e Termo de Baixa de f. 308.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

"[...]

1. Nos termos da Lei nº 11.419/2006, a intimação eletrônica considera-se realizada no dia em que o intimado efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, a qual pode ser realizada em até 10 dias.

[...].” (RHC nº 37.616/PR, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 08/03/2016, DJe 11/03/2016.)

No mais, conforme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil não alterou o prazo para a interposição de agravo contra decisão monocrática de relator em matéria penal. Portanto, nessa hipótese, está vigente o comando normativo contido no art. 39 da Lei nº 8.038/1990, ou seja,

o prazo para a apresentação do citado apelo é de 5 (cinco) dias corridos.

Nesse sentido:

"[...]

1. É intempestivo o agravo regimental interposto fora do prazo de 5 dias corridos, nos termos dos arts. 39 da Lei nº 8.038/90 e 258, *caput*, do RISTJ.

2. A Terceira Seção desta Corte Superior firmou orientação no sentido de que 'O agravo contra decisão monocrática de Relator, em controvérsias que versam sobre matéria penal ou processual penal, nos tribunais superiores, não obedece às regras no novo CPC, referentes à contagem dos prazos em dias úteis (art. 219, Lei nº 13.105/2015) e ao estabelecimento de prazo de 15 (quinze) dias para todos os recursos, com exceção dos embargos de declaração (art. 1.003, § 5º, Lei nº 13.105/2015)' (AgRg na Rcl nº 30.714/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Terceira Seção, julgado em 27/04/2016, DJe de 04/05/2016).

3. No âmbito penal, não se aplica o prazo em dobro previsto no art. 183 do CPC/2015, cuja prerrogativa é conferida apenas à Defensoria Pública.

4. Agravo regimental não conhecido." (AgRg no REsp nº 1.523.182/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 17/08/2018.)

"[...]

1. É intempestivo o agravo regimental interposto após o decurso do prazo de cinco dias previsto no art. 258 do Regimento Interno do STJ.

2. A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil não modificou o prazo para interposição de agravo das decisões do Relator em matéria penal, estando mantida a disposição contida no art. 39 da Lei nº 8.038/90.

3. Na espécie, a Defensoria Pública foi pessoalmente intimada da decisão agravada em 15/03/2017, tendo o período recursal – 5 dias, contados em dobro – se exaurido aos 27/03/2017, ao passo que o presente regimental foi interposto apenas em 28/03/2017, ou seja, após o decurso do prazo regimental.

4. Insurgência não conhecida." (AgRg no REsp nº 1.643.107/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/05/2018, REPD-Je 28/05/2018, DJe 23/05/2018.)

No caso, em 01/06/2022 (f. 304), houve a efetiva intimação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro quanto à decisão por intermédio da qual foi conhecido o agravo em recurso especial para não conhecer do apelo nobre (consulta eletrônica aos autos). O prazo para recurso – contado em dobro – teve como termo inicial o primeiro dia útil seguinte, ou seja, 02/06/2022 e como *dies ad quem* 11/06/2022 (sábado), prorrogado para 13/06/2022. O presente agravo regimental, no entanto, só veio a ser apresentado nesta Corte em 20/06/2022 (f. 02 do expediente avulso), quando já havia escoado o prazo para a sua interposição.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do agravo regimental.

É como voto.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA
**LEIS N°S 13140/2015 E 9307/1996 –
MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM**

A mediação e a conciliação estão previstas na Lei nº 13.140/2015, e a arbitragem na Lei nº 9.307/1996.

Na mediação, o mediador facilita o diálogo entre as partes, mas são elas que apresentam as soluções. Na conciliação, a participação mais efetiva do conciliador pode sugerir soluções. Na arbitragem, as partes indicam árbitros que apresentam a solução para o caso, em vez de levá-lo ao Judiciário.

A mediação e a conciliação podem ser judiciais ou extrajudiciais.

A Lei nº 13.140/2015 descreve em seu texto o conceito de mediação como sendo uma técnica de negociação na qual um terceiro, indicado ou aceito pelas partes, as ajuda a encontrar uma solução que atenda aos interesses de ambas.

O artigo 2º da mencionada lei prevê que a mediação deve ser orientada pelos seguintes princípios: 1) imparcialidade do mediador; 2) igualdade entre as partes; 3) oralidade; 4) informalidade; 5) autonomia da vontade das partes; 6) busca do consenso; 7) confidencialidade; 8) boa-fé.

Apesar de serem métodos muito similares, o Código de Processo Civil, em seu artigo 165, faz uma diferenciação entre mediadores e conciliadores judiciais. Segundo o CPC, o conciliador atua preferencialmente nas ações em que não há vínculo anterior entre as partes, e pode sugerir soluções para o litígio. Já o mediador atua nas ações nas quais as partes possuem vínculos anteriores. O objetivo do mediador é o de restabelecer o diálogo entre as partes, possibilitando que elas proponham soluções para o caso.

Tanto a Lei nº 13.140/2015 quanto o Código de Processo Civil tratam a conciliação como um sinônimo de mediação, mas, na prática, há uma sutil diferença. A técnica usada na conciliação para aproximar as partes é mais direta. Nela, há uma participação mais efetiva do conciliador na construção e sugestão de soluções. Na mediação, o mediador interfere menos nas soluções e age mais na aproximação das partes.

Segundo o artigo 18 da Lei nº 9.307/1996, o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário. Quando as partes optam pela arbitragem, elas afastam a via judicial e permitem que um ou mais terceiros, os árbitros, que geralmente detêm vasto conhecimento da matéria em questão, decidam o conflito.

Os árbitros, que podem ser quaisquer pessoas capazes e que tenham a confiança das partes, atuam como juízes privados. Suas decisões têm eficácia de sentença judicial e não podem ser objeto de recurso.

Segundo a Lei nº 9.307/1996, as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida

a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é a convenção por meio da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a tal contrato, ou seja, terá por objeto demanda eventual, indeterminada e futura. Quanto ao compromisso arbitral, trata-se da convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial, ou seja, terá por objeto controvérsia concreta e atual.

Segundo as lições de Carlos Alberto Carmona: “O ponto fundamental da arbitragem é a liberdade dos contratantes ao estabelecer o modo pelo qual seu litígio será resolvido [...] O legislador prestigiou, no que se refere à arbitragem, o princípio da autonomia da vontade, o que caracterizaria a possibilidade de exercerem as partes livremente a escolha da legislação à qual queiram submeter-se, limitada tal escolha, de um lado, pela noção de ordem pública, e de outro pelas leis imperativas”¹.

O acesso à Justiça compreende todo aparato estatal concebido para a concretização de direitos contemplados pelo ordenamento jurídico, ou seja, compreende todos os órgãos do Poder Judiciário, os tribunais de arbitragem, os mediadores e as câmaras de conciliação e mediação.

As três espécies de resolução alternativas de conflito têm um ponto em comum: a proposta de dizer o direito, minimizando o conflito e conduzindo as partes a um consenso.

A resolução alternativa de disputas tem sempre como objetivo específico promover um processo progressivo de reconhecimento mútuo e de negociação nos termos segundo os quais os indivíduos envolvidos descobrirão por si sós, ou com a ajuda de terceiros, a solução para seu caso particular. A mera consideração desse aspecto já legitima a validade de um procedimento que valoriza e prioriza o agir humano responsável, e que tem conseguido se validar em conflitos em que o diálogo foi rompido, evitando recorrer de imediato ao procedimento contencioso, numa escalada quase sempre tendente ao impasse.

A mediação, a arbitragem e a conciliação se impuseram como meios de minorar a impossibilidade de resolver todos os conflitos humanos pela mera via judicial.

Na mediação, todo o esforço da atuação neutra do profissional se direciona no sentido de garantir a ambas as partes a certeza de que ganharão na negociação, o que assegurará o melhor cumprimento do acordo efetuado.

Na arbitragem, o árbitro escolhido pelas partes decide o litígio segundo o direito constituído ou a equidade. As partes entram em acordo sobre a definição do litígio, sobre a composição e a designação do tribunal arbitral, e sobre as regras do processo a serem observadas, respeitando-se a ordem pública e os bons costumes.

¹ Carmona, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Editora Atlas, 2009, p. 64.

Na conciliação, busca-se dirimir o conflito eliminando-o, por intermédio da celebração de um acordo entre as partes, obtendo-se, assim, uma solução consensual adequada, tendo em vista a paz social.

O que essas formas de resolução perseguem, e por isso encontram ampla aceitação em todos os segmentos sociais, não é culpar alguém em detrimento de outrem, mas chegar a um consenso que efetivamente materialize uma justiça distributiva, garantindo a cada um o que é de direito. De nada adianta a ocorrência de um vencedor e de um perdedor se a decisão não resolve o problema invocado, atendendo às expectativas, direitos e obrigações de todas as partes envolvidas.

Como se percebe, as resoluções alternativas de conflito partem de uma dinâmica completamente distinta da do modelo tradicional de prestação jurisdicional, criando uma nova forma de dizer o direito.

De todo o exposto, conclui-se que as formas alternativas de resolução de conflitos são extremamente importantes, já que a necessidade de uma solução rápida para as controvérsias, a predominância da autonomia da vontade das partes – respeitados os limites da legislação –, o sigilo das decisões e o vínculo pacificador que o acordo cria entre as partes fazem desses procedimentos formas eficazes para eliminar as desavenças existentes.

A seguir, alguns acórdãos que ilustram o tema:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL. IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL. INCIDÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL DE NOVENTA DIAS. FALTA OU NULIDADE DA CITAÇÃO. ALEGAÇÃO EM IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL. NÃO INCIDÊNCIA DO PRAZO DE NOVENTA DIAS. ANTERIOR AÇÃO DE NULIDADE. COISA JULGADA CARACTERIZADA. ALEGAÇÃO DE IDÊNTICA TESE EM IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE.

EMENTA

1- Recurso especial interposto em 03/05/2021 e concluso ao gabinete em 12/04/2022.

2- O propósito recursal consiste em dizer se: a) o prazo decadencial de 90 (noventa) dias disposto no § 1º do art. 33 da Lei nº 9.307/96 se aplica à hipótese de nulidade de sentença arbitral arguida em impugnação ao cumprimento de sentença; b) a alegação, em impugnação ao cumprimento de sentença, de nulidade ou inexistência de citação para integrar o procedimento arbitral se submete ao prazo decadencial de 90 (noventa) dias disposto no § 1º do art. 33 da Lei nº 9.307/96; e c) é possível arguir, em impugnação, a nulidade de sentença arbitral após o trânsito em julgado de anterior ação de nulidade com idêntico fundamento.

3- Se a declaração de nulidade com fundamento nas hipóteses taxativas previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem for pleiteada por meio de ação própria, impõe-se o respeito ao prazo decadencial de 90 (noventa) dias, contado do recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

4- Escoado o prazo de 90 (noventa) dias para o ajuizamento da ação de nulidade,

não poderá a parte suscitar as hipóteses de nulidade previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem pela via da impugnação, pois o poder formativo já haverá sido fulminado pela decadência.

5- A arguição das matérias defensivas típicas da impugnação ao cumprimento de sentença previstas no § 1º do art. 525 do CPC – entre elas a falta ou nulidade da citação – não se submete ao prazo decadencial de 90 (noventa) dias previsto no § 1º do art. 33 Lei nº 9.307/96.

6- O defeito ou inexistência da citação opera-se no plano da existência da sentença, caracterizando vício transrescisório, que pode ser suscitado a qualquer tempo por meio (a) de ação rescisória, (b) de ação declaratória de nulidade, (c) de impugnação ao cumprimento de sentença ou (d) de simples petição. Precedentes.

7- Uma vez eleita a via processual para a arguição da falta ou nulidade da citação, não é facultado à parte, posteriormente, utilizar outro instrumento processual com idêntico objetivo, notadamente naquelas hipóteses em que a referida questão encontrar-se encoberta pelo manto protetor da coisa julgada.

8- Na hipótese dos autos, não poderiam as recorrentes, em virtude da preclusão consumativa e sob pena de ofensa à coisa julgada, veicular idêntica alegação relativa à falta ou nulidade da citação já deduzida em anterior ação de nulidade agora em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

9- Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Especial nº 2.001.912-GO, em que são Recorrentes Rhaine Nunes Cardoso e Viviane Quirino de Souza e Recorrido Genesi de Jesus Melo.

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros PAULO DE TARSO SANSEVERINO, RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, MARCO AURÉLIO BELLIZZE e MOURA RIBEIRO votaram com a Sra. Ministra Relatora.

BRASÍLIA (DF), 21 DE JUNHO DE 2022.

(DATA DO JULGAMENTO).

**MIN. NANCY ANDRIGHI
RELATORA**

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto por Rhaine Nunes Cardoso e Viviane Quirino de Sousa fundamentado na alínea “a” do permissivo constitucional.

Recurso especial interposto em: 03/05/2021.

Concluso ao gabinete em: 12/04/2022.

Cumprimento de sentença arbitral: proposto pela parte recorrida.

Decisão: rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença e determinou a expedição de mandado de reintegração de posse.

Acórdão: por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL. NULIDADE DE CITAÇÃO. AFASTADA. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO. DEFESA MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. DECADÊNCIA. COISA JULGADA.

1. O ingresso espontâneo da parte ré, no cumprimento de sentença arbitral, mediante apresentação de impugnação ao cumprimento de

sentença, nos termos do art. 239, § 1º, do CPC, dispensa o ato citatório ou supre sua falta.

2. A nulidade da sentença arbitral pode ser objeto de análise pelo Poder Judiciário em ação anulatória ou em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, desde que observado o prazo decadencial de 90 (noventa) dias, previsto no artigo 33, §§ 1º e 3º, da Lei nº 9.307/1996.

3. A extrapolação do referido prazo decadencial já foi decretada e se encontra revestida pelo manto da coisa julgada. Assim, não há possibilidade de exame da arguição de nulidade da sentença arbitral.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(f. 209)

Recurso especial: aduz, em síntese, ofensa aos arts. 166 e 169, do Código Civil; aos arts. 515 e 975 do Código de Processo Civil e aos arts. 32, 33, § 1º e § 3º, da Lei nº 9.307/96, ao argumento de que:

a) o prazo decadencial de 90 (noventa) dias disposto no § 1º do art. 33 da Lei nº 9.307/96 não se aplica à hipótese de nulidade de sentença arbitral alegada em impugnação ao cumprimento de sentença;

b) a ausência de citação para integrar o procedimento arbitral é causa de nulidade da sentença arbitral que não se sujeita a prazo decadencial, caracterizando-se como vício de caráter transrescisório; e

c) a alegação, em impugnação ao cumprimento de sentença, de nulidade ou inexistência de citação para integrar o procedimento arbitral não se submete ao prazo decadencial de 90 (noventa) dias disposto no § 1º do art. 33 da Lei nº 9.307/96.

Prévio juízo de admissibilidade: o TJGO inadmitiu o recurso especial interposto (f. 280-281).

Em face das razões apresentadas no agravo de f. 286-299, determinei a sua reautuação como recurso especial, nos termos do art. 34, XVI, do RISTJ, para melhor exame da matéria em debate, sem prejuízo de futuro reexame dos pressupostos de admissibilidade recursal.

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL. IMPUGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL. INCIDÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL DE NOVENTA DIAS. FALTA OU NULIDADE DA CITAÇÃO. ALEGAÇÃO EM IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL. NÃO INCIDÊNCIA DO PRAZO DE NOVENTA DIAS. ANTERIOR AÇÃO DE NULIDADE. COISA JULGADA CARACTERIZADA. ALEGAÇÃO DE IDÊNTICA TESE EM IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1- Recurso especial interposto em 03/05/2021 e concluso ao gabinete em 12/04/2022.

2- O propósito recursal consiste em dizer se: a) o prazo decadencial de 90 (noventa) dias disposto no § 1º do art. 33 da Lei nº 9.307/96 se aplica à hipótese de nulidade de sentença arbitral arguida em impugnação ao cumprimento de sentença; b) a alegação, em impugnação ao cumprimento de sentença, de nulidade ou inexistência de citação para integrar o procedimento arbitral se submete ao prazo decadencial de 90 (noventa) dias disposto no § 1º do art. 33 da Lei nº 9.307/96; e c) é possível arguir, em impugnação, a nulidade de sentença arbitral após o trânsito em julgado de anterior ação de nulidade com idêntico fundamento.

3- Se a declaração de nulidade com fundamento nas hipóteses taxativas previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem for pleiteada por meio de ação própria, impõe-se o respeito ao prazo decadencial de 90 (noventa) dias, contado do recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

4- Escoado o prazo de 90 (noventa) dias para o ajuizamento da ação de nulidade, não poderá a parte suscitar as hipóteses de nulidade previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem pela via da impugnação, pois o poder formativo já haverá sido fulminado pela decadência.

5- A arguição das matérias defensivas típicas da impugnação ao cumprimento de sentença previstas no § 1º do art. 525 do CPC – entre elas a falta ou nulidade da citação – não se submete ao prazo decadencial de 90 (noventa) dias previsto no § 1º do art. 33 Lei nº 9.307/96.

6- O defeito ou inexistência da citação opera-se no plano da existência da sentença, caracterizando vício transrescisório, que pode ser suscitado a qualquer tempo por meio (a) de ação rescisória, (b) de ação declaratória de nulidade, (c) de impugnação ao cumprimento de sentença ou (d) de simples petição. Precedentes.

7- Uma vez eleita a via processual para a arguição da falta ou nulidade da citação, não é facultado à parte, posteriormente, utilizar outro instrumento processual com idêntico objetivo, notadamente naquelas hipóteses em que a referida questão encontrar-se encoberta pelo manto protetor da coisa julgada.

8- Na hipótese dos autos, não poderiam as recorrentes, em virtude da preclusão consumativa e sob pena de ofensa à coisa julgada, veicular idêntica alegação relativa à falta ou nulidade da citação já deduzida em anterior

ação de nulidade agora em sede impugnação ao cumprimento de sentença.

9- Recurso especial não provido.

VOTO

A SENHORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

O propósito recursal consiste em dizer se: a) o prazo decadencial de 90 (noventa) dias disposto no § 1º do art. 33 da Lei nº 9.307/96 se aplica à hipótese de nulidade de sentença arbitral arguida em impugnação ao cumprimento de sentença; b) a alegação, em impugnação ao cumprimento de sentença, de nulidade ou inexistência de citação para integrar o procedimento arbitral se submete ao prazo decadencial de 90 (noventa) dias disposto no § 1º do art. 33 da Lei nº 9.307/96; e c) é possível arguir, em impugnação, a nulidade de sentença arbitral após o trânsito em julgado de anterior ação de nulidade com idêntico fundamento.

1. CAUSAS DE NULIDADE DO ART. 32 DA LEI Nº 9.307/96 ARGUIDAS EM IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL

1. A arbitragem, como cediço, “é uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 33).

2. Regulada pela Lei nº 9.307/1996, com as recentes alterações trazidas pela Lei nº 13.129/2015, a arbitragem funda-se na pactuação, pelas partes envolvidas, da chamada convenção arbitral, que pode se materializar, na linha do antigo sistema francês, por meio da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

3. Instaurada a arbitragem, cumpre destacar que, da mesma forma que ocorre no processo judicial, a formação da coisa julgada no âmbito do procedimento arbitral está sujeita à imutabilidade da decisão proferida após as etapas necessárias do procedimento, sendo bastante limitadas as possibilidades de afastá-la.

4. Assim, após o trânsito em julgado, a sentença proferida pelo juízo arbitral faz coisa julgada material e, constitui, por força de lei, título executivo judicial (art. 525, VII, do CPC/15).

5. Ademais, no que diz respeito ao exame das sentenças arbitrais, não se pode olvidar que esta Corte Superior perfilha o entendimento de que “o controle judicial sobre a validade das sentenças arbitrais está relacionado a aspectos estritamente formais, não sendo lícito ao magistrado togado examinar o mérito do que foi decidido pelo árbitro” (AgInt no AREsp nº 1.566.306/SP, Quarta Turma, julgado em 30/03/2020, DJe 01/04/2020). No mesmo sentido: AgInt no AgInt no AREsp nº 1.143.608/GO, Terceira Turma, julgado em 18/03/2019, DJe 20/03/2019; REsp nº 1.636.102/SP, Terceira Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 01/08/2017.

6. Nesse contexto, as vias predispostas para impugnar sentenças arbitrais são, sobretudo, duas, a saber: a) a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 33, § 3º, da Lei nº 9.307/96); e b) a ação de nulidade (art. 33, § 1º, da Lei nº 9.307/96) (Cf. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2020).

7. A impugnação, a teor do art. 525, § 1º, do CPC/2015, poderá versar sobre: “I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II – ilegitimidade de parte; III – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV – penhora incorreta ou avaliação errônea; V – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; VI – incompetência absolu-

ta ou relativa do juízo da execução; VII – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença”.

8. Ademais, o § 3º, do art. 33, da Lei da Arbitragem permite que se pleiteie a nulidade da sentença arbitral também no âmbito da impugnação ao cumprimento de sentença.

9. Por outro lado, o art. 32 da Lei nº 9.307/1996 prevê, em rol taxativo, as hipóteses de invalidade da sentença arbitral, e o art. 26, por seu turno, os requisitos que esta deve possuir. Ambos os dispositivos representam, nessa seara, os fundamentos legais da ação de nulidade.

10. Com efeito, sobre os instrumentos predispostos à impugnação das sentenças arbitrais, esclarece Francisco José Cahali, ainda, que é lícito ao vencido, na arbitragem, a utilização “das duas vias para questionar a nulidade da sentença arbitral: ação de invalidação ou impugnação ao cumprimento da sentença arbitral, cumulando nesta os fundamentos daquela. Esse parece ser, realmente, o melhor entendimento. Ou seja, a matéria passível de ser invocada na 'impugnação' ao cumprimento da sentença não se limita à contida no art. 525, § 1º, do CPC/2015, podendo ser trazido, por este instrumento processual no caso de execução de sentença arbitral, também o quanto previsto no art. 32 da Lei de Arbitragem” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2020).

11. Deve-se ressaltar, no entanto, que, se a declaração de nulidade com fundamento nas hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem for pleiteada por meio de ação própria, impõe-se o respeito ao prazo decadencial de 90 (noventa) dias, contado do recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos (Art. 33, § 1º).

12. Com efeito, “sob o signo da celeridade, da efetividade e da segurança jurídica especial-

mente perseguidas pelas partes signatárias de um compromisso arbitral, a pretensão de anular a sentença arbitral deve ser intentada de imediato, sob pena de a questão decidida tornar-se imutável, porquanto não mais passível de anulação pelo Poder Judiciário, a obstar, inclusive, que o Juízo arbitral profira nova decisão sobre a matéria” (REsp nº 1.862.147/MG, Terceira Turma, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021).

13. Ocorre, no entanto, que o § 3º, do art. 33, como cediço, permite que, proposta a execução de sentença arbitral, se alegue a nulidade da sentença também em sede de impugnação, sendo imperioso, portanto, verificar se o referido prazo decadencial de 90 (noventa) dias também deve ser aplicado nessa hipótese.

14. Nesse diapasão, importa consignar que a prescrição e a decadência são institutos que pertencem ao Direito Material. (Cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A prescrição no Código Civil Brasileiro (ou o jogo dos sete erros). *Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba*, nº 51, p. 108, 2010).

15. De fato, a prescrição, na esteira das lições de Pontes de Miranda, é a exceção de direito material, que alguém tem, contra quem não exerceu, durante certo tempo, que alguma norma jurídica fixa, a sua pretensão. (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição*. Atualizado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, Tilman Quarch e Jefferson Carús Guedes. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013. t. 6. p. 219).

16. Por outro lado, a decadência é o fato jurídico que extingue direitos potestativos (*rectius*: poderes formativos), que são aquelas posições jurídicas que conferem ao seu titular o poder, eminentemente jurídico, de alterar a esfera jurídica de outro sujeito, que não pode se opor por se encontrar em estado de sujeição (LUMIA, Giuseppe.

Lineamenti di teoria e ideologia del diritto. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 1981. p. 102-123).

17. Desse modo, conclui-se que, uma vez esgotado o prazo de 90 (noventa) dias previsto no § 1º, do art. 33, da Lei de Arbitragem, estará fulminado pela decadência o poder formativo de pleitear a nulidade da sentença arbitral com fundamento nas hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem.

18. De fato, tratando-se de instituto de Direito Material, a caracterização ou não da decadência não pode ficar à mercê do instrumento processual escolhido pela parte para veicular a alegação de nulidade.

19. Em outras palavras, a escolha entre a ação de nulidade ou a impugnação ao cumprimento de sentença em nada interfere na cristalização ou não da decadência, de modo que, escoado o prazo de 90 (noventa) dias para o ajuizamento da ação de nulidade, não poderá a parte suscitar as hipóteses de nulidade previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem pela via da impugnação ao cumprimento de sentença arbitral, pois o poder formativo já haverá sido fulminado pela decadência.

20. Solução diversa conflitaria com os próprios fundamentos do instituto da arbitragem, que é moldado de forma a garantir a celeridade e a efetividade da resolução dos conflitos de interesses.

21. Assim, escoado o prazo de 90 (noventa) dias, a defesa da parte executada ficará limitada às matérias especificadas no art. 525, § 1º, do CPC, sendo vedada a invocação de nulidade da sentença com base nas matérias definidas no art. 32 da Lei nº 9.307/96.

22. Em síntese, “pode-se afirmar que a veiculação da pretensão anulatória em impugnação só se afigura viável se a execução da sentença arbitral for intentada, necessariamente, dentro do prazo nonagesimal, devendo a

impugnante, a esse propósito, bem observá-lo, em conjunto com o prazo legal para apresentar sua peça defensiva” (REsp nº 1.862.147/MG, Terceira Turma, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021).

23. O referido entendimento foi, recentemente, referendado em julgados desta Terceira Turma em demandas análogas: REsp nº 1.928.951/TO, Terceira Turma, julgado em 15/02/2022, DJe 18/02/2022; REsp nº 1.900.136/SP, Terceira Turma, julgado em 06/04/2021, DJe 15/04/2021; REsp nº 1.862.147/MG, Terceira Turma, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021.

2. FALTA OU NULIDADE DE CITAÇÃO ARGUIDA EM IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL

24. O ponto central da presente controvérsia consiste em verificar se o prazo decadencial de 90 dias também é aplicável à hipótese em que a falta ou nulidade da citação é arguida em impugnação ao cumprimento de sentença arbitral.

25. Nesse contexto, deve-se ressaltar que a falta ou nulidade da citação não é hipótese prevista no art. 32 da Lei de Arbitragem, mas sim no § 1º, do art. 525 do CPC, o que afasta o entendimento jurisprudencial firmado no âmbito desta Terceira Turma.

26. Ademais, uma vez escoado o prazo de 90 (noventa) dias previsto no § 1º do art. 33 da Lei de Arbitragem, a defesa da parte executada fica limitada às matérias especificadas no art. 525, § 1º, do CPC.

27. Desse modo, conclui-se que, ao contrário do que ocorre na hipótese em que se alega as causas de nulidade previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem em sede de impugnação ao cumprimento de sentença arbitral, a arguição das matérias defensivas típicas da impugnação previstas no § 1º, do art. 525 do CPC – entre elas a falta ou nulidade da citação – não se submete

ao prazo decadencial nonagesimal previsto na Lei nº 9.307/96.

28. A propósito, menciona-se abalizada doutrina:

A declaração de nulidade da sentença arbitral - além de poder ser reconhecida em ação autônoma; na forma acima descrita - também poderá ser pleiteada por intermédio de impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do art. 525 e ss., do CPC, na hipótese em que a sentença arbitral venha a ser executada judicialmente (art. 33, § 3º). Para esta hipótese, evidentemente, não se aplica o prazo de noventa dias antes referido, mesmo porque não terá o executado como controlar a ocasião em que, na execução, lhe será facultado defender-se do requerimento para cumprimento de sentença. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, vol. 3, p. 574)

3. DA FALTA OU NULIDADE DA CITAÇÃO COMO VÍCIO TRANSRESCISÓRIO

29. Aduz a parte recorrente, por fim, que não haveria que se falar em ofensa à coisa julgada, pois a ausência de citação para integrar o procedimento seria causa de nulidade da sentença arbitral, que não se sujeitaria a prazo decadencial, caracterizando-se como vício de caráter transrescisório.

30. A Corte de origem, não obstante, consignou que a decadência do direito de pleitear a anulação da sentença arbitral já haveria sido reconhecida em anterior ação de nulidade já transitada em julgado, *verbis*:

Assim, conquanto a matéria em voga possa ser levantada tanto em ação anulatória quanto em impugnação ao cumprimento de sentença,

em qualquer caso, deve ser feita no prazo decadencial de 90 (noventa) dias.

No caso em apreço, a referida decadência já foi decretada nos autos da ação de nulidade de sentença arbitral (nº 5438204.85), com trânsito em julgado, não cabendo mais discussão sobre o assunto, sob pena de violação da coisa julgada.

[...]

No que se refere ao instituto da coisa julgada, preleciona o professor Humberto Theodoro Júnior [...]

(f. 212-213)

31. Nesse contexto, impõe-se ressaltar que a citação é indispensável à garantia do contraditório e da ampla defesa, sendo o vício de falta ou nulidade de citação o defeito processual mais grave no sistema processual civil brasileiro. Por essa razão, com exceção das hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido, é imperiosa a citação do réu ou do executado para a validade do processo (art. 239 do CPC/2015).

32. O ato citatório tem dupla finalidade: a) convocar o réu a comparecer em juízo; e b) cientificá-lo acerca da demanda proposta contra si.

33. Como forma de concretizar tais objetivos, a citação deverá ser pessoal sempre que possível (art. 242 do CPC/2015), admitindo-se a citação por edital apenas quando esgotadas todas as possibilidades de localização do réu ou do executado (AgInt no AREsp nº 1.789.536/DF, Terceira Turma, DJe 25/03/2021; AgInt no AREsp nº 1.346.536/PR, Quarta Turma, DJe 07/10/2019).

34. Esta Corte, nesse diapasão, firmou o entendimento segundo o qual o defeito ou

inexistência da citação opera-se no plano da existência da sentença. Caracteriza-se como vício transrescisório que pode ser suscitado a qualquer tempo, inclusive após escoado o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, mediante simples petição ou por meio de ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*). Nesse sentido: REsp nº 1.857.852/SP, Terceira Turma, DJe 22/03/2021; REsp nº 1.771.979/PR, Terceira Turma, DJe 12/11/2020; REsp nº 1.637.515/AM, Quarta Turma, DJe 27/10/2020; AgRg no AREsp nº 1.244.104/DF, Quinta Turma, DJe 12/11/2018).

35. Ademais, nos termos do art. 525, § 1º, I, do CPC, a ausência ou nulidade da citação também pode ser arguida por meio de impugnação ao cumprimento de sentença. Essa é, aliás, a única matéria anterior à formação do título executivo passível de ser alegada em sede de impugnação.

36. Nesse contexto, ante a gravidade da inexistência ou da nulidade do ato citatório, se o processo se encontrar em fase de cumprimento de sentença, o réu poderá obter a desconstituição do título executivo tanto por meio de ação autônoma quanto incidentalmente, mediante a apresentação de impugnação. A propósito: REsp nº 1.930.225/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 08/06/2021, DJe 15/06/2021.

37. Impõe-se observar, no entanto, que, uma vez eleita, pelo executado, a via processual para arguir da falta ou nulidade da citação, não lhe é permitido, *a posteriori*, manejar outro instrumento processual com idêntico pedido.

38. Com efeito, esta é a lição de Araken de Assis, destacando que, uma vez veiculada a pretensão por qualquer dos caminhos disponíveis, fecham-se os demais, *verbis*:

Deste modo, o réu, prejudicado pela inexistência ou pelo vício da citação, dispõe de

três remédios, mediante *concursum eletivum*, para desconstituir a sentença nula: (a) a ação rescisória; (b) a ação anulatória; e (c) a impugnação ao cumprimento da sentença. O emprego desses remédios dependerá somente de juízo de oportunidade e, em relação a algum deles, da falta de consumação prazo preclusivo (v.g., o prazo da rescisória). Mas, "veiculada a pretensão por qualquer dos caminhos disponíveis (embargos, ação rescisória ou *querela nullitatis*), fecham-se os demais" (ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1214).

39. Em síntese, se o executado aduz a inexistência ou nulidade da citação no âmbito de ação de nulidade, não poderá, posteriormente, em atenção à preclusão consumativa, sustentar a mesma tese em impugnação ao cumprimento de sentença, seja judicial, seja arbitral, sob pena de ofensa ao princípio da celeridade processual e da razoável duração do processo, máxime naquelas situações em que a referida questão encontrar-se encoberta pelo manto protetor da coisa julgada, hipótese em que restaria à parte a via da ação rescisória e não a da impugnação.

4. DA HIPÓTESE DOS AUTOS

40. Na hipótese dos autos, o TJGO negou provimento ao agravo de instrumento das recorrentes ao fundamento de que: a) a alegação de nulidade da sentença arbitral veiculada em impugnação ao cumprimento de sentença estaria submetida ao prazo decadencial de 90 dias previsto na Lei de Arbitragem; e b) o acolhimento da pretensão das agravantes importaria ofensa à coisa julgada formada em anterior ação de nulidade.

41. Nesse contexto, importa consignar que, ao contrário do que afirma a Corte de origem, a arguição das matérias defensivas

típicas da impugnação previstas no § 1º, do art. 525 do CPC – entre elas a falta ou nulidade da citação – não se submete ao prazo decadencial nonagesimal previsto na Lei nº 9.307/96.

42. No entanto, tal conclusão não é suficiente, por si só, para conduzir ao acolhimento da pretenção recursal e à reforma do acórdão recorrido.

43. Isso porque, na espécie, a nulidade da sentença arbitral em virtude da falta ou nulidade da citação já foi veiculada em anterior ação de nulidade cujos pedidos foram julgados improcedentes, tendo sido certificado o trânsito em julgado em 10/09/2020, no âmbito desta Corte Superior, nos autos do AREsp nº 1.733.473/GO.

44. É o que se extrai do próprio acórdão estadual, *verbis*:

Assim, conquanto a matéria em voga possa ser levantada tanto em ação anulatória quanto em impugnação ao cumprimento de sentença, em qualquer caso, deve ser feita no prazo decadencial de 90 (noventa) dias.

No caso em apreço, a referida decadência já foi decretada nos autos da ação de nulidade de sentença arbitral (nº 5438204.85), com trânsito em julgado, não cabendo mais discussão sobre o assunto, sob pena de violação da coisa julgada.

[...]

No que se refere ao instituto da coisa julgada, preleciona o professor Humberto Theodoro Júnior [...]

(f. 212-213)

45. Da decisão de primeiro grau agravada extrai-se, outrossim, elucidativo excerto:

2. Nulidade de sentença arbitral

A questão aventada pelos impugnantes já foi objeto de análise exauriente e portanto, não pode ser novamente julgada. Nos autos apensos - ação de nulidade de sentença arbitral, processo número 5438204-85.2017.8.09.0051, houve sentença de improcedência do pedido, em razão da decadência, sentença essa mantida pelo TJGO e STJ. Inclusive o processo transitou em julgado no Superior Tribunal de Justiça, dia 10 de setembro de 2020 conforme se observa de documento colecionado pela impugnada em petição de evento 90, do presente feito. Portanto, a tese da nulidade da sentença arbitral está definitivamente superada, pelo que não cabe nova rediscussão.

(f. 609)

46. Ressalte-se, por oportuno, que a alegada ausência ou nulidade de citação haveria ocorrido no âmbito do procedimento arbitral e não no bojo da referida ação de nulidade, no âmbito da qual instaurou-se adequadamente o contraditório, não havendo qualquer óbice, portanto, à formação da coisa julgada material.

47. Desse modo, na linha do que restou decidido pelo Tribunal *a quo*, não poderiam as recorrentes, em virtude da preclusão consumativa e sob pena de ofensa à coisa julgada então formada, veicular idêntica alegação aduzida em anterior ação de nulidade agora em sede impugnação ao cumprimento de sentença, motivo pelo qual não merece reforma o acórdão recorrido.

5. DISPOSITIVO

Forte nessas razões, nego provimento ao recurso especial.

Deixo de majorar os honorários de sucumbência recursais, tendo em vista que não foram arbitrados na instância de origem.

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA ARBITRAL NO CONTRATO. POSTERIOR EXTINÇÃO DA CÂMARA DE ARBITRAGEM.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO ATÍPICO E OUTRAS AVENÇAS FIRMADO POR PESSOAS JURÍDICAS DE GRANDE PORTE. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA ARBITRAL NO CONTRATO. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. ARBITRAGEM QUE PRESSUPÕE A LIVRE VONTADE DAS PARTES. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 4º, § 2º, DA LEI Nº 9.307/96. CONTRATO QUE, NO CASO EM EXAME, NÃO SE CARACTERIZA COMO DE ADESÃO. EXISTÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE. EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM QUE DEVE SER RECONHECIDA. POSTERIOR EXTINÇÃO DA CÂMARA DE ARBITRAGEM INDICADA NO CONTRATO QUE, POR SI SÓ, NÃO TORNA NULA A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NESTE SENTIDO. CONTRATANTES QUE DEVEM, DE COMUM ACORDO, ESTABELECEM NOVO ÁRBITRO. INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 16 DA LEI Nº 9.307/96. JUÍZO ARBITRAL QUE É, INCLUSIVE, COMPETENTE PARA DECIDIR, EM DETRIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO, AS QUESTÕES ACERCA DA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E DO PRÓPRIO CONTRATO. PRECEDENTES DO STJ E DO TJRJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE EXTINÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0046960-11.2020.8.19.0001, em que figuram como Apelante União de Lojas Leader S.A. (em Recuperação Judicial) e como Apelado

Twinsk Fundo de Investimento Multimercado Crédito Privado (Investimento no Exterior).

Acordam os Desembargadores que compõem esta Vigésima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Trata-se de apelação interposta por União de Lojas Leader S.A. (em Recuperação Judicial) contra sentença proferida pelo Juízo da 25ª Vara Cível da Comarca da Capital (índice 000982), na ação de rescisão contratual cumulada com indenizatória ajuizada em face de Twinsk Fundo de Investimento Multimercado Crédito Privado (Investimento no Exterior), que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, sob o fundamento de que o Juízo arbitral seria o competente para apreciação da demanda.

Em razões recursais (índice 001020), a Autora, ora Apelante, alega que a cláusula nº 27 do contrato firmado entre as partes, que estabelece a utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos, seria nula, diante da extinção da Câmara Imobiliária de Mediação e Arbitragem (“CIMA”), e não teria aplicabilidade, razão por que a sentença deveria ser reformada para determinar-se o prosseguimento do feito.

Foram apresentadas contrarrazões (índice 001223), no sentido do desprovimento do recurso.

Manifestação da Procuradoria de Justiça de índice 001363 pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, razão por que deve ser conhecido.

Trata-se de ação de rescisão contratual em que a Apelante narra que teria celebrado com a Apelada contrato de locação atípica e outras avenças, conforme instrumento de índice 000064.

A sentença de índice 000982 extinguiu o processo, sem resolução do mérito, em razão de cláusula arbitral.

Esclareça-se, nesse ponto, que o instituto da arbitragem consiste em um meio para resolução de conflitos, criado pela Lei nº 9.307/96, para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas capazes, a teor do disposto no artigo primeiro da Lei de Arbitragem: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Ademais, o compromisso arbitral e a cláusula compromissória constituem espécies do gênero convenção de arbitragem, em que as partes se comprometem a submeter à arbitragem eventuais litígios relativos ao contrato, consoante disposto no art. 4º da Lei nº 9.307/96, *in textus*:

“Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Trata-se de um método alternativo ao Poder Judiciário, com vistas a promover de forma célere a solução de controvérsias surgidas entre partes, que optam espontânea e contratualmente pela utilização da técnica da arbitragem para solução de conflitos.

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade da instituição da cláusula arbitral - capaz de deslocar a competência decisória acerca do conflito para a seara extrajudicial - não viola o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, nos seguintes termos, *in verbis*:

EMENTA:

1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da Lei nº 9.307, de 23/09/1996, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial.

2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova

Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri).

3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.307/96 (art. 6º, parágrafo único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por

decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE 5206 AgR, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30/04/2004 PP-00059 EMENT VOL-02149-06 PP-00958)

Outrossim, cumpre ressaltar que, embora a arbitragem possua caráter facultativo, consoante disposições da Lei nº 9.307/96, se as partes optarem contratualmente pela arbitragem, estarão obrigadas a cumprir o estabelecido na cláusula compromissória, ou seja, não poderão demandar perante o Poder Judiciário sem antes tentarem resolver a celeuma extrajudicialmente.

Nesse sentido, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, consoante exemplificado através das ementas abaixo:

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. DISCUSSÃO QUANTO AO CRITÉRIO DE REMUNERAÇÃO PELOS SERVIÇOS DE EMPREITADA, PARA A CONSTRUÇÃO DE USINAS HIDRELÉTRICAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE OU DE INEXISTÊNCIA DE CONTRATO ESCRITO, ASSINADO PELAS PARTES, NO QUAL CONTÉM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL, SOB O ARGUMENTO DE QUE NÃO TERIA SIDO OBSERVADA A AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES EXARADA EM CONTRATO VERBAL ANTERIOR, POR MEIO DE CONTATO TELEFÔNICO. DESPOJAMENTO DA JURISDIÇÃO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. AUTONOMIA ENTRE O AJUSTE CONTRATUAL E A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NELE INSERTA. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. CONTRATO DE EMPREITADA QUE NÃO PODE SER QUALIFICADO COMO DE "ADESÃO", A TODA EVIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE COMPROMISSO ARBITRAL PATOLÓGICO, A AUTORIZAR O AFASTAMENTO IMEDIATO DA COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO ARBITRAL. RECONHECIMENTO. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS.

1. A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em saber se seria dado ao Poder Judiciário conhecer e julgar ação, com precedência do Tribunal arbitral, excepcionalmente, sob o fundamento de que a demanda subjacente tem como causa de pedir a alegação de que os ajustes estabelecidos entre as partes, no tocante às bases de remuneração dos serviços de empreitada pactuados, deram-se em contrato verbal, e não em superveniente contrato escrito no qual consta cláusula compromissória arbitral, cujos termos, segundo argumentado pela demandante, não teria observado a autonomia de vontade, basilar da arbitragem.

2. Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes, com esteio no princípio da autonomia da vontade, tenham reservado ao julgamento dos árbitros.

3. Justamente para dar concretude a tais efeitos, a lei de regência confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no princípio da Kompetenz-Kompetenz, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua própria competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal fim, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção da arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

3.1 Por expressa disposição legal (art. 8º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996), a cláusula

compromissória, por meio da qual as partes convencionam submeter eventuais e futuros litígios à arbitragem, é autônoma no tocante à relação contratual subjacente. Desse modo, o exame acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem não se confunde com o do contrato a que se relaciona. Por consectário, eventual nulidade, ou mesmo inexistência jurídica, do contrato principal não tem nenhuma repercussão na convenção de arbitragem.

3.2 Ressai, com absoluta clareza, que a pretendida declaração de nulidade ou de inexistência da cláusula contratual que estabeleceu o critério de remuneração do serviço de empreitada ou, a esse propósito, do próprio contrato escrito (no qual incluída a cláusula compromissória arbitral), é matéria a ser conhecida e julgada, por imposição legal, precedentemente, pelo Tribunal arbitral. Sem nenhum respaldo legal, assim, supor que a simples alegação de nulidade (ou mesmo de inexistência jurídica) do contrato principal teria o condão, *per se*, de afastar a convenção de arbitragem nele inserto, tal como reconhecido pelo Tribunal de origem.

4. Não se olvida, tampouco se dissuade de doutrina especializada, assim como da jurisprudência desta Corte de Justiça, que admite, excepcionalmente e em tese, que o Juízo estatal, instado naturalmente para tanto, reconheça a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem sempre que o vício que a inquina revelar-se, em princípio, clarividente (encerrando, assim, verdadeira cláusula compromissória arbitral patológica).

4.1 Na hipótese dos autos, todavia, a convenção arbitral ajustada pelas partes, por meio da cláusula compromissória (cheia) inserta no contrato de empreitada estabelecido entre as partes - devidamente referenciada na sentença extintiva -, não guarda, em si, nenhum vício

detectável à primeira vista, passível de reconhecimento, de imediato, pelo Poder Judiciário.

5. Afigura-se de todo descabido conferir ao contrato de empreitada estabelecido entre as partes, destinado a viabilizar a construção e a implantação de duas unidades hidrelétricas integrantes do Complexo Energético Rio das Antas no Estado do Rio Grande do Sul, a qualidade de "adesão", tal como impropriamente alega a parte demandante.

5.1 Da espécie de contrato em comento ressaem evidenciadas, necessariamente, a magnitude e a especificidade das obrigações contrapostas, de inequívoca grandeza econômica, a demandar, de parte a parte, indiscutível *know-how*, conhecimento técnico e estofo econômico-financeiro para discutir o teor das cláusulas contratuais, a afastar qualquer suposição, meramente retórica, de imposição ou de subordinação entre os contratantes. Trata-se, pois, de tipo de contratação personalíssima, descontextualizada de qualquer padronização, em que os contratantes valem-se, em tese e prima facie, de plena liberdade para ajustar, segundo seus interesses e disponibilidade, as cláusulas contratuais às quais se vinculariam.

6. Recursos especiais providos.

(REsp nº 1.699.855/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 01/06/2021, DJe 08/06/2021)

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FALSIDADE CUMULADA COM EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATOS. EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA. ASSINATURA. FALSIDADE. ALEGAÇÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. KOMPETENZ-KOMPETENZ1. Cinge-se a controvérsia a definir se o juízo estatal é competente para processar e julgar a ação declaratória que deu origem ao presente recurso especial tendo em

vista a existência de cláusula arbitral nos contratos objeto da demanda. 2. A previsão contratual de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. 3. A consequência da existência do compromisso arbitral é a extinção do processo sem resolução de mérito, com base no artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil de 1973. 4. Recurso especial provido.”

(REsp nº 1.550.260/RS Recurso Especial Relator(a): Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO Relator(a) p/ Acórdão: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Órgão Julgador: Terceira Turma Data do Julgamento: 12/12/2017 Data da Publicação/Fonte: DJe 20/03/2018).

No caso em exame, o contrato firmado entre as partes (locação atípica e outras avenças), a toda evidência não caracteriza contrato de adesão, tratando-se de contratação personalíssima firmada entre as partes, tendo ambas as empresas plena liberdade na contratação sendo, portanto, válida a cláusula de arbitragem firmada entre as partes.

A Apelante, alega, ainda, que a cláusula nº 27 do contrato firmado entre as partes seria nula, diante da extinção da Câmara Imobiliária de Mediação e Arbitragem (“CIMA”), e não teria aplicabilidade, razão por que a sentença deveria ser reformada para determinar-se o prosseguimento do feito.

Entretanto, em primeira análise, cumpre destacar que o referido contrato foi firmado pelas partes em 2008, sendo a Câmara Imobiliária de Mediação e Arbitragem (“CIMA”) extinta em 2015, e a presente ação ajuizada apenas em 2020, circunstância que demonstra que a apelante,

mesmo após a extinção da CIMA, não diligenciou no sentido da retificação do contrato em questão, ou mesmo buscou junto à apelada a alteração ou esclarecimento quanto à cláusula de arbitragem ora impugnada.

Além disso, a extinção da Câmara de Arbitragem indicada no contrato, por si só, não revoga, de forma automática, o compromisso arbitral firmado entre as partes.

Destarte, deve a questão ser resolvida como se tratasse de cláusula vazia, quando não se indica previamente no contrato qual a câmara arbitral a ser utilizada. Assim, cabe às partes chegar a um acordo acerca da escolha de outro órgão arbitral ou ser seguido o disposto no artigo 7º da Lei de Arbitragem, conforme preconiza a regra contida no artigo 16, § 2º, da Lei nº 9.307/96 que dispõe, *in verbis*:

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Do contrato firmado entre as partes (f. 107/108 - índice 000064), verifica-se que inexist

vedação contratual expressa quanto à substituição da Câmara de Arbitragem em questão, razão por que não há que se falar em “nulidade” da referida cláusula. Neste sentido:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE CONHECIMENTO. RITO ORDINÁRIO. AQUISIÇÃO DE COTAS EM EMPREENDIMENTO HOTELEIRO. Demanda objetivando o desfazimento do negócio, com a condenação dos réus em danos morais e materiais. Juízo *a quo* que julgou extinto o feito sem apreciação do mérito na forma do art. 485, inciso VII, do CPC. Apelo do autor. Acórdão que confirmou a sentença de extinção. Manutenção do *decisum*. Inexistência de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Prevalência da cláusula de convenção de arbitragem. Inaplicabilidade do CDC. Cotas adquiridas no sistema de “pool hoteleiro” para fins de investimento e rentabilidade. Expressa anuência da parte quanto a convenção de arbitragem. Precedentes. A convenção de arbitragem impede que o judiciário exerça atividade cognitiva, impondo-se a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC. Oposição de embargos de declaração por ambas as partes. 1os Embargos de Declaração opostos pelo Autor. Sustentou o embargante a existência de omissão no acórdão embargado, no que se refere às exigências para a validade da cláusula arbitral. Alegou, ainda, a existência de fato novo, consubstanciado na extinção da câmara de arbitragem indicada no contrato. Afirmou, assim, que os Embargos devem ser acolhidos, com efeitos infringentes, para se reconhecer a impossibilidade de cumprimento da cláusula arbitral e dar-se provimento à apelação interposta, bem como para sanar a omissão apontada, para fins de prequestionamento.

2os Embargos de Declaração opostos pelos réus. Alegação de que houve erro material no Acórdão, no que se refere à fixação dos honorários recursais, que devem incidir sobre o valor da causa atualizado e não sobre a condenação, como constou do acórdão, por equívoco. 1os Embargos, do autor, que devem ser acolhidos, sem efeitos modificativos, somente para apreciação do fato novo alegado. Extinção da Câmara de Arbitragem indicada no contrato que não afasta a convenção de arbitragem, sendo certo que o contrato não afirma ser aquele o único órgão arbitral a ser utilizado pelas partes. Destarte, deve a questão ser resolvida como se tratasse de cláusula vazia, quando não se indica previamente no contrato qual a câmara arbitral a ser utilizada. Partes que devem chegar a um acordo acerca da escolha de outro órgão arbitral ou ser seguido o disposto no artigo 7º da Lei de Arbitragem, conforme preconiza a regra contida no artigo 16, § 2º, da Lei nº 9.307/96. Inocorrência das hipóteses previstas no artigo 1022 do CPC/15. Inexistência de omissão. Acórdão que apreciou, de forma clara, todas as questões relevantes alegadas nas razões de apelação, em especial no que se refere ao § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem. A omissão que serve de suporte à interposição de recurso de embargos de declaração é aquela que diz respeito a ponto que deveria ter sido decidido e não o foi, pelo juiz ou pelo tribunal, não bastando, para justificar a interposição do recurso, omissão sobre argumento que supostamente daria amparo à pretensão, se os fundamentos que o acórdão enfrentou são suficientes para embasar a decisão, tendo sido apreciados todos os pontos relevantes. Tendo o acórdão abordado todas as questões relevantes suscitadas nas razões recursais, não há que se falar

em prequestionamento porque os tribunais superiores consideram-no presente quando enfrentada pelo julgador a questão jurídica suscitada, não exigindo menção expressa do dispositivo legal que o recorrente reputa violado. O inconformismo da parte com a fundamentação exposta no acórdão não dá ensejo à interposição de embargos de declaração. 2os Embargos de Declaração que devem ser acolhidos, para se reconhecer e retificar erro material no acórdão, uma vez que os honorários recursais devem incidir sobre o valor da causa atualizado. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES.”

(0181456-16.2016.8.19.0001 – Apelação - Des. LÚCIO DURANTE - Julgamento: 19/08/2021 - Décima Nona Câmara Cível)

Além disso, ao contrário do que afirma a apelante, a alegação de ineficácia da referida cláusula também configura matéria afeta à própria arbitragem, conforme previsto no art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, *in verbis*:

“Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.”

Neste mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto contra decisão que, em sede de ação pelo procedimento

comum, com pedidos declaratório e de obrigação de fazer, ajuizada pela agravada contra a agravante, rejeitou preliminar de convenção de arbitragem, declarando a nulidade da cláusula de nº 22, do contrato de f. 37/56, por entender que não atende aos requisitos do artigo 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996. Insurgência da ré que merece acolhida. Contrato celebrado no âmbito do dito mercado livre de energia elétrica, tratando-se, pois, de avença firmada, de forma voluntária, no ambiente de contratação livre (ACL), nos moldes de um contrato financeiro, mediante cláusula compromissória fechada. Autora que, na qualidade de agente livre da C. de C. de E. E. - CCEE aderiu à Convenção de Arbitragem, nos termos dos artigos 4º, § 5º, da Lei nº 10.848/2004, e 17, inciso VII, da Resolução Normativa nº 109 da ANEEL. Precedentes. Extinção do feito, sem resolução do mérito, na forma do artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.”

(0028340-17.2021.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des(a). PATRÍCIA RIBEIRO SERRA VIEIRA - Julgamento: 16/06/2021 - Décima Câmara Cível)

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO OBJETIVANDO A CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE COMISSÕES E AVISO PRÉVIO DECORRENTES DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. CONTRATO REALIZADO ENTRE DUAS PESSOAS JURÍDICAS. INEXISTÊNCIA DE HIPOSSUFICIÊNCIA OU CARACTERIZAÇÃO DE TÍPICO CONTRATO DE ADESÃO NA HIPÓTESE VERTENTE. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA QUE DEVE SER RESPEITADA. INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 9.307/96. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO PACTA SUNT SERVANDA, TENDO, INCLUSIVE, UM DOS SÓCIOS DA REPRESENTANTE, ORA APELANTE, ANUÍDO EXPRESSAMENTE ÀS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS AO ASSINAR O CONTRATO. OU-

TROSSIM, A QUESTÃO RELATIVA À VALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DEVE SER DIRIMIDA PELO JUÍZO ARBITRAL, COM PRIMAZIA SOBRE QUALQUER OUTRO JULGADOR. MANUTENÇÃO DA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, VII, DO CPC/15. DESPROVIMENTO DO RECURSO.”

(0005859-60.2015.8.19.0068 - APL - Des(a). MÔNICA FELDMAN DE MATTOS - Julgamento: 10/04/2018 - 21ª Câmara Cível)

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA. ALEGAÇÃO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, COM FULCRO NO ART. 485, VII, DO NCPC. APELO AUTURAL REAFIRMANDO A POSSIBILIDADE DE JURISDIÇÃO ESTATAL DIANTE DA INEFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO DE ADESÃO EM DISCUSSÃO POR DESCUMPRIMENTO DOS COMANDOS ESPECÍFICOS PREVISTOS NA LEI DE ARBITRAGEM. PRECEDENTES DO E. STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. DESPROVIMENTO. Na espécie, a despeito da alegação autoral de ineficácia da cláusula compromissória no suposto contrato de adesão em discussão (contrato de prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva) por descumprimento dos comandos específicos previstos na lei de arbitragem, precedentes do E. STJ e desta Corte de Justiça orientam pela competência do juízo arbitral para decidir com primazia sobre o Poder Judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória REsp nº 1.550.260/RS e Agravo de Instrumento nº 0072731-96.2017.8.19.0000). Desprovimento.”

(0002785-33.2016.8.19.0045 – APL – Des. CLEBER GHELLENSTEIN - Julgamento: 04/07/2018 – 14ª Câmara Cível).

“AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C DECLARATÓRIA DE NULIDADE. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ALEGAÇÃO AUTORA DE PROTESTO INDEVIDO DIANTE DA AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO PACTUADO. CONTESTAÇÃO ARGUINDO A EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. SENTENÇA PROFERIDA PARA EXTINGUIR O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, COM FULCRO NO ART. 485, VII, DO CPC/2015. APELAÇÃO DA AUTORA. 1. Preliminar de não conhecimento da apelação, arguida em contrarrazões, que se rejeita, porquanto as teses de nulidade da cláusula compromissória e de que esta cuida de cláusula de adesão foram sustentadas para afastar o reconhecimento da competência do juízo arbitral, inexistindo a alegada inovação recursal. 2. O juízo arbitral é fruto de livre convenção entre as partes contratantes, que somente poderão pactuar a respeito de litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis e desde que envolvam apenas pessoas maiores e capazes (Lei nº 9.307/96, art. 1º), o que, de fato, se evidencia nestes autos. 3. A arbitragem é meio alternativo de composição de conflito acerca de bens disponíveis, atuando, portanto, em relações jurídicas em que a liberdade ou a autonomia de vontade se revela soberana. 4. A cláusula compromissória pode estar no corpo do contrato ou em apartado, sendo certo que a alegação de ineficácia da referida cláusula por se tratar de contrato de adesão também configura matéria afeta à própria arbitragem, conforme previsto no art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem. Precedentes: REsp nº 1.550.260/RS Recurso Especial Relator: Ministro PAU-

LO DE TARSO SANSEVERINO Relator p/ Acórdão: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Órgão Julgador: Terceira Turma Data do Julgamento: 12/12/2017 Data da Publicação/Fonte: DJe 20/03/2018. 0002785-33.2016.8.19.0045 – APL – Des. CLEBER GHELLENSTEIN - Julgamento: 04/07/2018 – 14ª Câmara Cível. 0005859-60.2015.8.19.0068 – APL – Des(a). MÔNICA FELDMAN DE MATTOS – Julgamento: 10/04/2018 – 21ª Câmara Cível 5. O Juízo arbitral é competente para decidir, em detrimento do Poder Judiciário, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória, impondo a manutenção da extinção do processo, sem resolução de mérito. 6. Recurso desprovido, majorando-se os honorários sucumbenciais, em desfavor da autora, para 11% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 11º, do CPC/2015.”

(0005234-05.2015.8.19.0075 – Apelação – Des(a). MARIANNA FUX – Julgamento: 10/10/2018 – Vigésima Quinta Câmara Cível)

Assim, revela-se escorreita a sentença que extinguiu a demanda, sem julgamento do mérito, na forma do art. 485, VII, do CPC/2015, não merecendo qualquer reforma.

Por tais fundamentos, voto no sentido de CONHECER PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, e para majorar os honorários advocatícios devidos pela apelante para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 11º do CPC.

RIO DE JANEIRO, 13 DE JULHO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. LUCIA HELENA DO PASSO
RELATORA**

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL DE ARBITRAR HONORÁRIOS. SENTENÇA ARBITRAL BEM FUNDAMENTADA. ACORDO DAS PARTES DE SUBMETER AS QUESTÕES CONTROVERTIDAS AO JUÍZO ARBITRAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DO TÍTULO ARBITRAL.

EMENTA

Apelação Cível. Ação Declaratória de Nulidade de Sentença Arbitral. Alegação de afronta aos artigos 26 e 32, incisos III e IV da Lei nº 9307/96. Teses de ausência de jurisdição dos árbitros para fixar honorários de sucumbência e inobservância do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem.

Sentença de procedência, sob o fundamento de que não poderia o Tribunal Arbitral fixar honorários sucumbenciais sobre Medida Cautelar distribuída antes da instauração do Processo Arbitral. Apelo das rés.

Arbitragem que é forma de heterocomposição de litígio a ser solucionado por meio da nomeação de árbitros, indicados pelas partes, gozando da confiança, para solucionar o conflito de interesses. Sentença que é título executivo judicial. Artigo 31 da Lei nº 9.307/96.

Dispõe o artigo 19 da Lei de Arbitragem que “Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.”

No caso, a constituição da arbitragem ocorreu quando os árbitros nomeados aceitaram o encargo, não dependendo de posterior assinatura de Termo de Arbitragem, que a lei especial não prevê.

Juízo Arbitral que pode fixar honorários sucumbenciais relativos à Medida Cautelar nº 1078044-85.2015.8.26.0100, redistribuída ao Juízo Arbitral.

Artigos 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem que determinam a remessa do feito ao Juízo Arbitral para apreciar o mérito da decisão judicial, o que atrai a análise dos consectários sucumbenciais. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

Autora/apelada que, em seu pedido de esclarecimentos, reconhece como juridicamente válida a atribuição do ônus sucumbencial pelo Tribunal Arbitral no que tange ao Processo Judicial.

Decisão daquele Juízo sobre o pedido de esclarecimentos que entendeu pela competência da Corte Arbitral para condenar na verba honorária, com base no artigo 27 da Lei de Arbitragem e no artigo 52, parágrafo 2º do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem.

Sentença arbitral que está bem fundamentada, sendo a condenação nos ônus sucumbenciais possível, dentro da análise do ordenamento jurídico realizada pelo Tribunal Arbitral.

Partes que acordaram submeter as questões controvertidas ao Juízo Arbitral, devendo se sujeitar ao *decisum* lá prolatado.

Código de Processo Civil, no artigo 90, possibilita a condenação da parte que desistiu do processo judicial, no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, situação semelhante à ocorrida na arbitragem.

Julgado que foi assinado pelo Árbitro Presidente, que declarou fazê-lo na forma do parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 9.307/96. Homologação de desistência incontroversa. Inexistência de nulidade.

Alegação de violação na forma de intimação do julgado que não se sustenta. Intimação válida, que permitiu à parte autora requer esclarecimentos.

Verba honorária fixada pela Corte Arbitral, de 2% sobre o valor da causa, que está fundamentado e levou em consideração o trabalho realizado pelos patronos da entidade ré, perante a Medida Cautelar e o próprio procedimento arbitral, não sendo percentual elevado, estando compatível com o valor atribuído à causa.

Vícios formais que não foram aduzidos no pedido de esclarecimentos. Inexistência de nulidade do título arbitral a ser declarada. Reforma da Sentença para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Inversão da sucumbência. Provimento da Apelação.

EXTINGO o presente feito, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, 1 do CPC.

Condeno os Réus nas custas e nos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85 § 2º do CPC.”

As partes apelantes pugnam pela reforma da Sentença, julgando-se improcedente o pleito autoral, para que seja integralmente mantida a Sentença arbitral proferida no Procedimento nº 17/2015, com a inversão dos ônus sucumbenciais. Subsidiariamente, requerem a manutenção dos honorários de sucumbência lá fixados, com a dedução da quantia de R\$ 10.000,00, equivalente a 10% do valor da causa da Cautelar preparatória, nos termos do artigo 85, parágrafo 2º do Código de Processo Civil.

Alegam, em síntese, que o Tribunal Arbitral poderia fixar honorários para a medida cautelar prévia sem que isso implique usurpação da competência do Poder Judiciário, pois a competência para apreciar a medida passa a ser do Tribunal Arbitral após sua constituição.

Aduzem que a lei de arbitragem, em seu artigo 22-B, e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (CC nº 165678), ainda que se reconheça que a sentença arbitral fixou honorários pela cautelar, admitem a competência daquele tribunal para tanto.

Argumentam que não foram fixados honorários sobre o processo judicial, pois a última decisão proferida nos autos da Medida Cautelar preparatória não é uma sentença, sendo que a sentença arbitral sequer homologou pedido de desistência da cautelar, conforme decisão acerca do pedido de esclarecimentos da apelada, mas apenas levou em consideração o trabalho desenvolvido pelos patronos nos dois feitos.

Sustentam que a sentença recorrida, ao anular todo o capítulo de honorários, o fez também na

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0232490-30.2016.8.19.0001, oriundos do Juízo de Direito da 6ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, em que são Apelantes V. R. e G. Advogados e C. de C. de E.E. – CCEE e é apelada U. S. de M. G. S.A. – U.

Acordam os Desembargadores que compõem a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em dar provimento à Apelação.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por V. R. e G. Advogados e C. de C. de E. E. CCEE (indexador 439), alvejando a Sentença lançada no indexador 399, integrada pela decisão que negou provimento aos embargos declaratórios (indexador 429), que, em Ação Declaratória, proposta pela apelada em face dos apelantes, assim decidiu:

“Isso posto, JULGO PROCEDENTE o pedido autoral e, em consequência, DECLARO PARCIALMENTE NULA a sentença arbitral proferida nos autos do procedimento arbitral nº 17/2015, especialmente na parte em que fixa honorários advocatícios, razão porque

parte em que o tribunal arbitral teria competência, segundo o Juízo *a quo*, para fixar a verba, e que eventual sucumbência da medida cautelar seria facilmente quantificável (entre R\$ 10.000,00 e R\$ 20.000,00), levando-se em consideração o seu valor da causa (R\$ 100.000,00).

Defendem que, de forma subsidiária, seja subtraída a quantia de R\$ 10.000,00 do valor arbitrado no julgado, R\$ 1.127.137,15.

Salientam que a Convenção de Arbitragem foi aprovada pelas partes (Resolução Homologatória ANEEL nº 531/2007), tendo os árbitros jurisdição plena sobre as matérias que lhes foram submetidas, podendo fixar os honorários, o que é autorizado pelo artigo 27 da Lei de Arbitragem.

Apontam que comumente as sentenças arbitrais fixam honorários a serem pagos pela parte vencida, sem que se tenha notícia de anulação, e que a convenção a que as partes aderiram, em seu artigo 51, parágrafo 2º, contém previsão nesse sentido, bem como, havendo dúvida acerca do conteúdo do referido dispositivo, cabe aos árbitros o esclarecimento.

Alegam, ainda, que por interpretação sistêmica (artigo 22 da Lei nº 9.806/94 e artigos 85, parágrafos 6º e 10º, e 90º do Código de Processo Civil), permitida pelas Cláusulas 14 e 22 da Convenção Arbitral, os honorários são devidos.

Aduzem, também, que não há vício formal na sentença arbitral e seus esclarecimentos, no que concerne à assinatura apenas do árbitro presidente, na forma do parágrafo único do artigo 26 da Lei da Arbitragem, bem como é da praxe esse procedimento, não acarretando a referida nulidade. Argumentam, por fim, que não há nulidade na intimação das partes, podendo o presidente do Tribunal Arbitral decidir a forma como fará a comunicação do ato, conforme artigo 29 da Lei da Arbitragem, e que a própria apelada confessa que, após ter ciência dos termos da

sentença, apresentou pedido de esclarecimentos dentro do prazo legal e, na sequência, depois de ser intimada sobre o teor da decisão proferida em razão do pedido de esclarecimentos, teve a oportunidade de ajuizar a Ação Anulatória.

Contrarrazões no indexador 476.

Relatados, decido.

Trata-se de Ação Declaratória de Nulidade de Sentença Arbitral ajuizada por U. S. de M. G. S/A – U. em face de V. R. e G. Advogados e C. de C. de E. E. – CCEE, pleiteando anulação da sentença proferida nos autos do procedimento arbitral nº 17/2015, que tramitou perante a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, na parte em que foi condenada ao pagamento de honorários sucumbenciais ao escritório Réu e custas da Medida Cautelar nº 1078044-85.2015.8.26.0100; ou de anulação total do ato arbitral, se acolhida a tese relativa aos vícios formais. Requer a concessão de medida liminar para a suspensão da exigibilidade do título arbitral até o julgamento definitivo.

Narra que apresentou pedido de instituição de arbitragem contra a C. de C. de E. E. - CCEE junto à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas - FGV, a fim de questionar os atos daquele órgão quanto ao ajuste do registro de energia, porém, após a nomeação e aceite dos árbitros, mas antes da assinatura do termo de arbitragem, desistiu do procedimento, pois instaurou outro de maior abrangência.

Informa que a CCEE consentiu com o pedido, sobrevivendo sentença homologatória, que extinguiu o procedimento, mas condenou a autora ao pagamento: das custas de arbitragem; de R\$ 1.127.137,15 a título de honorários para os patronos da CCEE e para ressarcimento das custas do processo judicial que envolveu as mesmas partes; além de remuneração dos árbitros, no montante de R\$ 60.000,00 para cada um.

Alega, em síntese, que a sentença arbitral é nula ao condenar a autora no montante de R\$ 1.127.137,15, pois (i) não possui qualquer lastro legal, pois extrapolou os limites da jurisdição dos árbitros, estipulados na convenção arbitral e (ii) contém vícios formais, em desrespeito ao Regulamento da Câmara FGV.

Argumenta que o artigo 27 da Lei nº 9.307/96 não prevê a condenação do vencido em honorários sucumbenciais, mas apenas custas e despesas com a arbitragem, e que não houve pactuação nesse sentido na convenção de arbitragem ou em regra procedimental que contemple tal ônus.

Sustenta que a análise da matéria deve passar pelo exame das regras e procedimentos da Câmara FGV, da cláusula compromissória e da Convenção Arbitral da ANEEL, sendo que não há menção ou referência, mesmo que indireta sobre o ponto, e que não afeta esta conclusão a decisão do Tribunal Arbitral sobre o pedido de esclarecimentos, que tentou retirar da condenação, sem lograr êxito, o caráter de honorários de sucumbência.

Salienta a existência de vícios formais, pois a sentença e as decisões de pedidos de esclarecimentos somente foram assinadas pelo árbitro presidente e não foram divulgadas na forma determinada, conforme os artigos 50 e 52 do regulamento da Câmara FGV respectivamente.

A tutela foi concedida, conforme certidão de indexador 231, e posteriormente reformada, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0058182- 81.2017.8.19.0000, de minha relatoria (indexador 366).

Os réus apresentaram defesa no indexador 277, asseverando, em síntese, que os árbitros possuem plena jurisdição para decidir sobre os honorários sucumbenciais, uma vez que o artigo 27 da Lei nº 9.307/96 não impede a fixação e, sob a perspectiva da vontade das partes, não

existe vedação, que existiria se tivesse cláusula proibindo, sendo que foi a própria autora que requereu a instauração da arbitragem e reconheceu a jurisdição dos árbitros.

Argumentam que os honorários de sucumbência estão previstos no artigo 85 do Código de Processo Civil, o qual pode ser utilizado subsidiariamente pelo Juízo Arbitral, bem como no artigo 22 da Lei nº 8.906/94, e que o artigo 52, parágrafo 2º do Regulamento da Câmara FGV, que regulou o procedimento arbitral em questão, prevê expressamente a autorização aos árbitros para fixar honorários.

Defendem a inexistência de vício formal na sentença, uma vez que ela foi assinada pelo árbitro presidente, conforme parágrafo único do artigo 26 da Lei de Arbitragem, não sendo lícito pressupor que o julgado não contou com a aquiescência dos demais, bem como houve a devida intimação das partes sobre a sentença, tendo a autora apresentado pedido de esclarecimentos.

Réplica no indexador 343.

Manifestação acerca das provas nos indexadores 355 e 358; decisão saneadora no indexador 360, indeferindo a prova oral pleiteada pelos réus, e alegações finais, indexadores 416 e 421.

A Sentença julgou procedente o pedido autoral, anulando parcialmente o *decisum* arbitral no capítulo referente à condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Segue a fundamentação do julgado ora recorrido:

“(…)

Contudo, a sentença arbitral, ao condenar a Autora no valor de R\$ 1.127.137,15, correspondente a 2% do valor estimado para aquela causa, englobando, ainda, a remuneração dos advogados da Ré, tanto para a atuação perante o Tribunal Arbitral, como no

Poder Judiciário, usurpou a competência do Poder Judiciário, extrapolando na sua atuação. Insta evidenciar que a demanda acabou tendo curso na Comarca de São Paulo. Logo, os honorários advocatícios pela atuação no Judiciário somente podem ser por ele fixados e jamais pelo Juízo Arbitral, sob pena de usurpação da competência constitucional àquele atribuída. Não se pode admitir usurpação de competência do Poder Judiciário por afronta à ordem constitucional instalada.

Ademais, ao não separar o montante referente aos honorários devidos pela atuação no Juízo Arbitral daqueles que seriam devidos pela atuação junto ao Poder Judiciário, englobando ambos como se tivesse competência para tanto, e não tinha, os árbitros acabaram por macular a sentença, tomando-a nula nesta parte.

(...)"

O recurso deve ser provido, não podendo a fundamentação acima ser mantida.

A arbitragem é forma de heterocomposição de litígio entre partes. É a técnica pela qual o litígio pode ser solucionado por meio da eleição de terceiros, indicado pelas partes, gozando da confiança de ambas as partes, para solucionar o conflito de interesses, constituindo a Sentença arbitral título executivo judicial, conforme artigo 31 da Lei nº 9.307/1996.

E conforme dispõe o artigo 19 da Lei de Arbitragem, "Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se foi único, ou por todos, se forem vários."

No caso, a constituição da arbitragem ocorreu quando os árbitros nomeados aceitaram o encargo, não dependendo de posterior assinatura de Termo de Arbitragem, que a lei especial não prevê.

Superada esta questão, transcreve-se o dispositivo do julgado arbitral:

"DECISÃO: Diante de todo o exposto e o mais que dos autos consta, este Tribunal Arbitral, por unanimidade, delibera: 1. Homologar o pedido de desistência formulado pela Requerente, e que contou com a aquiescência da Requerida, extinguindo o presente procedimento arbitral. 2. Em decorrência da extinção do Procedimento Arbitral, sem resolução do mérito, fica extinta a ação cautelar nº 1078044-85.2015.8.26.0100, perante a 24ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, com a consequente revogação da medida liminar, bem como a perda superveniente de objeto dos agravos de instrumento nº 2174217- 66.2015.8.26.0000 e nº 2162680-73.2015.8.26.0000, ambos distribuídos à 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 3. Quanto à sucumbência, deve ser suportada pela parte que movimentou inutilmente a máquina judicial e arbitral, nos seguintes termos: 3.1. A Requerente fica condenada ao pagamento das custas deste Procedimento Arbitral, em valor apurado nos termos do art. 60 do Anexo do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem. 3.2. A Requerente fica condenada ao pagamento à Requerida do valor de R\$ 1.127.137,15 (um milhão, cento e vinte e sete mil, cento e trinta e sete reais e quinze centavos), correspondente a 2% (dois por cento) do valor estimado pela própria Requerente para este procedimento arbitral (R\$ 56.356.857,90). Esse valor será devido tanto para remunerar todo o trabalho dos advogados da Requerida – seja na atuação perante o Poder Judiciário, seja neste Procedimento Arbitral –, quanto para reembolsar as custas judiciais suportadas pela Requerida. Esse valor, correspondente a percentual aplicado sobre o valor da demanda, é razoável e proporcional segundo livre convencimento deste Tribunal Arbitral. 3.3. Quanto aos hono-

rários dos árbitros, são de responsabilidade exclusiva da Requerente, e são aqui fixados no valor mínimo previsto no Anexo II – Tabela de Honorários, do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem para qualquer caso, isto é, R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para cada árbitro...”

Os artigos 22-A e 22-B da Lei que disciplina a Arbitragem, dispõem sobre tutelas antecipadas de urgência nos seguintes termos:

“Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.”

O *caput* do artigo 22-B preceitua que, após a instituição da arbitragem, a competência para a análise do mérito da tutela de urgência concedida será do Juízo Arbitral, podendo manter, modificar ou revogar a decisão do Poder Judiciário.

Com isso, não merece prosperar a tese de que, mesmo podendo rever decisões de mérito proferidas por Juízo de Direito, os árbitros não poderiam fixar os ônus sucumbenciais relativamente ao Procedimento Judicial remetido ao Juízo Arbitral.

O Juízo Arbitral pode, sim, arbitrar honorá-

rios relativos à Medida Cautelar nº 1078044-85.2015.8.26.0100, sendo esse o posicionamento da Corte Superior sobre o tema. Transcreve-se:

“CONFLITO POSITIVO. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA DE ARBITRAGEM. SUCUMBÊNCIA. VERBA HONORÁRIA. APELAÇÃO. POSTERIOR INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL. COMPETÊNCIA PROVISÓRIA DA JUSTIÇA COMUM. CESSAÇÃO IMEDIATA. SUPERVENIENTE DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA. ACESSÓRIO QUE SEGUE A SORTE DO PRINCIPAL. TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E ÓRGÃO ARBITRAL.

1. O ajuizamento prévio de medidas urgentes perante a Justiça Estatal conta com previsão expressa na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015, cujo art. 22-B dispõe que ‘Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.’

2. Hipótese em que instaurada a arbitragem quando pendente de julgamento apelação contra a sentença que julgara o processo cautelar, de forma que cabível a remessa dos autos ao Tribunal Arbitral, competente para o julgamento da causa, inclusive para dispor acerca dos consectários da sucumbência.

3. Os honorários de sucumbência somente se incorporam ao patrimônio do advogado após o trânsito em julgado da decisão que os fixou, o que não ocorreu na espécie em que pendente de julgamento a apelação, cujo exame foi transferido para o Tribunal Arbitral, reconhecido como competente por ambas as partes para o exame do mérito da causa.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá -

CAM/CCBC.

(CC nº 165.678/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Segunda Seção, julgado em 14/10/2020, REPDJe 12/11/2020, DJe 03/11/2020)

A distinção que a apelada busca fazer, em suas contrarrazões, entre o caso dos autos e a jurisprudência acima não tem fundamento.

O fato de naquele julgado já ter sido proferida sentença com a fixação dos honorários, restando pendente a apreciação de apelação, não impede a adoção da referida fundamentação neste feito.

A Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, em seu voto, assim asseverou:

“(…)

A Justiça estatal atua, até a instauração do Tribunal arbitral, de forma substitutiva, cedendo à Justiça competente tão logo possa atuar no feito, de modo que a competência do judiciário estatal é temporária e provisória.

Acerca da imediata transferência da competência no momento da instauração do Juízo arbitral, atuou com acerto a Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao encaminhar a cautelar preparatória para o CCBC, não o fazendo, contudo, em relação aos posteriores pronunciamentos nos embargos de declaração, eis que tudo que orbita o feito deve ser encaminhado ao escrutínio da arbitragem, inclusive a apreciação dos honorários advocatícios de sucumbência.

(…)

Não há, portanto, o afastamento da jurisdição do órgão arbitral por prorrogação de competência baseada unicamente na prévia análise, pelo Poder Judiciário, de pedido formulado em sede de ação cautelar.

A permissão do processamento, prévio à instauração da arbitragem, de medida cautelar perante o órgão de jurisdição estatal deriva do princípio do poder geral de cautela, insculpido na legislação processual civil, dependente, todavia, da posterior instauração do procedimento arbitral, o que, como visto, já ocorreu, posteriormente ao sentenciamento da cautelar preparatória, na pendência de apelação.

Atualmente, o ajuizamento prévio de medidas urgentes perante a Justiça Estatal, no curso da lide, conta com previsão expressa no artigo 22-A da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), com a redação dada pela Lei nº 13.129/2015. Na oportunidade, a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.129/2015 também incluiu o artigo 22-B da Lei nº 9.307/1996, de seguinte teor:

(…)

Como se vê, é possível o prévio ajuizamento de ação para adoção de medidas urgentes perante o Poder Judiciário, mas a atribuição para processá-la, após a instauração da arbitragem, passa imediatamente a ser do juízo arbitral, ao qual caberá, recebendo os autos, reanalisar a medida eventualmente concedida, e, em consequência, dispor, de forma definitiva, acerca dos consectários da sucumbência.

Em face do exposto, conheço do conflito para declarar competente o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá para o julgamento da apelação contra a sentença no processo cautelar, inclusive no que toca aos ônus da sucumbência.”

Não se pode fazer a distinção do precedente acima apenas pelo fato de não ter sido prolatada sentença na medida cautelar anterior ao procedimento arbitral. A lógica é a mesma.

A razão de decidir encontra-se no fato de que, sendo uma consequência do julgamento do mérito, o capítulo da sucumbência também é da competência do Juízo Arbitral, incluídos os honorários advocatícios.

A própria autora/apelada, em seu pedido de esclarecimentos sobre a sentença homologatória da desistência do procedimento arbitral, reconhece como juridicamente válida a atribuição do ônus sucumbencial pelo Tribunal Arbitral relativamente ao Processo Judicial. Transcreve-se (f. 135, indexador 17):

“(...)

A dúvida se coloca porque não existe disposição expressa ou implícita na Lei nº 9.307/96 ou no Regulamento da Câmara FGV que atribua tal ônus ao desistente nessa fase do processo. A eventual responsabilização pelo pagamento de sucumbência é tema que deve ser tratado livremente pelas partes no âmbito do termo de arbitragem, instrumento esse que sequer se perfez. A imposição da sucumbência à Requerente não consta das regras aplicáveis a esta arbitragem.

A única hipótese lógica e juridicamente válida de atribuição dos ônus da sucumbência nesta arbitragem (seja à Requerente ou à Requerida), considerando-se seu estado, diz respeito, na verdade, ao quanto processado no âmbito da medida cautelar ajuizada na 24ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo.

Em se considerando que a jurisdição do objeto da cautelar tenha passado para este Tribunal em definitivo, certamente que ele poderia decidir em sua completude sobre a medida, inclusive em relação à sucumbência. Desse modo, caso o Tribunal entenda que a cautelar deva ser revogada e, que, como consequência seja a Requerente sucumbente em relação a tal objeto processual, os ônus devem ser

mensurados à luz do valor da causa da medida cautelar - a saber, R\$ 100.000,00 (cem mil reais)...”

Com isso, equivocada a sentença ora recorrida, que anulou o julgado arbitral pelo fato de ter fixado honorários sucumbenciais em relação a processo judicial.

A decisão dos árbitros sobre o pedido de esclarecimentos, asseverando a competência para condenar em honorários, foi fundamentada no artigo 27 da Lei de Arbitragem e no artigo 52, parágrafo 2º do Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem.

As partes acordaram que submeteriam as questões controvertidas ao Juízo Arbitral, devendo se submeter ao *decisum* lá prolatado.

A autora/apelada, após a distribuição da Medida Cautelar judicial, iniciou o procedimento com base na Convenção de Arbitragem, desistindo dele após o aceite dos árbitros e antes da assinatura do Termo de Arbitragem, questão que é incontroversa.

Segue trecho da decisão sobre o pedido de esclarecimentos feito pela recorrida (f. 144/152, indexador 17):

“(...)

(I) Quanto ao primeiro argumento da Requerente, de que há obscuridade na sentença, é assinalável, em primeiro lugar, que a lei de arbitragem é expressa quanto à competência plena do Tribunal Arbitral para decidir sobre custas e despesas do Procedimento Arbitral: Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver. Nesse mesmo sentido, o Regulamento da Câmara

ra FGV de Conciliação e Arbitragem dispõe: 'Art. 52 – § 2º- A sentença arbitral fixará a responsabilidade pelo pagamento de custas e honorários, incluindo-se as despesas dos árbitros e de quaisquer peritos nomeados pelo tribunal arbitral e custos administrativos da Câmara FGV, bem como as despesas razoáveis incorridas pelas partes para a sua defesa, observada a declaração de responsabilidade de que trata a letra (i) do artigo 41 deste Regulamento. "Ao contrário do alegado pela Requerente, a sentença é cristalina ao decidir que a condenação se refere a custas e despesas; não vincula diretamente aos honorários advocatícios da Medida Cautelar, regidos pelo art. 20 do Código de Processo Civil, que quando são fixados variam entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação. A sentença decidiu fazendo referência expressa às despesas gerais tanto da esfera judicial quanto da arbitral:

(...)

A sentença está em sintonia com abalizada doutrina ao preconizar que 'o custo do processo arbitral inclui honorários dos árbitros, despesas dos árbitros, honorários dos peritos, gastos administrativos da instituição administradora, bem como despesas para a defesa das partes, o que inclui, no nosso modo de ver, a remuneração de assistentes técnicos e os honorários contratuais dos advogados, dentro dos limites da razoabilidade'. Em segundo lugar, aquele dispositivo legal (art. 27, da Lei de Arbitragem), combinado com o art. 26 do Código de Processo Civil, autoriza que, ao homologar pedido de desistência do procedimento, o Tribunal Arbitral condene a parte que desistiu em despesas e honorários. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, já se manifestou sobre a

juridicidade da condenação da parte desistente da ação nas verbas sucumbenciais.

(...)

Assim, não há que se falar, na hipótese, em omissão, porquanto a prestação arbitral, sob a jurisdição deste Tribunal, foi dada na medida da pretensão deduzida e de forma razoável. Com efeito, a sentença arbitral colegiada, proferida por unanimidade, apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à homologação do pedido de desistência, considerando o processo arbitral, o processo judicial e seus incidentes e o valor em discussão trazido pela própria Requerente como referência na fixação (R\$ 56.356.857,90 - cinquenta e seis milhões trezentos e cinquenta e seis mil oitocentos e cinquenta e sete reais e noventa centavos). Ademais, não é correto medir o trabalho dos patronos da Requerida pela quantidade de peças e de páginas juntadas aos autos, pois é normal que, estando ainda no início o processo, longo tempo já tenha sido consumido na análise de todos os elementos, inclusive potenciais, do conflito e dos processos futuros, bem como na discussão de passos possíveis, e que isso ainda não se tenha materializado na forma de petição. Tem-se, ainda, que mesmo estando no início o trâmite processual arbitral, os patronos já haviam assumido perante a Requerida sérias responsabilidades, com os correspondentes riscos, o que se pode avaliar pela dimensão do valor dado ao conflito pela própria Requerente (R\$ 56.356.857,90). Por fim, ressalte-se que a condenação da Requerente, procedida na sentença arbitral, ao pagamento de verba a título de despesas gerais, era perfeitamente cabível por já existir, desde a constituição do Tribunal, relação plenamente instaurada no âmbito arbitral. O fato de que, quando da desistência, ainda não se havia

assinado o Termo de Arbitragem, é irrelevante para o fim de saber da viabilidade ou não desse tipo de condenação. (...)

Na verdade, a sentença não homologou o pedido de desistência da Medida Cautelar. Com efeito, a homologação referiu-se ao Procedimento Arbitral, cujo valor da demanda, trazido pela própria Requerente, é de R\$ 56.356.857,90. De fato, com a desistência do Procedimento Arbitral, e sua extinção sem resolução do mérito, o Tribunal Arbitral também deliberou sobre a Medida Cautelar, haja vista ter ocorrido, no caso, a perda superveniente de objeto da ação, que, diante de seu caráter acessório, teve o mesmo destino. Leve-se em conta que o valor arbitrado (2%) está em consonância com os critérios aplicáveis aos casos de desistência do nosso sistema processual, cujas normas são aplicáveis subsidiariamente ao procedimento arbitral. Questões como a presente envolvem sim a responsabilidade pelas custas e despesas, inclusive em função do critério da causalidade. (...)

O Supremo Tribunal Federal possui orientação jurisprudencial que prestigia o postulado da causalidade, em situação complexa de extinção sem análise do mérito, como a deste Procedimento Arbitral. Nesse sentido, merece registro o AO nº 1.723-AgR/RS, em que foi Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, cuja ementa assim dispõe: 'AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AÇÃO JULGADA EXTINTA SEM ANÁLISE DE MÉRITO. O ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA DEVE RECAIR SOBRE A PARTE QUE DEU CAUSA À AÇÃO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.' No mesmo sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, com fundamento no princípio da causalidade, vem decidindo que a parte que deu causa à instauração do processo deverá

suportar o pagamento dos honorários advocatícios também nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, inclusive decorrente de perda de objeto superveniente ao ajuizamento da ação. (...)"

O julgado está bem fundamentado e a condenação é cabível, dentro da análise do ordenamento jurídico realizada pelo Tribunal Arbitral.

A Corte Superior, em outro julgamento, entendeu que a fixação de honorários pelo Juízo arbitral que reconhece a própria incompetência não está relacionada à validade ou invalidade do título, mas ao acerto ou desacerto da decisão. Transcreve-se:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SEN-TEÇA ARBITRAL. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STF. EXCEÇÃO DE PRÉEXECUTIVIDADE. CABIMENTO, PRECEDENTE. SUCUMBÊNCIA DO RECORRENTE. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR DIFERENTES FUNDAMENTOS.

1. Recurso especial interposto contra acórdão em agravo de instrumento manejado contra decisão de rejeição de exceção de pré-executividade apresentada pelo recorrente em execução de sentença arbitral que o condenou ao pagamento de honorários sucumbenciais.
2. Controvérsia em torno do cabimento da exceção de pré-executividade quando a questão a ser dirimida diz respeito a requisito de validade do título executivo judicial, ou seja, a verificação se o juízo arbitral detinha ou não jurisdição para fixar os honorários advocatícios.
3. Entendimento, ainda, no sentido de que "a discussão acerca da possibilidade de o juízo arbitral fixar honorários advocatícios su-

cumbenciais na sentença em que se declara incompetente, (...) não está relacionada à validade ou invalidade do próprio título executivo, mas ao acerto ou desacerto da decisão, não se amoldando, ademais, a qualquer das hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade" (Ministra NANCY ANDRIGHI).

4. Entretanto, admitida ou não a exceção de pré-executividade no presente caso, não pode ser afastada a condenação ao pagamento dos honorários sucumbenciais, pois a causalidade deve ser analisada sob o ponto de vista da utilização indevida da arbitragem, pois o juízo arbitral entendeu que não teria jurisdição para julgar a causa.

5. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp nº 1.720.121/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 14/09/2021, DJe 15/10/2021)

A verba aqui discutida se aplica à remuneração do trabalho realizado pelos patronos da C. de C. de E. E. – CCEE no processo judicial e no procedimento arbitral, além de reembolsar as custas judiciais.

Além do mais, o próprio Código de Processo Civil, no artigo 90, possibilita a condenação da parte que desistiu do processo judicial, no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, situação semelhante à ocorrida na arbitragem.

Com relação ao vício formal, a Sentença Arbitral está assinada pelo Árbitro Presidente, o que não desnatura o ato, porque não se discute que os fatos narrados na referida decisão não tenham ocorrido.

Não se pode perder de vista que o pronunciamento é uma sentença de extinção por desistência da autora/apelada, e aceita pelos recorrentes, sendo inexistente a nulidade suscitada com base no artigo 26 da Lei nº 9.307/96,

constando no próprio julgado que: “Esta sentença está assinada apenas pelo Presidente do Tribunal Arbitral, nos termos do art. 26, parágrafo único, da Lei de Arbitragem”.

Também não se vislumbra a nulidade pela forma de intimação utilizada. Repise-se, é uma sentença de homologação de desistência, tendo a autora requerido pedido de esclarecimentos, o que foi decidido pelo Tribunal arbitral. A comunicação foi feita e deve ser considerada válida.

A apelada sequer menciona essas supostas falhas formais no referido pleito de esclarecimentos, o que poderia ter sido suprido, caso se entendesse pela existência de mera irregularidade ou omissão sanável.

O Poder Judiciário não é mais uma instância recursal do Processo Arbitral, cabendo apenas o controle de eventual nulidade, não ocorrida.

A Sentença Arbitral constitui título executivo judicial, conforme artigo 515, inciso VII do Código de Processo Civil, não se vislumbrando nulidade no título em análise.

No tocante ao valor da verba honorária fixada pela Corte Arbitral, verifica-se que o percentual de 2% sobre o valor da causa está fundamentado e levou em consideração o trabalho realizado pelos patronos da entidade ré, perante a Medida Cautelar e o próprio procedimento arbitral, não sendo percentual elevado, estando compatível com o valor atribuído à causa.

Nesse sentido, os pedidos iniciais devem ser julgados improcedentes, arcando a parte autora com o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais de 12 % sobre o valor corrigido da causa, da distribuição até o efetivo pagamento, conforme verbete da Súmula 14 do Superior Tribunal de Justiça, já computada a sucumbência recursal, conforme artigo 85, parágrafos 2º e 11º do Código de Processo Civil.

Assim, dá-se provimento à Apelação, julgando-se improcedente a pretensão inicial, nos termos do Acórdão.

RIO DE JANEIRO, 21 DE JUNHO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. CAMILO RIBEIRO RULIÈRE

RELATOR

EMBARGOS À EXECUÇÃO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. AGUARDE DE DECISÃO FINAL DO JUÍZO ARBITRAL.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO, “ANTE A EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA ARBITRAL PARA DIRIMIR AS QUESTÕES ENVOLVENDO AS PARTES” OU “DIANTE DA AUSÊNCIA DE FORÇA EXECUTIVA, CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE DO TÍTULO”. SENTENÇA QUE ACOLHEU A PRELIMINAR DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM, DETERMINANDO A EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. APELAÇÃO DO EMBARGADO/EXEQUENTE REQUERENDO A REFORMA DA SENTENÇA, SUSTENTANDO, EM SÍNTESE, QUE AS PRETENSÕES NA EXECUÇÃO E NO PROCEDIMENTO ARBITRAL SÃO ABSOLUTAMENTE AUTÔNOMAS E INDEPENDENTES ENTRE SI E DE QUE “OS EMBARGOS DEVERIAM TER SIDO JULGADOS EXTINTOS, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, EM RAZÃO DA MANIFESTA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL PARA DECIDIR AS MATÉRIAS DE MÉRITO”. RECURSO QUE MERECE PROSPERAR EM PARTE.

EXEQUENTE, ORA APELANTE, QUE PRETENDE, EM SEDE DE ARBITRAGEM, A CONDENAÇÃO DA EXECUTADA AO PAGAMENTO DE TODOS OS INVESTIMENTOS, PERDAS E DANOS DECORRENTES DA RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO. PRETENSÃO DE OBTER O VALOR MENSAL DEVIDO PELO AFRETAMENTO DA EMBARCAÇÃO QUE ESTÁ INCLUÍDA NO PLEITO SUBMETIDO

AO JUÍZO ARBITRAL. CONTRATO ENTABULADO ENTRE AS PARTES QUE DISPÕE DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. PARTE EXEQUENTE QUE JÁ INGRESSOU COM PROCEDIMENTO ARBITRAL, ESTANDO ESTE AINDA PENDENTE DE JULGAMENTO FINAL. NO ENTANTO, HÁ ENTENDIMENTO DO STJ NO SENTIDO DE QUE “NA EXECUÇÃO LASTREADA EM CONTRATO COM CLÁUSULA ARBITRAL, HAVERÁ LIMITAÇÃO MATERIAL DO SEU OBJETO DE APRECIÇÃO PELO MAGISTRADO. O JUÍZO ESTATAL NÃO TERÁ COMPETÊNCIA PARA RESOLVER AS CONTROVÉRSIAS QUE DIGAM RESPEITO AO MÉRITO DOS EMBARGOS, ÀS QUESTÕES ATINENTES AO TÍTULO OU ÀS OBRIGAÇÕES ALI CONSIGNADAS (EXISTÊNCIA, CONSTITUIÇÃO OU EXTINÇÃO DO CRÉDITO) E ÀS MATÉRIAS QUE FORAM ELEITAS PARA SEREM SOLUCIONADAS PELA INSTÂNCIA ARBITRAL (KOMPETENZ E KOMPETENZ), QUE DEVERÃO SER DIRIMIDAS PELA VIA ARBITRAL”. CLÁUSULA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM QUE NÃO AFASTA A COMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA EXECUTAR O TÍTULO EXECUTIVO, TENDO EM VISTA QUE O JUÍZO ARBITRAL NÃO DETÉM PODERES EXECUTIVOS, TAMPOUCO DE COERÇÃO. EXECUTADA QUE NÃO RECONHECE A EXISTÊNCIA DA DÍVIDA RECLAMADA PELO EXEQUENTE, NÃO CABENDO AO PODER JUDICIÁRIO RESOLVER A QUESTÃO RELATIVA À EXISTÊNCIA OU NÃO DO CRÉDITO OBJETO DO TÍTULO EXECUTIVO, VEZ QUE A MESMA ESTÁ SENDO DISCUTIDA EM JUÍZO ARBITRAL. NO ENTANTO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO, DEVENDO ESTA SER SUSPensa, E NESSE ESTADO PERMANECER ATÉ QUE AS QUESTÕES REFERENTES AO TÍTULO EXECUTIVO, NA QUAL ESTÁ LASTREADA, SEJAM RESOLVIDAS PELO JUÍZO ARBITRAL, CABENDO, DA MESMA FORMA, A SUSPENSÃO DOS PRESENTES EMBARGOS ATÉ QUE SEJA DIRIMIDA A QUESTÃO EM SEDE ARBITRAL. ART. 313, V DO CPC. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.

PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO, A FIM DE ANULAR A SENTENÇA, DETERMINANDO A SUSPENSÃO DOS EMBARGOS ATÉ QUE SEJA PROFERIDA DECISÃO FINAL NO JUÍZO ARBITRAL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da presente Apelação Cível/Remessa Necessária nº 0063909-76.2021.8.19.0001, sendo Apelante M. C. of T. I. e Apelado M. N. S.A.,

Acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade/maioria, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo embargado/exequente M. C. of T. I., à sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, da lavra do MM Juiz Luiz Alberto Carvalho Alves, proferida nos autos dos embargos à execução de título extrajudicial ajuizada por M. N. S.A.

Na forma do permissivo regimental, adoto como relatório a sentença do juízo de origem, assim prolatada (indexador 000989):

“Trata-se de Embargos à Execução pela qual o embargante alega ser este juízo absolutamente incompetente, haja vista a cláusula arbitral no contrato firmado entre as partes; incompetência absoluta do juízo cível, por se tratar de matéria de direito marítimo; inexistência de título e força executiva a se executar no processo nº 0004097-06.2021.8.19.0001; pelo princípio da eventualidade, excesso de execução, uma vez que se trata de valor já cobrado na arbitragem instaurada pela embargada (Arbitragem ABDM nº 001/2021). Afirma que, para participar de certame para afretar embarcação

à Petrobrás, celebrou contrato com a embargada, por meio do qual pactuaram a indicação da embarcação "A. C. Z.", condicionado a eventual vitória na licitação. Acrescenta que se sagrou vencedora do certame, firmando contrato de afretamento com a Petrobrás. Assim, celebrou com a embargada o contrato de afretamento a caso nu (B. C. P. - "BBC"), já estabelecendo que qualquer litígio oriundo deste seria objeto de arbitragem a ser proposta perante a Associação Brasileira de Direito Marítimo ("ABDM"). Relata que em 03/06/2000, durante a vigência de tais contratos, houve um acidente de navegação envolvendo a embarcação "A. C. Z." e uma plataforma de responsabilidade da Petrobrás, cujas causas permanecem sob investigação perante a Autoridade Marítima. Saliencia que após o acidente, e no curso de investigações também instauradas pela Petrobrás, a embarcação ficou impedida de operar durante meses, permanecendo a embargante sem receber os valores devidos por parte da Petrobrás. Sustenta que, diante da referida rescisão, o contrato com a embargada perdeu seu objeto, não podendo a embarcação permanecer no Brasil na modalidade de REB. Assim, a embargante enviou mensagem à embargada, comunicando o encerramento do contrato de afretamento da embarcação estrangeira. Informa que a embargada, irrisignada com o encerramento do contrato BBC, apresentou um requerimento de arbitragem junto à ABDM, pleiteando indenizações e cobranças no valor de R\$ 24.404.400,00 (vinte e quatro milhões, quatrocentos e quatro mil e quatrocentos reais). Outrossim, a embargada iniciou o processo de execução nº 0004097-06.2021.8.19.0001, com o intuito de coagir a embargante ao pagamento de valor que unilateralmente entende por

devido, requerendo o pagamento de faturas por ela emitidas que supostamente não foram adimplidas e controversas, inclusive referente a valores que também estão sendo cobradas na arbitragem. Acresce que o STJ sedimentou entendimento de que não cabe ao juiz estatal dirimir sobre a competência do mérito de execução perseguida, em que se envolva cláusula compromissória de arbitragem, e que na arbitragem não houve decisão que pudesse admitir a tentativa de execução. Ressalta que a execução se baseia em faturas emitidas unilateralmente, carecendo de força executiva diante da ausência de assinatura do devedor e de duas testemunhas, e não no contrato BBC, garantido por caução em dinheiro (cláusula 25, parte I), como alega a embargada, observando-se que a caução também está sendo discutida na arbitragem. Assevera que os valores perseguidos pela embargada são ilíquidos e incertos, controvertidos e que não se enquadram no rol de títulos executivos extrajudiciais (artigo 784, CPC). Ademais, alega que não possuindo a embargada, título executivo, ao litigar perante o Judiciário brasileiro, desobedecendo cláusula arbitral, deve ser compelida à prestação de caução, no montante de 20% sobre o valor da causa, já que se trata de empresa estrangeira. Além disso, as faturas que a embargada busca executar se referem aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2020, período posterior ao acidente, relacionadas às taxas diárias em que a embarcação estaria afretada, caso não houvesse rescisão antecipada. Sustenta haver excesso na execução, uma vez que a embargada cobra na execução judicial e na arbitragem instaurada o valor de USD 50.025,00, que perfaz o montante de R\$ 267.268,57 (duzentos e sessenta e sete mil, duzentos e sessenta e oito reais e cin-

quenta e sete centavos), referentes às diárias do período de 17/12/2020 a 31/12/2020. Com a inicial vieram os documentos de índices 02/722. Decisão de índice 733, que recebeu os embargos à execução, sem atribuir efeito suspensivo, ante a ausência de garantia. Resposta aos embargos à execução em índice 740, em que afirma que em 20/11/2020, a embargante enviou e-mail comunicando que a rescisão unilateral do BBC seria em virtude da Petrobrás ter rescindido o contrato entre elas, a seu critério e sem justa causa, e não em decorrência de um acidente com a embarcação. Aduz que a execução está fundada em título extrajudicial, consoante o § 1º, I e II do artigo 83 do CPC e, por isso, a embargada está dispensada de prestar caução. Sustenta que, quando as partes celebram convenção de arbitragem, não é possível opor embargos para exame de mérito, como ocorre no presente caso. Assevera que a arbitragem não afasta a possibilidade de executar obrigações certas, líquidas e exigíveis constantes de um título executivo extrajudicial, já que os árbitros não têm poder coercitivo direto. Acrescenta que a embargante alega existir excesso de execução sem indicar o valor que acredita ser devido. Outrossim, informa que a execução promovida pela embargada é fundamentada no título previsto no art. 784, V, do CPC, tratando-se, portanto, de título válido e eficaz. Esclarece, ainda, que as obrigações são certas, líquidas e exigíveis, uma vez que não há controvérsia quanto a origem ou existência da obrigação do pagamento, a evidente possibilidade de fixação do *quantum debeatur*, e a indiscutível exigibilidade dos valores das diárias devidos, mensalmente, até a devolução da embarcação, o que apenas ocorreu em janeiro do corrente ano. Afirma, ainda, que os argumentos da em-

bargante nesta demanda são praticamente idênticos aos utilizados na exceção de pré-executividade dos autos em apenso. Requer a rejeição dos presentes embargos ante seu caráter procrastinatório, com imposição de multa por ato atentatório à dignidade da justiça e litigância de má-fé. Com a resposta vieram os documentos de índices 769/861. Decisão de declínio de competência em índice 867. Réplica em índice 943. É o relatório. Examinados. Decido. Trata-se de Embargos à Execução opostos pela M. N. S.A. Aduz a embargante, preliminarmente, a incompetência absoluta deste juízo ante a existência de cláusula arbitral no contrato BBC firmado entre as partes. Salienta, ainda, que a embargada instaurou a Arbitragem ABDM nº 001/2021. Prevista na lei nº 9.307/1996, a arbitragem é um método de solução de conflitos em que as partes envolvidas no conflito elegem um ou mais árbitros, a fim de obterem uma solução imparcial ao litígio. É certo que a convenção de arbitragem possui força obrigatória e vinculante, afastando a jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, sendo instado o Judiciário apenas em situações excepcionais. *In casu*, da análise do contrato BBC, verifica-se a existência de cláusula arbitral. Veja-se: "(...)26. Resolução de disputas (declarar 33(a), 33(b), 33(c) ou 33(d); se 33(c) for acordado, declarar a lei de Cingapura ou Inglesa; se 33(d) for acordado, governar lei e local de arbitragem) (Cl. 33) (d) A legislação brasileira e qualquer controvérsia decorrente ou relacionada a ela será submetida à arbitragem de acordo com as regras da ABDM - Associação Brasileira de Direito Marítimo, o Centro Brasileira de Arbitragem Marítima do Rio de Janeiro(...)". Ressalta-se que a própria embargada admi-

te a existência e validade da referida cláusula tendo, inclusive, instaurado o procedimento ABDM 001/2021 perante a Associação Brasileira de Direito Marítimo, alegando ser possível a coexistência do procedimento arbitral instaurado e a execução de título extrajudicial, face à ausência de poder coercitivo direto dos árbitros. Como se infere da cláusula prevista no contrato BBC, qualquer controvérsia decorrente ou relacionada ao contrato deve ser submetida à arbitragem. Assim, qualquer questão que envolva o cumprimento ou não do contrato efetuado entre as partes, com seu eventual inadimplemento deve ser objeto de discussão perante o Tribunal Câmara Arbitral. Salienta-se que a embargante não concorda com os valores cobrados, o que, por si só, demonstra a necessidade de prévia decisão acerca do adimplemento ou não do contrato BBC por parte da embargante ou da embargada. Além disso, o fato de o árbitro não deter poder coercitivo direto, não retira dele o poder-dever de analisar e decidir as questões que envolvam o contrato ora discutido, devendo resolver todas as controvérsias acerca da validade, existência e liquidez do que será executado, cabendo a intervenção do Judiciário para promover os atos executivos em sentido estrito, vale dizer, atos processuais de coerção e expropriação, sem exame de mérito. Por fim, importante esclarecer não ser possível a extinção dos presentes embargos à execução, ao argumento de que traz questões relativas ao mérito e, portanto, devem ser discutidas perante o Juízo Arbitral, uma vez que os embargos são o meio processual possível para a defesa do executado perante o Judiciário. Neste sentido: RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDA-

DE. EXTINÇÃO. SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. MANIFESTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO QUE ACOLHE ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA ARBITRAL. POSSIBILIDADE. 1. Ação ajuizada em 22/10/2012. Recursos especiais interpostos em 22/03/2017 e 25/04/2017 e atribuídos a este gabinete em 30/01/2018. 2. O propósito recursal consiste em determinar: (i) se a execução de obrigação constante em contrato com cláusula compromissória pode ser suspensa ou se deve ser extinta, sem julgamento do mérito; e (ii) se o Poder Judiciário pode se manifestar em embargos à execução nessa mesma circunstância. 3. A legislação brasileira sobre arbitragem estabelece uma precedência temporal ao procedimento arbitral, permitindo que seja franqueado o acesso ao Poder Judiciário somente após a edição de sentença arbitral. Precedentes. 4. No âmbito do direito processual civil, a principal consequência do princípio competência-competência é a necessária extinção do feito que houver sido proposto com fundamento no contra de desconstituição de sociedade em conta de participação. 5. Na hipótese, a execução do contrato celebrado entre as partes seria possível apenas se confirmada pelo Tribunal arbitral, o qual deverá dirimir todas as controvérsias acerca da validade, existência e liquidez do que será executado. 6. Não há como reconhecer a incompetência do Poder Judiciário para a apreciação dos embargos à execução opostos pela recorrente F. M. M., pois, na hipótese, era o instrumento processual à sua disposição para se contrapor à execução iniciada pela recorrente C., inclusive para arguir ao Poder Judiciário a existência de cláusula compromissória. 7. Recurso especial de F. M. M. conhecido e provido. 8. Recurso especial adesivo de C. conhecido e despro-

vido. (REsp nº 1.717.677/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 22/11/2019). Isto posto, acolho a preliminar de convenção de arbitragem, julgo procedente o pedido de embargos à execução e determino a extinção da execução em apenso. Condeno a Embargada ao pagamento das custas e honorários advocatícios que fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa. Pl. Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e archive-se. T”

Apela o embargado (indexador 001031) sustentando que “o objeto da Arbitragem em trâmite perante a ABDM sequer discute a exigibilidade (ou não) das *Charter Fees* – matéria exclusiva da pretensão executiva que originou o feito de origem. Logo, o recurso de apelação deve ser provido, pois os embargos deveriam ter sido julgados extintos, sem resolução de mérito, em razão da manifesta competência do Tribunal Arbitral para decidir as matérias de mérito”.

Pretende que seja dado provimento ao presente recurso, “reconhecendo a competência do Judiciário para processar e julgar a ação de execução movida pela Apelante, extinguindo-se os embargos à execução, sem a resolução do seu mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC. Subsidiariamente, requer a Apelante, no limite, seja reestabelecida a ação executiva, determinando-se a sua mera suspensão, nos termos do art. 313, V, a, do CPC”. No mérito, requer a reforma da sentença, “determinando-se a extinção dos embargos, com julgamento do mérito, diante da inquestionável certeza, liquidez e exigibilidade das obrigações inadimplidas pela M.”.

Contrarrazões da embargante/executada (indexador 001075), pela manutenção da sentença.

É o breve relatório.

VOTO

Os pressupostos de admissibilidade intrínsecos e extrínsecos estão presentes, o que autoriza o conhecimento do presente recurso.

Cuidam os autos de embargos à execução opostos pelo ora apelado pretendendo, em sede de preliminar, a extinção da execução, sem resolução do mérito, ante a existência de cláusula arbitral para dirimir as questões envolvendo as partes.

Sustenta que “na tentativa de coagir à ora Embargante ao pagamento de valor que, unilateralmente, entende por devido, a M. C.T. apresentou a execução ora embargada, pleiteando pagamento de faturas unilateralmente emitidas que supostamente não foram adimplidas, e controversas, incabíveis, inclusive referente a valores que também estão sendo cobrados na referida arbitragem”.

Aduz que “resta evidente que não se tratando de título extrajudicial, não havendo provas nesse sentido, força executiva, nem tampouco reconhecimento da Embargante da referida cobrança, o meio cabível para discutir a validade dessas cobranças é a arbitragem acordada pelas partes e já iniciada perante a Associação Brasileira de Direito Marítimo – ABDM”.

A magistrada de 1º grau acolheu a preliminar, julgando procedentes os embargos e determinando a extinção da execução, sob a fundamentação de que “qualquer questão que envolva o cumprimento ou não do contrato efetuado entre as partes, com seu eventual inadimplemento deve ser objeto de discussão perante o Tribunal Câmara Arbitral”.

Apela o embargado/exequente alegando que “não se discute na Arbitragem a exigibilidade das *Charter Fees*, mas somente as perdas e danos decorrentes da rescisão unilateral do Contrato pela M.”.

Pois bem.

Verifica-se que a ora apelante interpôs execução de título extrajudicial (em apenso) em face da ora apelada pretendendo a “execução forçada da obrigação de pagar a quantia certa, líquida e exigível no montante de USD 530.020,00 (quinhentos e trinta mil e vinte dólares americanos), cujo valor atualizado, hoje, é de R\$ 2.868.392,99 (dois milhões, oitocentos e sessenta e oito mil, trezentos e noventa e dois reais e noventa e nove centavos)”.

Sustenta que “a dívida é oriunda do inadimplemento do B. C. P. A. (“BBC” ou “Contrato”) (doc. 05) firmado entre a M. C.T., na condição de dona da embarcação, e a M., como afretadora”.

Aduz que “o BBC contém cláusula que obriga a M. a pagar, mensalmente, um valor líquido e certo pelo afretamento da embarcação. Em novembro deste ano, a M. resiliu unilateralmente o C. (doc. 06), deixando, porém, um saldo em aberto devido até aquela data”.

Através da leitura do Termo de Arbitragem juntado aos autos (indexador 000964), verifica-se que são as seguintes as pretensões da ora apelante, em tal procedimento:

4.6 Diante disso, requer ao Tribunal Arbitral que:

- a) a Requerida seja condenada a pagar e reembolsar a Requerente por todos os investimentos, perdas e danos decorrentes da rescisão unilateral do BBC;
- b) a Requerida seja condenada a pagar e reembolsar a Requerente por todos os danos decorrentes das péssimas condições em que a Embarcação foi devolvida, incluindo, mas não se limitando, aos itens faltantes e aos reparos necessários nos equipamentos e maquinários defeituosos;
- c) a Requerida seja condenada ao pagamento de todas as despesas deste procedimento arbitral, incluindo-se honorários periciais, de árbitros, de pareceristas e de advogados, bem como todas e quaisquer despesas e taxas relativas à presente arbitragem;
- d) sejam todos os valores devidos pela Requerida à Requerente atualizados e corrigidos desde a data dos ilícitos cometidos pela Marlin até a data do efetivo pagamento à MCT; e
- e) sejam adotadas todas e quaisquer medidas que se entendam necessárias.

Pretendendo a exequente, diante do Tribunal de Arbitragem, a condenação da executada ao pagamento de todos os investimentos, perdas e danos decorrentes da rescisão unilateral do contrato, tem-se que o valor mensal devido pelo afretamento da embarcação (*charter fees*) inclui-se naquela pretensão.

Repise-se que a própria exequente, em sua inicial, na ação de execução de título extrajudicial, afirma que “a dívida é oriunda do inadimplemento do B. C. P. A. (“BBC” ou “Contrato”) (doc. 05) firmado entre a M. C. T., na condição de dona da embarcação, e a M., como afretadora”.

Acresça-se que o contrato entabulado entre as partes (BBC) dispõe, em sua cláusula 33, “d”, que “este Contrato de Afretamento será regido e interpretado de acordo com as leis do local mutuamente acordadas pelas Partes e qualquer litígio decorrente de ou em conexão com este Contrato de Afretamento será submetido a arbitragem em um local mutuamente acordado, sujeito aos procedimentos aplicáveis”. Verifique-se:

(d)* Este Contrato de Afretamento será regido e interpretado de acordo com as leis do local mutuamente acordadas pelas Partes e qualquer litígio decorrente de ou em conexão com este Contrato de Afretamento será submetido a arbitragem em um local mutuamente acordado, sujeito aos procedimentos aplicáveis.

Certo ainda que os valores que se pretende executar são aqueles previstos no contrato, em suas cláusulas 15 e 17, sendo referentes a aluguel e seguro da embarcação.

No entanto, a convenção de arbitragem não afasta a competência do Poder Judiciário para executar o título, tendo em vista que o juízo arbitral não detém poderes executivos, tampouco de coerção, sendo este o entendimento do STJ:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EMBARGOS DO DEVEDOR. MÉRITO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. QUESTÕES FORMAIS, ATINENTES A ATOS EXECUTIVOS OU DE DIREITOS PATRIMONIAIS INDISPONÍVEIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. LEI NOVA. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. 1. A cláusula arbitral, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a

competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derrogando-se a jurisdição estatal. 2. No processo de execução, a convenção arbitral não exclui a apreciação do magistrado togado, haja vista que os árbitros não são investidos do poder de império estatal à prática de atos executivos, não tendo poder coercitivo direto. 3. Na execução lastreada em contrato com cláusula arbitral, haverá limitação material do seu objeto de apreciação pelo magistrado. O Juízo estatal não terá competência para resolver as controvérsias que digam respeito ao mérito dos embargos, às questões atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (*kompetenz e kompetenz*), que deverão ser dirimidas pela via arbitral. 4. A exceção de convenção de arbitragem levará a que o juízo estatal, ao apreciar os embargos do devedor, limite-se ao exame de questões formais do título ou atinentes aos atos executivos (v.g., irregularidade da penhora, da avaliação, da alienação), ou ainda as relacionadas a direitos patrimoniais indisponíveis, devendo, no que sobejar, extinguir a ação sem resolução do mérito. 5. Na hipótese, o devedor opôs embargos à execução, suscitando, além da cláusula arbitral, dúvidas quanto à constituição do próprio crédito previsto no título executivo extrajudicial, arguindo a inexistência da dívida pelo descumprimento justificado do contrato. Dessarte deve-se reconhecer a derrogação do juízo togado para apreciar a referida pretensão, com a extinção do feito, podendo o recorrido instaurar procedimento arbitral próprio para tanto. 6. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquiri-

do, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascimento do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015. 7. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior. 8. Recurso especial provido. (REsp nº 1.465.535/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016)

Porém, como se verifica do julgado acima colacionado “na execução lastreada em contrato com cláusula arbitral, haverá limitação material do seu objeto de apreciação pelo magistrado. O Juízo estatal não terá competência para resolver as controvérsias que digam respeito ao mérito dos embargos, às questões atinentes ao título ou às obrigações ali consignadas (existência, constituição ou extinção do crédito) e às matérias que foram eleitas para serem solucionadas pela instância arbitral (*kompetenz e kompetenz*), que deverão ser dirimidas pela via arbitral”.

Ocorre que, no presente caso, o título executivo extrajudicial, no qual consta a cláusula de arbitragem, restou impugnado pela executada, que não reconhece a existência da dívida reclamada pelo exequente.

Neste sentido, não cabe ao Poder Judiciário resolver a questão relativa à existência ou não do crédito objeto do título executivo, sendo o entendimento do STJ que tal controvérsia deve ser solucionada, necessariamente, pela via arbitral. Verifique-se a ementa do REsp nº

1.949.566 / SP, de Relatoria do Min. LUIS FELIPE SALOMÃO:

RECURSO ESPECIAL. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE MÚTUO. PREVISÃO DE CLÁUSULA ARBITRAL. EXECUÇÃO JUDICIAL DO TÍTULO. IMPUGNAÇÃO DE QUESTÕES REFERENTES À EXISTÊNCIA DO PRÓPRIO TÍTULO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO ATÉ DECISÃO DO JUÍZO ARBITRAL ACERCA DA MATÉRIA IMPUGNADA. 1. A cláusula arbitral, uma vez contratada pelas partes, goza de força vinculante de caráter obrigatório, definindo o Juízo Arbitral como competente para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais, disponíveis, derogando-se, nessa medida, a jurisdição estatal. 2. Todavia, a existência de cláusula compromissória não obsta a execução de título extrajudicial no Juízo Estatal quando for certo, líquido e exigível, uma vez que os árbitros não possuem poder coercitivo direto, necessário à determinação de atos executivos. 3. Na ação de execução lastreada em contrato com cláusula arbitral, apresentada impugnação pelo executado, o Juízo Estatal estará materialmente limitado a apreciar a defesa, não sendo de sua competência a resolução de questões que digam respeito ao próprio título ou às obrigações nele consignadas. 4. Nos casos em que a impugnação disser respeito à existência, constituição ou extinção do crédito objeto do título executivo ou às obrigações nele consignadas, sendo incompetente o Juízo Estatal para sua apreciação, revela-se inviável o prosseguimento da execução, dada a imperativa necessidade de solução pelo Juízo Arbitral de questão de mérito que antecede à continuidade da ação instaurada. 5. O art. 313, V, a, do CPC orienta que, quando um acontecimento voluntário, ou não, acarretar a paralisação da marcha dos atos processuais e a paralisação temporária for suficiente à garantia de retorno regular do feito, por razões de ordem lógica, o processo deve

ser suspenso, e não extinto. 6. Entre a ação de execução e outra ação que se oponha aos atos executivos ou possa comprometê-los, há evidente laço de conexão, a determinar, em nome da segurança jurídica e da economia processual, a reunião dos processos. A suspensão acontecerá nos casos em que não for possível a reunião dos processos, seja porque se encontram em graus de jurisdição distintos, seja porque o juízo não é competente para ambos os feitos, até mesmo por serem diversas as jurisdições. 7. No caso concreto, a execução do título extrajudicial com cláusula arbitral deve ser suspensa e nesse estado permanecerá até que ultimado o procedimento arbitral, que decidirá pela validade ou não do Termo de Cessão do Crédito exequendo, essencial à higidez do próprio título. 8. Recurso especial a que se nega provimento.

Em que pese haver necessidade de apreciação da questão pela via arbitral, não há se falar em extinção da execução, devendo esta ser suspensa, e nesse estado permanecer até que as questões referentes ao título executivo, na qual está lastreada, sejam resolvidas pelo juízo arbitral, conforme também se depreende do julgado acima transcrito.

Dessarte, cabe também a suspensão dos presentes embargos até que seja dirimida a questão em sede arbitral.

Neste sentido, o disposto no art. 313, V do CPC, *in verbis*:

“Art. 313. Suspende-se o processo:

(...)

V - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

b) tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo;

(...)”

Diante do exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, a fim de anular a sentença, determinando a suspensão dos embargos até que seja proferida decisão final no juízo arbitral.

RIO DE JANEIRO, 06 DE ABRIL DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. CINTIA SANTARÉM CARDINALI
RELATORA**

NEGATIVA DE CONCILIAÇÃO EM OUTRO PROCESSO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FACULDADE DA CONCILIAÇÃO ÀS PARTES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. CONTRATO DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR NEGATIVA DE CONCILIAÇÃO EM OUTRO PROCESSO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR. RECURSO DO AUTOR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, POIS DO FATO NARRADO NA INICIAL NÃO DECORRE QUALQUER EFEITO JURÍDICO. A CONCILIAÇÃO É MEIO DISPONÍVEL DE AUTO RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COM CONSENTIMENTO ESPONTÂNEO DAS PARTES. A RECUSA DO RÉU GERA TÃO SOMENTE A SUJEIÇÃO DO AUTOR À ESCOLHA DAQUELE. ENTENDIMENTO DE QUE A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, OUTRORA CONDIÇÃO DA AÇÃO, COM ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, TEM SIDO CONSIDERADA, PELA MELHOR DOUTRINA, COMO QUESTÃO DE MÉRITO, UMA VEZ QUE SE REFERE A PRÓPRIA LEGALIDADE E PERTINÊNCIA DA RELAÇÃO

JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003629-69.2016.8.19.0081, onde é Apelante J. M. da R. e Apelado R. C. N.

Acordam os Desembargadores que compõem a 24ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por J. M. da R., contra sentença proferida em ação indenizatória, proferida nos seguintes termos (índice 96):

“Trata-se de ação movida por J. M. da R. em desfavor de R. N. A causa de pedir está lastreada na negativa da parte ré em realizar conciliação em outro processo e na negativa de entrega dos bens arrolados na inicial (f. 05) após encerramento de contrato locatício. Em razão disso, o autor pede indenização por danos morais e a comprovação nos autos dos bens encontrados no imóvel após a finalização do contrato. Autos me vieram conclusos para recebimento da inicial. É o relatório. O pedido revela-se de provimento impossível, no que tange à indenização por não negativa de conciliação, merecendo, neste ponto a improcedência liminar. É que a conciliação é meio disponível de autor-resolução de conflitos com consentimento espontâneo das partes existindo três formas de autocomposição: a submissão, que é o reconhecimento do pedido, a renúncia da pretensão deduzida e a transação, na qual as partes promovem a concessões mútuas para solução do conflito. É ínsito à conciliação que as partes solvam o conflito por

meios próprios e sem a intervenção direta do Estado juiz, ou seja, a heterocomposição. Por isso mesmo, cabe à parte avaliar se a composição lhe é útil ou se a melhor coisa a fazer é deixar que a situação de impasse seja resolvida por terceiro imparcial. Neste sentido, a conciliação das partes está no âmbito de direito protestativo exigir uma sujeição da parte adversa. Assim, recusando-se a conciliar, a outra parte tão somente pode sujeitar-se à recusa. Não cabendo qualquer forma de coerção para que o litígio seja autocomposto. Qualquer outro entendimento seria uma distorção à natureza jurídica da autocomposição das partes, passando a ser em verdade heterocomposição. Portanto, o pedido é impossível porque a ordem jurídica nega aos fatos narrados (ausência de conciliação) a geração dos efeitos pretendidos (indenização por danos morais). Amorim Assumpção, Daniel (*Manual de Direito Processual Civil* 2013, p. 95). Deve-se ressaltar, por oportuno, que a despeito da doutrina processualista afirmar que a categoria condições da ação ter sido extinta pelo novo CPC, passando este a admitir tão somente duas análises: ou de admissibilidade ou de mérito, a categoria processual impossibilidade jurídica do pedido passou a integrar, agora as questões de mérito. Isto é, uma vez constatado que o pedido do autor não é possível de acolhimento pela ordem jurídica, a questão resolve-se pela improcedência do pedido. Mas daí há de se indagar se é possível a improcedência liminar do pedido fora das hipóteses típicas enumeradas no artigo 332 do CPC. A resposta só pode ser afirmativa. Seria atentatório ao princípio da eficiência processual (artigo 80, CPC), da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII da CF/88e art. 0 do CPC), subtrair os casos como o ora em julgamento de ser

alcançado pela improcedência liminar do pedido. Uma vez constatado que o pedido é impossível e o processo deve ser extinto com análise do mérito, exigir que o réu seja citado para declinar a mesma argumentação ora desenvolvida é um desperdício de recursos que tem se mostrado tão escassos nestas épocas. Estas ideias têm o nascedouro em Fredie Didier Jr. (*Curso de Direito Processual Civil*, Editora Jus Podium, 17^a edição p. 605) em que a transcrição é elucidativa: "O posicionamento deste Curso, assim, vai no sentido de dar novo significado à conhecida 'condição da ação' possibilidade jurídica do pedido, prevista no CPC-1973 como hipótese de indeferimento da petição inicial sem exame do mérito, nada obstante as críticas doutrinárias a essa opção o exame da possibilidade jurídica do pedido é inequivocamente um exame de mérito, e não de admissibilidade. O CPC, então, ao não mais tratar da possibilidade jurídica do pedido como hipótese de extinção do processo sem exame do mérito, silenciando no ponto, adota correto entendimento doutrinário, reconfigurado a possibilidade jurídica do pedido e permitindo, a partir da configuração de algumas normas fundamentais processuais, uma atípica hipótese de improcedência liminar do pedido". Tendo isto em conta, JULGO EXTINTO O PROCESSO, com resolução do mérito, na forma do art. 487, 1 e 332 do CPC/2015, no que tange o pedido de indenização por danos morais com causa na negativa de conciliação. Condeno o autor ao pagamento das custas processuais, deixando, todavia, de condená-lo em honorários advocatícios tendo em vista que a parte ré sequer foi citada. Indefiro a gratuidade pleiteada ante aos documentos juntados com a inicial dando conta de que o autor auferiu receita bruta de R\$ 7.500,16

(f. 63/64). Emende-se a inicial no prazo de 15 dias para a adequação dos pedidos de arrolamento dos bens que se encontravam no imóvel à época da resolução contratual."

Apelação do autor (índice 126) na qual requer a anulação da sentença para que seja concedida a gratuidade de justiça e que sejam valoradas as provas documentais.

Contrarrazões do réu (índice 203).

É o relatório. Peço dia.

VOTO

Encontram-se presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos indispensáveis ao conhecimento do recurso. Inicialmente, indefiro a gratuidade de justiça, diante da ausência de provas de sua hipossuficiência, como bem assinalado pela sentença recorrida e conforme entendimento deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PLANO DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO (POSTAL SAÚDE). NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PARA PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE FACECTOMIA COM A IMPLANTAÇÃO DE LENTE INTRA OCULAR E DE REEMBOLSO DE DESPESAS COM ANTERIOR CIRURGIA OCULAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMANDO A TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA, CONDENANDO A RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL, ESSE NO VALOR DE R\$ 5.000,00. Requerimento de concessão da gratuidade de justiça à parte ré que se indefere, diante da ausência de provas de sua hipossuficiência. Cinge-se a controvérsia acerca da suposta negativa da ré em autorizar procedimento cirúrgico (facectomia com colocação de lente intraocular no olho esquerdo) e em reembolsar as despesas que o autor teve com outro procedimento em seu olho direito. Alegação recursal no sentido de

que não negou autorização ao procedimento do autor. Conjunto probatório que evidencia a recusa administrativa. Procedimento cirúrgico que somente se realizou após a concessão da tutela de urgência nos autos. Falha na prestação do serviço evidenciada. Os danos materiais são devidos em razão do não reembolso ao autor dos valores por ele efetuados quando da realização da cirurgia em seu olho direito, devidamente comprovados. Dano moral igualmente caracterizado, diante da violação da dignidade da pessoa, com reflexos em sua personalidade, de modo a maculá-la, tendo em vista que o grave defeito na prestação do serviço pôs em risco a saúde, com ofensa à sua integridade psíquica do consumidor. Pretensão recursal de ambas as partes para a modificação do respectivo *quantum* indenizatório. Verba indenizatória que merece ser majorada ao patamar de R\$ 6.500,00, de acordo com a apuração pela utilização do critério bifásico, mediante a valorização, na primeira fase, do interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos), e na segunda fase, da circunstância relacionada à situação econômica do ofensor. Majoração da verba honorária para 15% sobre o valor da condenação. DESPROVIMENTO DO APELO DA RÉ E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO ADESIVO DO AUTOR. (TJRJ – Apelação nº 0004974- 81.2019.8.19.0205 – Vigésima Quarta Câmara Cível – Des. Relator ALCIDES DA FONSECA NETO – Julgado em 20/05/2020 e publicado em 21/05/2020)

A controvérsia reside sobre a impossibilidade jurídica do pedido de indenização por danos morais sofridos em decorrência de suposta negativa de conciliação em outro processo pela parte ré.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido liminarmente, em razão da impossibilidade jurídica de se requerer indenização por negativa de

conciliação. E ainda, concedeu a oportunidade à parte autora emendar a inicial para que fosse readequado o seu pedido.

Não assiste razão ao apelante.

Não há que se falar em indenização por negativa de conciliação em outro processo, pois a própria conciliação é facultativa às partes. Como exposto pelo magistrado, a conciliação das partes está no âmbito de direito potestativo, não cabendo sujeição da parte adversa. Assim, recusando-se a conciliar, a outra parte tão somente pode sujeitar-se à recusa, não cabendo qualquer forma de coerção para que o litígio seja autocomposto.

Assim, correta a sentença ao julgar improcedente o pedido de forma liminar, tendo em vista que não há geração de qualquer efeito jurídico o fato narrado, qual seja, a negativa de conciliação pela parte ré.

A impossibilidade jurídica do pedido, outrora condição da ação, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, tem sido considerada, pela melhor doutrina, como questão de mérito, uma vez que se refere a própria legalidade e pertinência da relação jurídica de direito material, objeto da lide, conforme corroboram os artigos 17 e 485, VI, do referido Código ao deixarem de prevê-la e o princípio da primazia da decisão de mérito, art. 4º, do CPC, bem como o art. 487, I, do CPC. Neste sentido:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA. RESOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA LAVRADA. NOVAÇÃO. ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Ação de resolução do Contrato de Promessa de Compra e Venda de Imóvel com pedido de restituição de, no mínimo, 90% da

quantia paga. 2. Parte ré que comprovou que fora realizada, 3 (três) meses antes do ajuizamento da presente demanda, a lavratura de Contrato de Escritura Pública de Compra e Venda com Pacto Adjetivo de Alienação Fiduciária. 3. Impossibilidade jurídica do pedido. Reforma da sentença. Não há que se falar em resolução da Promessa de Compra e Venda de Imóvel, por já encontrar-se extinta, em razão da lavratura entre as partes de um novo contrato, que pôs termo e substituiu a obrigação anterior, por meio de novação. 4. Entendimento de que a impossibilidade jurídica do pedido, outrora condição da ação, com advento do Código de Processo Civil de 2015, tem sido considerada, pela melhor doutrina, como questão de mérito, uma vez que se refere a própria legalidade e pertinência da relação jurídica de direito material, objeto da lide, conforme corroboram os artigos 17 e 485, VI, do referido Código ao deixarem de prevê-la e o princípio da primazia da decisão de mérito, art. 4º, do CPC, bem como o art. 487, I, do CPC. PROVIMENTO DO RECURSO DA RÉ. PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA. (TJRJ – Apelação nº 0020339-37.2017.8.19.0209 – Vigésima Câmara Cível – Des. Relatora MÔNICA DE FARIA SARDAS – Julgado em 09/05/2019 e publicado em 13/05/2019)

Desta forma, acertada a sentença proferida pelo magistrado.

Por todo exposto, NEGO provimento ao recurso, mantendo-se todos os termos da sentença. Deixo de majorar os honorários advocatícios, eis que, não houve condenação neste sentido.

RIO DE JANEIRO, 08 DE JUNHO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. LUIZ EDUARDO C CANABARRO

RELATOR

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM INSTITUÍDA POR LIVRE E ESPONTÂNEA VONTADE DAS PARTES. COMPETÊNCIA DO CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de reintegração de posse proposta por B. S. P. E. RJ 2 S/A, em face de S. L. S. da C. Alegou a autora que a ré adquiriu da autora a unidade tipo apartamento de nº 102, com duas vagas de garagem, sendo 01 (uma) no Grupo “A” e 01 (uma) no Grupo “B”, no Empreendimento “J. do R. C. C.”, em 26/02/2010, por meio de Escritura de Promessa de Compra e Venda e Outros Pactos. Narrou que foi ajustado o preço de R\$ 398.489,40 e que a ré ficou inadimplente, sendo executada por meio do 9º RGI com base na cláusula de alienação fiduciária. Mencionou que a ré foi notificada extrajudicialmente, mas deixou de purgar a mora e que foi realizado no prazo legal o leilão extrajudicial do imóvel, restando negativas as tentativas, por falta de licitantes, nas datas de 29/08/2016 e 31/08/2016. Por consequência, a ré continua usufruindo a posse do imóvel. Postulou a tutela de urgência para desocupação voluntária do imóvel, sob pena de desocupação coercitiva e aplicação de multa a ser arbitrada. Requereu ao final a procedência do pedido, conformando a tutela concedida.

Decisão a f. 146 deferiu a liminar, pois presentes os requisitos e determinou a citação.

Manifestação da ré a f. 150-151, requerendo a reconsideração da decisão que deferiu a reintegração de posse, ao argumento de que sempre morou no imóvel, mas não foi pessoalmente intimada dos leilões; reside no imóvel com sua filha de 16 anos, pagou a quantia de R\$ 328.543,12 do preço, cerca de 80%, mas entrou em superendividamento, que tornou insuportável a manutenção do contrato; posse velha, uma vez que as notificações com edital ilegal foram realizadas em 16/11/2015. Postulou a revogação da

liminar e a conversão em procedimento comum.

Na ata de audiência de conciliação a f. 207-208, consignou-se que a ré reiterou a proposta de acordo no sentido de que a devolução dos valores pagos seja feita pela autora por meio de um imóvel de menor valor nos empreendimentos O. C., M. R. P., P. C. R. C., todos com custo inferior a R\$ 441.000,00 que foram os valores pagos pela ré. Em razão da alegação de posse velha e da proposta formulada, o juízo revogou a decisão liminar de reintegração de posse. Por fim, determinou que o prazo para contestar flui a contar da audiência.

Contestação seguida de reconvenção a f. 210-220, alegando a insuficiência de recursos. A ré impugnou o valor atribuído à causa de R\$ 1.000,00, uma vez que o valor histórico do imóvel é de R\$ 398.489,40. Salientou que o contrato firmado entre as partes estipula cláusula de arbitragem indicando o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Destacou que se trata de posse velha que não enseja reintegração liminar de posse. Afirmou a nulidade da notificação por edital, tendo em conta que sempre residiu no imóvel e nunca deixou de receber correspondências no imóvel. Na reconvenção, sustentou a ilegalidade da notificação sobre o leilão do imóvel. Mencionou que reside no imóvel com sua filha de 16 anos. Ressaltou que faz jus à devolução das parcelas pagas, com os abatimentos devidos em caso de procedência da reintegração de posse. Destacou que a ação deve tramitar pelo rito comum. Postulou a gratuidade de justiça e a extinção do processo sem resolução do mérito ou a tramitação pelo rito comum e a improcedência do pedido autoral. Requereu a gratuidade de justiça na reconvenção e a procedência do pedido reconvenicional para determinar a devolução das parcelas pagas, abatidas as despesas de condomínio e IPTU

comprovadamente pagos pela reconvincente.

Réplica apresentada pela ré a f. 242-259 e contestação à reconvenção, alegando que o contrato de compra e venda não é objeto da demanda possessória. Afirmou que o pedido decorre da execução da garantia. Por fim, postulou a procedência da reintegração de posse e a improcedência da reconvenção.

Manifestação da empresa autora a f. 268, informando não ter mais provas a produzir.

A autora apresentou alegações finais a f. 306-316, pugnando pela juntada da certidão junto ao cartório do registro de imóveis.

A ré reconvincente manifestou-se a f. 331 afirmando não mais provas a produzir e a f. 341-352 renovou a proposta de acordo, solicitando audiência de mediação. No caso de entendimento diverso, reiterou as alegações na contestação e na reconvenção.

A autora reconvincente postulou a f. 377 o julgamento imediato.

A sentença de f. 393-396 entendeu que, considerando que a situação dos autos não se restringe à imissão na posse, mas engloba também controvérsias acerca de cláusulas contratuais, não cabe ao Judiciário julgar a demanda. Assim, julgou extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso VII do Código de Processo Civil, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85 do CPC.

A autora reconvincente apelou a f. 415-428, alegando a necessidade de se submeter a matéria de reintegração de posse à esfera judicial. Afirmou a construtora que a urgência afasta a necessidade de submissão da questão ao juízo arbitral. Mencionou a inafastabilidade da jurisdição. Destacou entendimento jurisprudencial

nos casos de matéria de consumo no sentido de que a cláusula compromissória deverá ser afastada em função do que consta no art. 51, VII, do CDC. Alegou a renúncia tácita ao emprego da cláusula, diante da postura adotada pela ré apelada. Salientou a necessidade de apreciação do mérito da reintegração de posse. Afirmou que atendeu a todos os ditames impostos pela legislação para a retomada legítima do seu bem. Requereu a reforma da sentença e julgamento pelo Tribunal declarando a procedência do pedido e consequente reintegração da autora na posse do imóvel, fixando-se o prazo máximo de 60 dias para desocupação voluntária.

Contrarrazões da ré reconvinte a f. 439-451, postulando o desprovimento do recurso.

É o relatório.

EMENTA

APELAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RESIDENCIAL. INADIMPLÊNCIA. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EXPRESSAMENTE PACTUADA NA PROMESSA E NA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. CONTRATO DE CONSUMO. POSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO ATIVA DA CONSUMIDORA. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EXPRESSAMENTE SUSCITADA COMO PRELIMINAR NA CONTESTAÇÃO. RENÚNCIA TÁCITA À ARBITRAGEM NÃO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ASSENTE DO STJ. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. MANUTENÇÃO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Reintegração de posse proposta pela incorporadora, ao argumento de inadimplência das parcelas. 2. Hipótese em que o juízo de origem acolheu a preliminar de competência do juízo arbitral, em razão da cláusula compromissória pactuada entre as partes tanto na promessa

de compra e venda quanto na escritura pública de financiamento e compra e venda mediante alienação fiduciária em garantia e extinguiu o processo sem resolução do mérito. 3. O instituto da arbitragem é um método alternativo de heterocomposição dos litígios, não representando violação ao direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição assegurado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. 4. Cláusula compromissória em destaque e assinada pelas partes na escritura definitiva de compra e venda do imóvel em tela, atribuindo ao Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem a função exclusiva de decidir sobre qualquer controvérsia surgida entre as partes. 5. A previsão de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral, que, com precedência ao Poder Judiciário, deve decidir nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), quer de ofício, quer por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem (art. 3º) e do contrato que contenha a cláusula compromissória (art. 4º da referida Lei), como espelhado no AgInt no AREsp nº 1.276.872/RJ, sob a relatoria do Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 01/12/2020. 6. De igual modo, “(...) Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a validade da cláusula compromissória, em contrato de adesão caracterizado por relação de consumo, está condicionada à efetiva concordância do consumidor no momento da instauração do litígio entre as partes, (...)”, conforme AgInt no AREsp nº 1.845.956/MT, tendo como relator o Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 16/08/2021. 7. As questões de fato e de direito que emergem nos autos, por força contratual, devem ser submetidas ao juízo arbitral eleito pelas partes, não podendo se sobrepor a estas a simples alegação de que se trata de

pedido de reintegração de posse, com base na Lei nº 9.507/1996. 8. Existindo cláusula compromissória, alegada pela consumidora ré na peça de defesa, como preliminar, afasta-se a renúncia tácita mencionada na apelação, impondo-se a manutenção da sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, VII, do CPC. 9. Majoração dos honorários advocatícios em sede recursal. 10. Desprovimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0014625-96.2017.8.19.0209, julgada na sessão de 24/11/2021, originária da 4ª Vara Cível Regional da Barra da Tijuca – Comarca da Capital, figurando como Apelante B. S. P. E. RJ 2 S/A e Apelada S. L. S. da C.

Acordam, por unanimidade votos, os Desembargadores que compõem a Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

VOTO

Conheço o recurso, pois presentes os requisitos.

Trata-se ação de reintegração de posse, proposta pela incorporadora, com base no contrato de promessa de compra e venda e na escritura pública de financiamento imobiliário e compra e venda de imóvel, com pacto adjacente de alienação fiduciária em garantia, ao argumento de inadimplência das parcelas.

O juízo de origem acolheu a preliminar de competência do juízo arbitral, em razão da cláusula compromissória pactuada entre as partes tanto na promessa de compra e venda quanto na escritura pública de financiamento e compra e venda mediante alienação fiduciária em garantia e extinguiu o processo sem resolução do mérito.

Vale mencionar que a cláusula compromissória é um ajuste contratual em que ambas as partes se comprometem a resolver eventual litígio por meio da arbitragem, em virtude de sua autonomia. É regulada pela Lei nº 9.307/1996, abrangendo a solução de litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis, de acordo com o art. 1º, *caput*, da referida Lei.

Segundo o art. 4º da Lei nº 9.307/96 “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Desse modo, o instituto da arbitragem é um método alternativo de heterocomposição dos litígios, não representando violação ao direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição, assegurado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Até mesmo porque as próprias partes, de modo livre e consensual, escolhem submeter ao árbitro, e não ao Estado-Juiz, a solução de eventual conflito oriundo da relação contratual.

Logo, não se identifica, em abstrato, nulidade na renúncia prévia à atuação estatal pelo Poder Judiciário.

Pontue-se que a cláusula contratual de arbitragem não pode ser interpretada fora do contexto em que se insere, motivo pelo qual cumpre observar se esta atende às exigências do art. 4º, § 1º da Lei nº 9.307/1996, segundo o qual deve ser estipulada por escrito, cuja previsão pode estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado a ele referente, ou seja, deve estar formalmente estabelecida, demonstrando a concordância das partes contratantes mediante aposição de assinatura.

No caso, a promessa de compra e venda destacou a cláusula 13 (f. 44-45) contendo assinatura das partes. De igual modo, na escritura pública firmada entre as partes consta em negrito e em destaque ao Capítulo XIII – Da Arbitragem (f. 68),

atribuindo ao Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem a função exclusiva de decidir sobre qualquer controvérsia surgida entre as partes. Nesse passo, não se vislumbra invalidade patente na cláusula compromissória.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “ (...) V - O CPC/2015 trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, razão pela qual a solução consensual configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la (art. 3º, §§ 1º e 2º). A parte tem direito de optar pela arbitragem, na forma da lei (art. 42). VI - A Lei nº 13.129/15 introduziu no regime jurídico da arbitragem importantes inovações, com destaque para os princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único)”, conforme CC nº 139.519 / RJ Conflito de Competência 2015/0076635-2 - Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) - Relator(a) p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA (1157) - Órgão Julgador S1 - Primeira Seção - Data do Julgamento 11/10/2017 - Data da Publicação/Fonte DJe 10/11/2017 RSTJ v. 249 p. 99).

Nesse passo, a previsão de convenção de arbitragem enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral, que, com precedência ao Poder Judiciário, deve decidir, nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem (art. 3º) e do contrato que contenha a cláusula compromissória (art. 4º da referida Lei).

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REVISÃO CONTRATUAL. CLÁUSULA

DE ARBITRAGEM. PRINCÍPIO DO *KOMPETENZ-KOMPETENZ*.

1. A alegação de violação dos arts. 267, VII, do Código de Processo Civil de 1973 e 423 do Código Civil e as teses a eles relacionadas não foram analisadas pelo Tribunal de origem, bem como não foram opostos embargos de declaração contra o respectivo acórdão. Dessa forma, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal com base no art. 105, III, a, da Constituição. 2. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que, segundo o princípio do *kompetenz-kompetenz*, previsto no art. 8º da Lei nº 9.307/1996, cabe ao juízo arbitral, com precedência sobre qualquer outro órgão julgador, deliberar a respeito de sua competência para examinar as questões que envolvam a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que tenha cláusula compromissória. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp nº 1.276.872/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 30/06/2021).

Por sua vez, quanto ao fato de se tratar de relação de consumo, ressalta-se o entendimento no sentido de que “(...) Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a validade da cláusula compromissória, em contrato de adesão caracterizado por relação de consumo, está condicionada à efetiva concordância do consumidor no momento da instauração do litígio entre as partes, (...)”. AgInt no AREsp nº 1.845.956/MT, sendo relator o Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 16/08/2021, DJe 16/09/2021.

No caso em exame, verifica-se que a ré, na posição de consumidora, afirma expressamente

na sua contestação que “(...) A convenção de arbitragem, entretanto, como o próprio nome diz, é um compromisso bilateral, ou seja, um pacto que obriga ambas as contratantes, e não apenas a ré! Assim, concorde como está e sempre esteve a ré com a convenção de arbitragem, fica afastada a tutela jurisdicional para qualquer questão ou litígio oriundos dos contratos celebrados entre as partes. (...)” (f. 212). Por fim, pugnou a ré apelada pela extinção do processo sem resolução do mérito, tendo em vista a existência de convenção de arbitragem (f. 219).

Dessa forma, não prevalece a alegação da apelante de que a ré apelada ao apresentar contestação e reconvenção renunciou tacitamente ao emprego da cláusula compromissória, tendo em vista que a ré apelada suscitou a aplicação da cláusula compromissória como preliminar de contestação.

Ademais, observa-se ainda que a defesa da ré apelada suscitou questões sobre a nulidade das notificações realizadas por edital e subsidiariamente sobre a devolução parcial das parcelas pagas.

Nesse contexto, ao contrário do que alega a incorporadora apelante, a atuação do juízo arbitral não se limita no caso concreto à promoção da reintegração de posse postulada na petição inicial, com base na Lei nº 9.514/1997. As questões de fato e de direito que emergem nos autos, por força contratual, devem ser submetidas ao juízo arbitral eleito pelas partes, não podendo se sobrepor a estas a simples alegação de que se trata de pedido de reintegração de posse.

Portanto, a convenção de arbitragem instituída no contrato, por livre e espontânea vontade das partes, impõe a manutenção da sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito, tendo em vista a competência do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem para julgamento da validade da cláusula compromissória.

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso, e majorar os honorários advocatícios sucumbenciais em 8%, totalizando 18% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

RIO DE JANEIRO, 24 DE NOVEMBRO DE 2021.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. ELTON M. C. LEME

RELATOR

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PARCIAL PROVIMENTO.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

DECISÃO DE RECEBIMENTO DA INICIAL E DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS.

IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDADA.

PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 14.230, EM 25/10/2021, QUE ALTEROU SUBSTANCIALMENTE A LEI Nº 8.429/92.

TEMA 1.199 DE REPERCUSSÃO GERAL (ARE Nº 843.989): 1) É NECESSÁRIA A COMPROVAÇÃO DE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA PARA A TIPIFICAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EXIGINDO-SE NOS ARTIGOS 9º, 10 E 11 DA LEI A PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO DOLO; 2) A NORMA BENÉFICA DA LEI Nº 14.230/2021, REVOGAÇÃO DA MODALIDADE CULPOSA DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, É IRRETROATIVA, EM VIRTUDE DO ARTIGO 5º, INCISO XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NÃO TENDO INCIDÊNCIA EM RELAÇÃO À EFICÁCIA DA COISA JULGADA; NEM TAMPOUCO DURANTE O PROCESSO DE EXECUÇÃO DAS PENAS E SEUS INCIDENTES; 3) A NOVA LEI 14.230/2021 APLICA-SE AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CULPOSOS PRATICADOS NA VIGÊNCIA DO TEXTO ANTERIOR, PORÉM SEM CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO, EM VIRTUDE DA REVOGAÇÃO EXPRESSA DO TIPO CULPOSO, DEVENDO O JUÍZO COMPETENTE ANALISAR EVENTUAL DOLO POR PARTE DO AGENTE. 4) O NOVO REGIME PRESCRICIONAL PREVISTO NA LEI Nº 14.230/2021 É IRRETROATIVO,

APLICANDO-SE OS NOVOS MARCOS TEMPORAIS A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA LEI.

PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. IMPOSIÇÃO DA APRECIÇÃO DOS FATOS APONTADOS COMO ÍMPROBOS. INDÍCIOS/ELEMENTOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EVIDENCIADOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 17, §§ 6º E 8º, DA LEI Nº 8.429/92, ATUAL ART. 17, §§ 6º E 7º, DA LEI Nº 14.230/2021.

FATOS IMPUTADOS À AGRAVANTE NA INICIAL DESCRITOS COM CLAREZA; APONTADOS OS DISPOSITIVOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ENTÃO VIGENTE REPUTADOS VIOLADOS; FORMULAÇÃO DE PEDIDOS CONGRUENTES COM AS CAUSAS DE PEDIR PRÓXIMA E REMOTA.

AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO ASSEGURADOS.

NECESSIDADE DO PROCESSAMENTO DA DEMANDA A FIM DE PERMITIR A APURAÇÃO E PROVA EFETIVA E COMPLETA DOS FATOS. INTERESSE PÚBLICO DO PROCESSAMENTO DA AÇÃO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA, EM COGNIÇÃO SUMÁRIA, PARA O RECEBIMENTO DA INICIAL.

EMBORA O E. STF NÃO TENHA JULGADO INCONSTITUCIONAL O DISPOSITIVO DA LEI Nº 14.230/2021, QUE PREVÊ A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, DETERMINOU SUA IRRETROATIVIDADE, DE MODO QUE SEJAM APLICADAS AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO § 8º DO ART. 23 DA NOVEL LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA APENAS A PARTIR DE 25/10/2021. DEMANDA ORIGINÁRIA DISTRIBUÍDA EM 30/03/2015.

A ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO NA HIPÓTESE PRESENTE DEVE SER FEITA À LUZ DA LEGISLAÇÃO DE ANTANHO, QUAL SEJA, DA LEI Nº 8.429/92.

O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE AGENTES

PÚBLICOS CUJO VÍNCULO É TEMPORÁRIO É O DIA SEGUINTE À DISSOLUÇÃO OU AO TÉRMINO DO MANDATO, CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA. PRECEDENTE DO E. STJ. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 23, INC. I, DA LEI Nº 8.429/92.

LUSTRO PRESCRICIONAL SUPERADO ENTRE A EXONERAÇÃO DA AGRAVANTE DO CARGO PÚBLICO DE SECRETÁRIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DO M.M. - EM 01/06/2007 - E A DISTRIBUIÇÃO DA ACP - EM 30/03/2015.

PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO ÀS PENALIDADES QUE NÃO SE REFIRAM AO RESSARCIMENTO DO ERÁRIO, INSCULPIDAS NO ART. 12 DA LEI Nº 8.429/92 EM DECORRÊNCIA DAS CONDUTAS IMPUTADAS À AGRAVANTE, QUAIS SEJAM: ARTS. 10, *CAPUT*, E INCS. I, V, VIII, X E XII, E ART. 11, *CAPUT*, E INCS. I, II, IV E VI, AMBOS DA LEI Nº 8.429/92.

IMPRESCRITIBILIDADE DO RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DOLOSO. PRECEDENTE DO E. STF.

ALEGAÇÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERIGO NA DEMORA EM RAZÃO DO LUSTRO ENTRE A PRIMEIRA DECISÃO QUE DETERMINOU A INDISPONIBILIDADE DE BENS, PROFERIDA EM SEDE LIMINAR, NO INÍCIO DA DEMANDA, E A DECISÃO ORA INQUINADA QUE RECEBEU A INICIAL E RENOVOU A CONSTRIÇÃO EM DESFAVOR DA DEMANDADA.

POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA CONSTRIÇÃO EM RAZÃO DE LONGO TEMPO DECORRIDO ENTRE O BLOQUEIO E O NÃO DESFECHO DA AÇÃO PRINCIPAL RECONHECIDA NA JURISPRUDÊNCIA DO E. STJ. TODAVIA, A HIPÓTESE PRESENTE OSTENTA CIRCUNSTÂNCIAS QUE AFASTAM A APLICAÇÃO DO REFERIDO ENTENDIMENTO, NA ESTEIRA DE PARÂMETROS MENCIONADOS

NO PRÓPRIO PRECEDENTE DO TRIBUNAL DA CIDADANIA.

DEMORA NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL QUE NÃO DECORRE DE DESÍDIA IMPUTÁVEL AO AUTOR OU AO MECANISMO DA JUSTIÇA, MAS À COMPLEXIDADE DA CAUSA QUE ENVOLVE INÚMERAS DILIGÊNCIAS JUNTO A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E ÓRGÃOS PÚBLICOS, A FIM DE SEREM IMPLEMENTADAS MEDIDAS CAUTELARES DE QUEBRA DE SIGILO FISCAL/BANCÁRIO, DE GARANTIA DA REPARAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO, ALÉM DE DIVERSAS PROVIDÊNCIAS VOLTADAS À LOCALIZAÇÃO E À NOTIFICAÇÃO DOS LITISCONSORTES PASSIVOS.

O DECURSO DO TEMPO, POR SI SÓ, NÃO TEM O CONDÃO DE DERRUIR O DECRETO DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS, À LUZ DAS DIVERSAS DILIGÊNCIAS DETERMINADAS PELO D. JUÍZO *A QUO* ENTRE A PRIMEIRA DECISÃO QUE DETERMINOU A CONSTRIÇÃO E A ORA INQUINADA.

MEDIDA DE NATUREZA ASSECURATÓRIA DO RESULTADO ÚTIL DA TUTELA JURISDICIONAL VISANDO À REPARAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO.

MODIFICAÇÃO DO TRATAMENTO CONCEDIDO AO INSTITUTO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS PELA LEI Nº 14.230/21. AFASTAMENTO DA LÓGICA DO PERIGO PRESUMIDO DE DANO, PARA FINS DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. CONSTRIÇÃO SUJEITA À EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO PERIGO DA DEMORA, PARA FINS DO SEU DEFERIMENTO. ART. 16 DA LEI Nº 14.230/21.

INDISPONIBILIDADE DE BENS SUJEITA À DEMONSTRAÇÃO NO CASO CONCRETO DE PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO, DESDE QUE O JUIZ SE CONVENÇA DA PROBABILIDADE DA OCORRÊNCIA DOS ATOS

DESCRITOS NA PETIÇÃO INICIAL COM FUNDAMENTO NOS RESPECTIVOS ELEMENTOS DE INSTRUÇÃO.

O CAPÍTULO DA DECISÃO AGRAVADA, PROFERIDA ANTES DA LEI Nº 14.230/21, REFERENTE À INDISPONIBILIDADE DE BENS EM DESFAVOR DA ORA RECORRENTE NÃO CONSIGNA SATISFATORIAMENTE QUAIS ELEMENTOS OBJETIVOS CONFIGURAM RISCO À SATISFAÇÃO DO DIREITO PERSEGUIDO EM JUÍZO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO.

O FATO DE A DECISÃO RECORRIDA TER SIDO PROFERIDA ANTERIORMENTE À ALTERAÇÃO LEGISLATIVA EM COMENTO NÃO AFASTA A APLICAÇÃO DA NOVA NORMA LEGAL. REAPRECIÇÃO PELO D. JUÍZO A *QUO* DA CONSTRIÇÃO INQUINADA À LUZ DA NOVEL LEGISLAÇÃO, VISTO QUE A JURISDIÇÃO EM QUESTÃO TANGENCIA FATOS E NÃO APENAS DIREITOS, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E EM PRESTÍGIO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA, À EXCEÇÃO DO PLEITO DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO, RECONHECER A PRESCRIÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NO ART. 12 DA LIA IMPUTADAS À ORA AGRAVANTE, CASSANDO, DE OFÍCIO, O CAPÍTULO DA DECISÃO RECORRIDA QUE MANTEVE A INDISPONIBILIDADE DE BENS EM DESFAVOR DA ORA RECORRIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0083842-72.2020.8.19.0000, em que é Agravante M.C.A. e Agravado Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro,

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, cassando, de

ofício, o capítulo da decisão recorrida que manteve a indisponibilidade de bens em desfavor da ora recorrida, na forma do voto do Des. Relator.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por M.C.A. contra decisão proferida pelo d. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de M., nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa distribuída por Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ora Agravado, que recebeu a inicial da ACP em desfavor da ora Agravante e decretou a indisponibilidade de seus bens (índex 2170 do proc. nº 0002743-66.2015.8.19.0029).

Assevera que é Ré na sobredita demanda por suposta improbidade administrativa em contratos resultantes das Tomadas de Preço nº 22/06, 65/06, 67/06 e 15/07, entabulados entre a empresa D.S.C. Ltda. (“D. e S.”) e o M.M. durante os anos de 2006 e 2007, para fins de fornecimento de alimentos para merenda escolar; que antes de ser notificada para apresentar defesa prévia foi decretada a indisponibilidade de seus bens nos limites requeridos pelo *Parquet*, ora Agravado; que não obstante seu pedido de reconsideração, a constrição foi mantida pelo d. Juízo *a quo*; que no curso do inquérito civil nº 2013.004.49001, baseado em denúncia anônima, jamais foi ouvida ou convidada a prestar esclarecimentos, e nele não há qualquer menção a si.

Alega que não foram acostados aos autos da ação principal os supostos contratos com valores superfaturados, tampouco os procedimentos administrativos que precederam as licitações e a íntegra dos processos que tramitaram junto ao TCE/RJ; a ausência de probabilidade do direito invocado pelo ora Agravado; que não participou dos atos apontados como ímprobos; que ocupou o cargo de Secretária Municipal de Educação, Cultura, Esporte e Lazer de M. por apenas 1 ano, entre 01/06/2006 e 30/05/2007, razão pela qual não pode ser inserida no contexto das supostas irregularidades apuradas;

que o próprio Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ora Agravado, no inquérito civil, atestou não haver justa causa para a distribuição da Ação Civil Pública contra os investigados por ausência de indícios da prática de ato de improbidade administrativa; invoca a prescrição quanto à integralidade dos pedidos ou ao menos em relação à condenação à suspensão dos direitos políticos, à multa civil e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios; que em nenhum momento o *Parquet*, ora Agravado, sugere que a ora Recorrente teria agido com dolo ou má-fé para a prática de ato improprio; inexistência de dano ao erário; que a exordial não especifica o ato improprio imputado à ora Recorrente.

Insurge-se contra a indisponibilidade de bens alegando descaracterização do perigo na demora em razão do lustro entre a primeira decisão que determinou a constrição, proferida em abril de 2015, e a decisão ora inquirada; invoca perigo de dano inverso.

Pugna pelo reconhecimento da prescrição das pretensões deduzidas na inicial ou ao menos em relação aos pedidos de condenação à suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratação com o Poder Público ou recebimento de benefícios, incentivos fiscais ou creditícios; e rejeição da Ação de origem (índice 2).

Contrarrazões prestigiando a decisão inquirada (índice 52).

Parecer da i. Procuradoria de Justiça pelo parcial provimento do recurso, reconhecendo a prescrição quanto à condenação em relação às condutas previstas no art. 12 da LIA; prosseguindo a Ação principal em relação ao pleito de ressarcimento do erário (índice 65).

Despacho determinando a retirada do recurso da pauta de julgamento a fim de que as partes se manifestem sobre a entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021, nos termos do art. 10 do CPC/15 (índice 105).

Manifestação da ora Agravante, em suma, pela aplicação imediata das questões processuais da Nova Lei de Improbidade Administrativa, invocando ainda a aplicação retroativa das normas de direito material mais benéficas trazidas pela novel legislação em tela. Pugna pelo provimento do Instrumento a fim de que seja indeferida a petição inicial da Ação Civil Pública distribuída em seu desfavor, com a consequente revogação da liminar de indisponibilidade de bens anteriormente deferida em razão de a decisão agravada estar em dissonância com as inovações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 (índice 112).

Promoção do ora Agravado ratificando suas contrarrazões acostadas no índice 52 (índice 135), secundadas pelo parecer da i. Procuradoria de Justiça (índices 146 e 156).

Pois bem.

O recurso deve ser conhecido, visto que presentes os requisitos de admissibilidade.

Preliminarmente, é consabido que em 25/10/2021 foi promulgada a Lei nº 14.230 que alterou substancialmente a Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa. Dentre as alterações legislativas, alguns dispositivos se tornaram mais benéficos aos agentes acusados ou condenados pela prática de atos ímprobos em relação à antiga lei de regência, dos quais vale destacar os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 1º da Nova Lei de Improbidade Administrativa, que tratam da necessidade de comprovação do elemento subjetivo dolo; e o *caput* e § 4º do art. 23, que versam sobre o novo regime de prescrição nas modalidades geral e intercorrente; sendo certo ainda que o § 3º do art. 16 da novel legislação modificou o tratamento concedido ao instituto da indisponibilidade de bens, não mais existindo a lógica do perigo presumido

de dano, sujeitando-se a constrição à efetiva demonstração do perigo da demora, para fins do seu deferimento.

Recentemente, o E. STF concluiu o julgamento do Tema 1.199 de Repercussão Geral (ARE nº 843.989/PR) e fixou as seguintes teses:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA a presença do elemento subjetivo dolo;
- 2) A norma benéfica da Lei nº 14.230/2021, revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, é irretroativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) A nova Lei nº 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do tipo culposo, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente.
- 4) O novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Em síntese, ficou estabelecido que a Lei nº 14.230/2021 retroage para beneficiar agentes acusados pela prática de ato ímprobo culposo, isto é, sem a presença do elemento subjetivo – dolo –, desde que a respectiva ação de improbidade não tenha transitado em julgado; e, por outro lado, não retroage para beneficiar agentes acusados pela prática de ato ímprobo com os novos prazos prescricionais – quais sejam: o prazo

prescricional geral (8 anos) e a prescrição intercorrente (4 anos) – para aplicação nos processos em curso, incidindo os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

É consabido que, na fase inaugural da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, vigi o princípio do *in dubio pro societate*, impondo-se a apreciação de fatos apontados como ímprobos, desde que evidenciados tão somente indícios/elementos probatórios mínimos da prática de ato de improbidade administrativa, consoante dicção do art. 17, §§ 6º e 8º, da Lei nº 8.429/92, atual art. 17, §§ 6º, e 7º, da Lei nº 14.230/2021.

Eis os termos do novel dispositivo legal em comento:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

(...)

§ 6º A petição inicial observará o seguinte:

I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada;

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 6º-A O Ministério Público poderá requerer as tutelas provisórias adequadas e necessárias, nos termos dos arts. 294 a 310 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 6º-B A petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º deste artigo, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado.

§ 7º Se a petição inicial estiver em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a citação dos requeridos para que a contestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, iniciado o prazo na forma do art. 231 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Sobre o tema, colhe-se a lição do eminente jurista Emerson Garcia (*in* GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.046):

Relembre-se, mais uma vez, que o momento preambular, antecedente ao recebimento da inicial, não se volta a um exame aprofundado da causa petendi exposta pelo autor em sua vestibular, servindo precipuamente, como já dito, como instrumento de defesa da própria jurisdição, evitando lides temerárias.

Poderíamos afirmar, sem medo, que, tal como se verifica na seara processual penal, deve o magistrado, neste momento, servir-se do princípio *in dubio pro societate*, não coartando, de forma perigosa, a possibilidade de êxito do autor em comprovar, durante o processo, o alegado na inicial.

Em outras palavras: se a petição contiver a narrativa dos fatos configuradores, em tese,

da improbidade administrativa, não se configura inépcia da inicial. Sob pena de esvaziar a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, sobretudo quando a descrição dos fatos é suficiente para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. (Nesse sentido: REsp nº 964.920/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 28/10/2008, DJe 13/03/2009.) (AgRg no REsp nº 1.204.965/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010).

Nesse diapasão:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA BEM DELIMITADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AFASTAMENTO DA SÚMULA Nº 7. PETIÇÃO INICIAL COM A DESCRIÇÃO DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL QUE IMPLICA EM VIOLAÇÃO AO ART. 17, § 8º, DA LEI Nº 8.429/92. NECESSIDADE DE AFERIÇÃO DA PRÁTICA DO ATO ÍMPROBO NA FASE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. I - Trata-se de ação civil pública cuja petição inicial imputou ao recorrido, então Presidente da Câmara Municipal de Petrópolis, a prática de ato de improbidade administrativa em função de peças publicitárias destinadas para fins diversos de divulgação de atos, programas, obras, serviços ou mesmo campanhas do Poder Legislativo, sem revelar qualquer caráter educativo, informativo ou de orientação social em seu bojo. (...) IV - A presença dos indícios da prática de ato de improbidade administrativa determina o recebimento da petição inicial em face, inclusive, do princípio do *in dubio pro societate* que se aplica nessa

fase processual para conferir maior proteção ao interesse público. Precedente: AgInt nos EDcl no REsp nº 1.596.890/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 24/05/2018. V - No curso do processo e somente após a fase de instrução é que se poderá concluir pela efetiva presença ou não do elemento volitivo necessário para o reconhecimento da prática do ato ímprobo imputado ao recorrido. Precedentes: AgInt no REsp nº 1.614.538/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017 e REsp nº 1.192.758/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 04/09/2014, DJe 15/10/2014. VI - Considera-se indevida, assim, a rejeição da petição inicial pelo juízo de primeiro grau e a confirmação dessa rejeição pelo Tribunal de origem, por violação ao art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92. VII - Agravo interno provido. (AgInt no REsp nº 1.606.709/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 22/06/2018).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. INDÍCIOS. VERIFICAÇÃO. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A presença de indícios do cometimento de ato de improbidade administrativa autoriza o recebimento da petição inicial da ação destinada à apuração e sanção das condutas ilícitas. Conforme o entendimento desta Corte Superior, essa fase processual é regida pelo princípio do *in dubio pro societate*. 2. No caso, o acórdão recorrido estabelece a existência desses indícios. A afirmação do contrário demanda o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula nº 7/

STJ. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp nº 1.563.455/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).

Verifica-se na exordial da Ação de Improbidade Administrativa que os fatos imputados à ora Agravante foram descritos com clareza; apontados os dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa então vigente – Lei nº 8.429/92 – reputados violados; e formulados pedidos congruentes com as causas de pedir próxima e remota, estando devidamente assegurados os direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório com vistas ao esclarecimento dos fatos no curso da instrução processual.

É o que se afere dos seguintes trechos da inicial trazidos à colação e que demonstram a observância dos requisitos acima comentados (índice 4 do proc. nº 0002743-66.2015.8.19.0029):

(...)

1) RESUMO DA DEMANDA:

Trata-se de ação de improbidade administrativa por ilícitos praticados pelos réus nas **contratações**, para fornecimento de alimentos para **merenda escolar**, da **empresa** D. S. C. L. M.M. , durante os **anos de 2006 e 2007**, resultantes das **Tomadas de Preço nº 22/06, 065/06, 067/06 e 15/07**, em frontal violação às normas das Leis 8.666/93 e 8.429/92, como se passa a expor:

(...)

III) DOS FATOS APURADOS NO IC 112/13 (MPRJ 2013.00449001)

O inquérito civil que instrui a presente demanda, instaurado para apurar irregularidades na ~~série~~ de contratações da empresa D. S. C. L. M.M.

M. , então sob gestão da P.N.C. , indica a prática de diversos ilícitos cometidos pelos réus entre os anos de 2005 e 2007.

Durante os três primeiros anos da primeira gestão da ex-P.N. , ou seja, de 2005 a 2007, a **empresa** D.S.

sagrou-se vencedora em, pelo menos, onze diferentes licitações da P.M. , sendo dez delas na modalidade Tomada de Preços e uma na modalidade Carta Convite (relação de empenhos às fls. 90/99).

(...)

Há, no entanto, ainda inúmeras contratações manifestamente ilegais. Não apenas se constata, em cada uma delas, sobrepreço dos serviços adquiridos como, principalmente, torna-se nítida a violação à lisura do processo licitatório, com fracionamento, direcionamento e ausência de publicidade dos diversos procedimentos licitatórios. Tais ilícitos ficam mais evidentes a partir de uma análise conjunta da diversos contratos, razão pela qual a presente ação civil pública visa a imposição das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8429/92 em face das ilegalidades constantes nos processos licitatórios das **Tomadas de Preços n° 22/06, 65/06, 67/06 e 15/07**.

(...)

A **Tomada de Preços 65/06**, cujo objeto era a aquisição de gêneros alimentares não perecíveis para alunos de escolas e creches municipais, resultou no contrato 087/06, firmado em 04.08.2006, com valor global de R\$ 646.938,84. Participaram da licitação a empresa D.S.C. LTDA e a empresa H.W.C. LTDA.

O corpo instrutivo do TCE, em processo n° 228.691-3/06, apurou diferença entre o valor praticado no mercado e aquele previsto no contrato, concluindo por superfaturamento no valor de **R\$ 194.380,52**, equivalente a 114.395,32 UFIR-RJ.

(...)

A **Tomada de Preços 15/07**, cujo objeto era a aquisição de gêneros alimentares não perecíveis para alunos de escolas e creches municipais, resultou no contrato 023/07, firmado em 02.04.2007, com valor global de R\$ 503.651,49. Participaram da licitação a empresa D. S. C. LTDA, a empresa H. W. LTDA e a empresa C. C. P. LTDA.

Também nessa licitação foi apurado superfaturamento pelo Tribunal de Contas, no processo n° 214.355-3/07. Ao total, apurou-se valor equivalente a **R\$ 77.268,03** em aquisição de gêneros alimentícios por valores superiores ao de mercado, ou 44.165,77 UFIR-RJ.

(...)

Verifica-se, portanto, que todas as licitações, ocorridas no intervalo de pouco mais de um ano entre elas, destinam-se à aquisição de alimentos para a merenda de alunos da rede municipal de escolas e creches de M. . para períodos de quatro meses. Este fracionamento temporal e de objetos é artificial e apenas visava a evitar a modalidade licitatória de maior competitividade e formalidade, que dificultaria o direcionamento desejado, isto é, a concorrência pública, exigível para compras acima de R\$ 650.000,00 (cf. art. 23, II, c, da Lei 8.666/93).

(...)

De fato, as diversas tomadas de preço sucessivas e fracionadas a cada |quadrimestre poderiam e deveriam ter sido reunidas através da realização de concorrência pública anualizada, não havendo razão aparente que justificasse o fracionamento de seu objeto.

Ou seja, tendo em visto a semelhança dos objetos, bem como a identidade dos licitantes, claro está que se trata de parcelas de uma mesma compra, que deveria ter sido considerada em sua integralidade quando da definição da modalidade de licitação, a exigir o uso da modalidade mais ampla da concorrência pública, e não tomada de preços, violando assim a vedação prevista no § 5° do artigo 23 da Lei 8666/23, a obrigação constitucional de licitação do artigo 37, XXI, incorrendo os réus, assim, em ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, VIII da Lei 8492/92.

Analisando os prcessos licitatórios 65/06, 67/06 e 15/07, cujas cópias integrais foram disponibilizadas pelo Município de M. (fl. 202), verifica-se outra ilegalidade. **Nenhum dos três editais de licitação foi publicado em jornal diário de grande circulação no Estado, a fim de cumprir a exigência do artigo 21, II e III, da Lei de Licitações. Em verdade, não foram publicados em lugar nenhum, nem mesmo em pequenos jornais locais**. Havia, apenas, publicação do extrato no Boletim de Informações Oficiais de M. - B. - M. - que, como se sabe, tampouco circulava regularmente durante a gestão N. . Tal expediente **impedia que empresas que já não tivessem conhecimento interno da licitação pudessem participar do certame**, limitando enormemente o número de empresas licitantes, como se comprova com a participação das mesmas duas empresas em quase todas as disputas.

Tal fato, por si só, já configura ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, incisos II e IV, violando os princípios constitucionais da legalidade e da publicidade (artigo 37 da CF). Visto em perspectiva com as demais ilegalidades praticadas, percebe-se verdadeira fraude do processo de licitação como um todo e maculacão aos arts. 10, *caput*, V e VIII da Lei 8.429/92.

(...)

Evidente, então, que houve direcionamento nas licitações em que a D. S. sagrou-se vencedora, e não apenas licitações objetos da presente ação civil pública, violando, assim, o princípio da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, frustrando a finalidade da obrigatoriedade constitucional de licitação (art. 37, XXI) e constituindo ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, I, V, VIII, X, XII e no artigo 11, I.

DA CONDUTA DE CADA RÉU E SUA TIPIFICAÇÃO:

Além das condutas já descritas, podê-se resumir a participação de cada réu da seguinte forma:

A primeira ré, N. C. , detinha o cargo de Prefeita Municipal à época dos fatos, sendo responsável por promover e coordenar cada uma das violações às leis 8.666/93 e 8.429/92 acima indicadas.

N. C. autorizava a abertura dos processos licitatórios, homologava o resultado das licitações viciadas e com objetos genéricos, e ordenava os pagamentos à contratada, promovendo e deixando de impedir o direcionamento da licitação e a ocorrência de dano ao erário. Ademais, retardou e omitiu a prestação de contas ao TCE-RJ acerca dos contratos celebrados.

A ré M. era Secretária Municipal de Educação de M. e, como tal, dava início às licitações com objetos genéricos, superestimados e de forma fracionada. Em vez de solicitar a abertura de licitação anual para o fornecimento de alimentos, solicitou por várias vezes, para períodos curtos de tempo, o fornecimento de gêneros alimentícios para serem montadas diversas e sucessivas tomadas de preço, com menor formalidade e publicidade (a superestimativa ocorria no limite do uso da modalidade de tomada de preço, que se repetia pouco tempo depois, ainda que os produtos não fossem entregues ou necessários), ciente de que as licitações eram viciadas pela absoluta falta de publicidade e pelo direcionamento para a empresa ré.

(...)

Ante todo o exposto, estão os réus incurso nos atos de improbidade dos **artigos 10, caput, e incisos I, V, VIII X e XII, e art. 11, caput, e incisos I, II, IV e VI da Lei 8.429/92**. Como consequência, pede o *Parquet* na presente demanda a aplicação das sanções previstas no art. 12 aos réus, bem como o integral

ressarcimento do dano causado ao erário, atualizado monetariamente. Em relação aos réus que comprovadamente hajam deixado cargos comissionados ou tenham tido seus mandatos eletivos extintos há mais de cinco anos, na forma do art. 23, I, da LIA, a demanda se resumirá ao pedido de ressarcimento ao erário do dano causado para o qual tenha direta ou indiretamente concorrido, em comunhão de ações e designios com os demais réus, pretensão que é imprescritível.

(...)

Requer, pois, o Ministério Público a *concessão inaudita altera parte* de medida de **indisponibilidade** dos bens dos 1º a 6º réus², inclusive através dos sistemas BACENJUD e RENAJUD, nos limites mínimos dos pedidos de ressarcimento ao erário infra, isto é, nos valores de:

a) N. A. e M. : **R\$ 912.952,43**, correspondente à conversão de 336.646,79 UFIR-RJ, soma total do superfaturamento apurado pelo Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, tomando por referência seu valor em 2015 (R\$ 2,7119);

b) M. - **R\$ 430.001,82 (ou 158.561,09 UFIR-RJ)**, relativos às TPs 65/06 e 15/07, onde M. atuou, comprovadamente;

c) T. - **R\$ 119.773,15 (ou 44.165,77 UFIR-RJ)**, relativo à TP 15/07, onde comprovadamente T. atuou;

Em suma, a ora Agravante foi denunciada porque teria, em tese, participado de processos licitatórios viciados com fincas ao fornecimento de gêneros alimentícios não perecíveis para alunos de escolas e creches do M.M., quais sejam: Tomadas de Preços nº 65/06 e 15/07, que teriam causado prejuízos ao erário de R\$ 194.380,52 e R\$ 77.268,03, respectivamente.

É certo que os fatos narrados na exordial da referida Ação de Improbidade Administrativa, por si sós, não comprovam de forma cabal a prática da improbidade administrativa em questão, mas representam indícios suficientes de tal prática.

Não se exige avaliação conclusiva e exauriente quanto à procedência dos fatos imputados à Ré, ora Recorrente, e/ou prova cabal do ato de improbidade no momento da distribuição da demanda – reservando-se sua análise para momento posterior à instrução processual, de

modo a assegurar o exercício das garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CF), mas apenas indícios/elementos probatórios suficientes que demonstrem a necessidade de seu processamento a fim de permitir sua apuração e prova efetiva e completa, porquanto é de interesse público o processamento da ação.

Reputa-se, em cognição sumária, presente a justa causa para o recebimento da inicial da ACP na hipótese presente, visto que existem indícios/elementos probatórios mínimos de cometimento de atos ímprobos a respaldar a necessidade de formação da relação processual a fim de que, em cognição exauriente, seja posteriormente averiguado o mérito da causa, inclusive a ausência de dolo e/ou dano ao erário.

Outrossim, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, então vigente, ou do art. 17, § 10-B, inc. I, da Lei nº 14.230/2021, a rejeição da demanda em juízo de delibação se limita às hipóteses em que o magistrado ficar convencido da inexistência do ato de improbidade, da im procedência da ação ou da inadequação da via eleita, o que não ocorreu na hipótese presente.

Nesse entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. ACÓRDÃO AFIRMOU O COMETIMENTO DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. PRESENÇA DE ELEMENTO SUBJETIVO. AFERIÇÃO DO DANO AO ERÁRIO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. RETORNO DOS AUTOS PARA JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

I - Trata-se, na origem, de agravo de instrumento, com pedido liminar de efeito suspensivo, contra decisão que recebeu a petição inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa. O Tribunal de Justiça do Estado

do Piauí conheceu do agravo de instrumento, rejeitando a preliminar de incompetência, e, no mérito, deu-lhe provimento, para determinar o trancamento da ação de improbidade, ante a constatação de inexistência do ato ímprobo que justifique o seu processamento.

II - Cinge-se a insurgência recursal à tese de juízo de admissibilidade com relação à ação de improbidade administrativa, nos termos do art. 17 da Lei nº 8.429/1992.

III - Oportuno salientar que prevaleceu o entendimento na origem quanto à rejeição da inicial, sob o fundamento, em síntese, de ausência de substrato fático, sequer indiciário, da prática de atos de improbidade administrativa.

IV - Convém destacar que na exordial os fatos imputados foram descritos com clareza, bem como constaram os dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa reputados violados, e, ainda, foram formulados pedidos congruentes com as causas de pedir próxima e remota.

V - Por consequência, está-se diante de inicial apta, estando devidamente assegurados os direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório para o esclarecimento dos fatos durante a instrução. A propósito: AgRg no REsp nº 1.204.965/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010.

VI - Não se pode olvidar, ainda, que nessa fase inaugural do processamento de ação civil pública por improbidade administrativa vige o princípio do *in dubio pro societate*. Significa dizer que, caso haja apenas indícios da prática de ato de improbidade administrativa, ainda assim se impõe a apreciação de fatos apontados como ímprobos. Nesse sentido: AgInt no REsp nº 1.614.538/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 16/02/2017,

DJe 23/02/2017. Nesse mesmo sentido, o parecer do *Parquet* federal.

VII - Destarte, impõe-se a reforma do acórdão, com o consequente recebimento da exordial.

VIII - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp nº 1.308.103/PI, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 15/04/2019).

Quanto à prescrição, embora o E. STF não tenha julgado inconstitucional o dispositivo da novel legislação que passou a prever a prescrição intercorrente, determinou sua irretroatividade, de modo que sejam aplicadas as alterações promovidas no § 8º do art. 23 da Lei nº 14.230/2021 apenas a partir de 25/10/2021, sendo certo que a demanda originária foi distribuída em 30/03/2015.

Nesse diapasão, a análise da prescrição na hipótese presente deve ser feita à luz da legislação de antanho, qual seja, nos termos da Lei nº 8.429/92, sem as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021, assistindo razão à i. Procuradoria de Justiça, visto que para os sujeitos ativos do ato de improbidade considerando a natureza do vínculo de cada agente com a Administração, (...), quando a natureza do vínculo jurídico do agente público é temporária, a prescrição é quinquenal e é contada a partir do dia seguinte à dissolução ou ao término do mandato, cargo em comissão ou função de confiança exercida. Considerando, assim, a qualidade do agente para a fixação da prescrição, ainda quando ocorra a hipótese de concurso, o prazo é computado individualmente, conforme orienta a jurisprudência (...) do E. Superior Tribunal de Justiça.

Precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.035, § 5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DOS ARTS.

10, 11 E 17, § 8º, E 23, I, TODOS DA LEI Nº 8.429/92. PREJUDICADA A ANÁLISE DA VIOLAÇÃO DO § 5º DO ARTIGO 1.035 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL SE DÁ NA EXTINÇÃO DO VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DO CONVÊNIO FIRMADO PELA AUTARQUIA FEDERAL. ENFRENTAMENTO DAS ALEGAÇÕES ATINENTES À CARACTERIZAÇÃO OU NÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DEMANDAM INCONTESTE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO STJ.

I - Na origem, trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Na sentença, foi julgado extinto o processo sem resolução de mérito em razão do indeferimento da petição inicial. No Tribunal *a quo*, a sentença foi parcialmente reformada cassar a sentença e, recebendo a petição inicial, determinar o regular prosseguimento do feito.

II - Alega o recorrente a violação do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil e dos arts. 10, 11 e 17, § 8º, e 23, I, todos da Lei nº 8.429/92.

III - Reputo prejudicada a análise da violação do § 5º do artigo 1.035 do Código de Processo Civil, porquanto o Supremo Tribunal Federal decidiu o mérito do RE nº 852.475/SP, julgado sob o rito da repercussão geral (Tema nº 897) e publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 25 de março de 2019.

IV - No que tange à contagem do prazo prescricional estabelecido no inciso I do art. 23 da Lei nº 8.429/92, a jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento de que o termo inicial, em se tratando de cargo comissionado, é o da extinção do vínculo com a

Administração Pública. Nesse sentido: AgInt no REsp nº 1.633.525/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 08/06/2017, DJe 14/06/2017.

V - Uma vez que o recorrente permaneceu vinculado ao Governo do Distrito Federal, sendo realocado para outro cargo em comissão, fato não negado em seu recurso especial, agiu acertadamente o Tribunal de Justiça de origem ao considerar como *dies a quo* a data da exoneração do recorrente do segundo cargo comissionado para o qual foi nomeado.

VI - Averiguando o Tribunal *a quo* a presença de fatos indícios de irregularidades na execução do convênio firmado pela autarquia federal, o enfrentamento das alegações atinentes à caracterização ou não de atos de improbidade administrativa descritos nos arts. 10 e 11 da Lei nº 8.429/1992, sob as perspectivas objetiva - de existência ou não de prejuízo ao erário e de violação ou não de princípios da administração pública - e subjetiva - consubstanciada pela existência ou não de elemento anímico -, demandam incontestes revolvimento fático-probatório.

VII - Em consequência, o conhecimento das referidas argumentações não supera o óbice do verbete sumular nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, impossibilitando a apreciação do recurso sobre essa questão.

VIII - Na fase inaugural do processamento de ação civil pública por improbidade administrativa, vige o princípio do *in dubio pro societate*. Significa dizer que, caso haja apenas indícios da prática de ato de improbidade administrativa, ainda assim se impõe a apreciação de fatos apontados como ímprobos, razão pela qual não procede a reclamação do recorrente de ofensa ao art. 17 da Lei nº 8.429/92. A propósito do tema, veja-se o seguinte julgado desta

Corte: AgInt no AREsp nº 1.305.372/MS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 12/04/2019.

IX - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp nº 1.762.162/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 01/10/2019, DJe 03/10/2019).

À luz do acima exposto, tendo em vista o lapso temporal entre a exoneração da ora Agravante do cargo público de Secretária Municipal de Educação do M.M. – em 01/06/2007 (índex 000075 do proc. nº 0002743-66.2015.8.19.0029 – e a distribuição da presente demanda – em 30/03/2015 (índex 000004) – superior ao lustro prescricional, insculpido no art. 23, inc. I, da Lei nº 8.429/92, aplicável à hipótese presente, verifica-se a prescrição em relação às penalidades que não se refiram ao ressarcimento do erário, insculpidas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, em decorrência das condutas imputadas à ora Agravante na inicial, quais sejam: arts. 10, *caput*, e incs. I, V, VIII X e XII, e art. 11, *caput*, e incs. I, II, IV e VI, ambos da Lei nº 8.429/92.

Ressalta-se a imprescritibilidade do ressarcimento de dano ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei nº 8.429/92 (RE nº 636.886, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-157 DIVULG 23/06/2020 PUBLIC 24/06/2020), e que a declaração da prescrição das sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa não impede o prosseguimento da demanda quanto à pretensão de ressarcimento dos danos causados ao erário (Tema Repetitivo nº 1.089 - STJ, REsp nº 1.331.203/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Primeira Turma, DJe de 11/04/2013). Em igual sentido: STJ, AgInt no REsp nº 1.518.310/SE, Rel. p/ acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES,

Primeira Turma, DJe de 01/07/2020; REsp nº 732.285/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 21/11/2018; AgRg no AREsp nº 160.306/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe de 16/04/2015; REsp nº 1.289.609/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, DJe de 02/02/2015; AgRg no REsp nº 1.427.640/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 27/06/2014; REsp nº 1.304.930/AM, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 28/08/2013; AgRg no REsp nº 1.287.471/PA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe de 04/02/2013; EREsp nº 218.202/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Seção, DJe de 28/09/2012; REsp nº 1.089.492/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 18/11/2010; REsp nº 928.725/DF, Rel. p/ acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe de 05/08/2009.

De outra banda, a irresignação recursal quanto à indisponibilidade de bens se baseia na alegada descaracterização do perigo na demora em razão do lustro entre a primeira decisão que determinou a constrição – proferida em abril de 2015, em sede liminar, no início da demanda (índex 000004 do proc. nº 0002743-66.2015.8.19.0029) – e a decisão ora inquinada – proferida 5 anos depois, que recebeu a inicial, manteve a constrição e determinou a citação dos réus, entre eles a ora Agravante (índex 2170 do mesmo processo).

Consoante ressaltado pela i. Procuradoria de Justiça, a ora Agravante já havia se irresignado quanto à primeira decisão de indisponibilidade de bens por meio do Agravo de Instrumento nº 0021848-19.2015.8.19.0000, mantida em sede recursal, consoante ementa ora colacionada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DA RÉ.

1. Possibilidade de tornar indisponíveis os bens do réu nos autos da ação civil pública, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.429/92. Necessidade da presença dos pressupostos autorizadores da medida cautelar: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

2. Entendimento do E. STJ de que, em casos de improbidade administrativa por imputação de conduta ímproba, o *periculum in mora* está implícito no art. 7º da Lei nº 8.429/92 - AgRg nos EREsp nº 1.315.092/RJ - Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Órgão Julgador S1 - Primeira Seção - Julgamento 22/05/2013.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(0021848-19.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS - Julgamento: 24/02/2016 - DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL).

É consabida a possibilidade de afastamento da indisponibilidade de bens, caso haja fundamento em (...) longo tempo decorrido entre o bloqueio e o (não) desfecho da ação principal, consoante precedente do Tribunal da Cidadania - REsp nº 1.189.353/ES, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/Acórdão Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 27/10/2016. Exsurge da leitura do voto vencedor do referido precedente, de lavra do eminente Ministro SÉRGIO KUKINA, que a hipótese presente *mutatis mutandis* se amoldaria àquela então analisada pelo referido Sodalício, admitindo-se a manutenção da constrição a depender de circunstâncias do caso concreto.

Eis os termos do referido voto vencedor, em oposição ao voto vencido de lavra do eminente Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, que afastava a indisponibilidade de bens em razão do decurso do tempo:

(...) Quanto à indisponibilidade de bens propriamente dita, com a máxima vênia, ousou divergir do eminente Ministro NAPOLEÃO. Explico.

Ao verificar o andamento do processo, constatei que se trata de uma ação marcada por alguns incidentes. Houve, a tal propósito, discussão em torno da competência, porque a ex-prefeita, ora recorrente, tornou-se deputada em certo momento, o que ensejou questionamento acerca do deslocamento da ação para o Tribunal de Justiça. Afora isso, somaram-se outros entraves decisoriais, que deram ensejo a novos agravos de instrumento. Com base nisso tudo é que, na origem, no âmbito da ação principal, o processo, de fato, ainda não logrou chegar a seu termo final.

Tal entendimento foi adotado na alentada decisão recorrida, *in verbis* (índice 2170 do proc. nº 0002743-66.2015.8.19.0029, f. 2181):

(...) Finalmente, quanto ao pleito de revogação do decreto de indisponibilidade de bens (IE 2129/2140), impende assinalar que a demora na tramitação processual não decorre de desídia imputável à parte autora ou ao próprio mecanismo da justiça, mas à COMPLEXIDADE DA CAUSA, a envolver INÚMERAS DILIGÊNCIAS PERANTE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E ÓRGÃOS PÚBLICOS no sentido da implementação de medidas cautelares destinadas à quebra de sigilo fiscal/bancário e à garantia da reparação de vultoso dano ao erário, além de diversas providências voltadas à LOCALIZAÇÃO e à NOTIFICAÇÃO DE VÁRIOS LITISCONSORTES PASSIVOS. Diante de hipóteses análogas, a jurisprudência do TJRJ tem rechaçado a revogação da medida cautelar tão somente com base na duração do processo.

O decurso do tempo, por si só, à luz do entendimento jurisprudencial referido não tem o

condão de derruir a indisponibilidade dos bens da ora Agravante, visto que a alargada tramitação processual decorre das diversas diligências determinadas pelo d. Juízo *a quo* nos autos da demanda principal à luz de suas peculiaridades – expedição de ofícios a instituições financeiras, mandados de notificação, carta precatória e edital de citação – entre a primeira decisão que determinou a constrição e a ora inquinada (índices 179/667, 672, 685/690, 697, 698, 705, 720, 723, 744, 746, 747, 2050, 2107/2110, 2119, 2122, 2127, 2168 todos do proc. nº 0002743-66.2015.8.19.0029).

Todavia, a Lei nº 14.230/2021 modificou o tratamento concedido ao instituto da indisponibilidade de bens. Segundo o § 3º do art. 16 da novel legislação de regência, não mais existe a lógica do perigo presumido de dano para fins de indisponibilidade de bens, sujeitando-se a constrição à efetiva demonstração do perigo da demora para fins do seu deferimento, *in verbis*:

Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito. (...)

§ 3º O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o *caput* deste artigo apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

Outrossim, ficou consignado no voto condutor do recentíssimo entendimento do Pretório Excelso a respeito das modificações legislativas operadas na Lei nº 8.429/92 pela Lei nº 14.230/2021,

de lavra do eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES, que (...) Não cabe, neste precedente de repercussão geral, analisar a compatibilidade de todas as inovações com a Constituição de 1988.

O ponto essencial é: aceitando-se a premissa de que tais normas são mais benéficas ao réu, se comparadas com as da Lei nº 8.429/1992, definir se as regras da Lei nº 14.230/2021 atinentes ao dolo e à prescrição incidem quanto a fatos e a ações a ela anteriores.

Os demais e importantes assuntos trazidos em memoriais e nas sustentações orais, tais como as alterações do artigo 11, mudanças procedimentais, autonomia de instâncias serão debatidos e decididos em ações próprias, várias delas já ajuizadas perante esse SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ARE nº 843.989/PR).

Ainda na esteira do referido voto condutor, a Constituição de 1988, portanto, constitucionalizou regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS), que deixou de somente regular a relação administrado/administração, passando a ter princípios e valores próprios de regência da legalidade e moralidade na atuação do Poder Público.

(...)

É nesse sentido que deve ser entendido e interpretado o denominado “Direito Administrativo Sancionador (DAS)”, que é sub-ramo do Direito Administrativo e consiste na “expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado” (GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. “Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da Constituição de 1988”. *Revista Estudos Institucionais*, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021, p. 468).

Diferentemente do Direito Penal, que materializa o *ius puniendi* na seara judicial, mais precisamente no juízo criminal, o Direito Administrativo Sancionador tem aplicação no exercício do *ius puniendi* administrativo, sendo ambas expressões do poder punitivo estatal, porém representando sistemas sancionatórios que “não guardam similitude de lógica operativa” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. "Direito Administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades". *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 22, n° 120, p. 83-126, mar./abr., 2020, p. 90).

Na impossibilidade de aplicação do Direito Penal ao sistema de improbidade, por expressa determinação constitucional que prevê responsabilidades diversas (CF, art. 37, § 4º), a nova lei optou, expressamente, por estabelecer a aplicação do Direito Administrativo Sancionador no âmbito do sistema de improbidade administrativa, reforçando a natureza civil do ato de improbidade.

E o fez, para garantir um maior rigor procedimental nas investigações e uma maior efetividade na aplicação do contraditório e ampla defesa.

Na presente hipótese, portanto, para a análise da retroatividade ou irretroatividade, não da norma mais benéfica trazida pela Lei n° 14.230/2021 – revogação do ato de improbidade administrativa culposo –, o intérprete deverá, obrigatoriamente, conciliar os seguintes vetores:

(1) A natureza civil do ato de improbidade administrativa definida diretamente pela Constituição Federal;

(2) A constitucionalização, em 1988, dos princípios e preceitos básicos, regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS);

(3) A aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador ao sistema de improbidade administrativa por determinação legal;

(4) Ausência de expressa previsão de “anistia geral” aos condenados por ato de improbidade administrativa culposo ou de “retroatividade da lei civil mais benéfica”;

(5) Ausência de regra de transição.

A análise conjunta desses vetores interpretativos nos conduz à conclusão de que o princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.

O inciso XL deve ser interpretado em conjunto com o inciso XXXVI, ambos do artigo 5º da Constituição Federal.

Em regra, a lei não deve retroagir, pois “não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, inclusive no campo penal, salvo, excepcionalmente, quando se tratar de lei penal mais benéfica, quando então “retroagirá para beneficiar o réu”. Trata-se, portanto, de expressa e excepcional previsão constitucional de retroatividade.

O art. 6º da LINDB também estatui a irretroatividade das leis, ao estabelecer que:

“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Portanto, a retroatividade das leis é hipótese excepcional no ordenamento jurídico, sob pena de ferimento à segurança e estabilidade jurídicas; e, dessa maneira, inexistindo disposição expressa na Lei nº 14.230/2021, não há como afastar o princípio do *tempus regit actum*.

A norma constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas desse ramo do Direito, o qual está vinculado à liberdade do criminoso (princípio do favor *libertatis*), fundamento inexistente no Direito Administrativo Sancionador, sendo, portanto, regra de exceção, que deve ser restritivamente, prestigiando-se a regra geral da irretroatividade da lei e a preservação dos atos jurídicos perfeitos; principalmente porque no âmbito da jurisdição civil, impera o princípio *tempus regit actum*.

Nesse sentido, RAFAEL MUNHOZ DE MELLO afirma que:

"(...) não se pode transportar para o Direito Administrativo Sancionador a norma penal da retroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva", pois "não há no Direito Administrativo sancionador o princípio da retroatividade da lei benéfica ao infrator". É que o dispositivo constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica "funda-se em peculiaridades únicas do Direito Penal, inexistentes no Direito Administrativo Sancionador"(Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 154- 155).

(...)

Ressalte-se, entretanto, que apesar da irretroatividade, em relação à redação anterior da LIA, mais severa por estabelecer a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa

em seu artigo 10, vige o princípio da não ultra-atividade, uma vez que não retroagirá para aplicar-se a fatos pretéritos com a respectiva condenação transitada em julgado, mas tampouco será permitida sua aplicação a fatos praticados durante sua vigência, mas cuja responsabilização judicial ainda não foi finalizada.

Isso ocorre pelo mesmo princípio do *tempus regit actum*, ou seja, tendo sido revogado o ato de improbidade administrativa culposo antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, não é possível a continuidade de uma investigação, de uma ação de improbidade ou mesmo de uma sentença condenatória com base em uma conduta não mais tipificada legalmente, por ter sido revogada.

Não se trata de retroatividade da lei, uma vez que todos os atos processuais praticados serão válidos, inclusive as provas produzidas – que poderão ser compartilhadas no âmbito disciplinar e penal –, bem como a ação poderá ser utilizada para fins de ressarcimento ao erário.

Entretanto, em virtude ao princípio do *tempus regit actum*, não será possível uma futura sentença condenatória com base em norma legal revogada expressamente.

Consigna-se que a indisponibilidade de bens inquinada tem natureza de medida assecuratória do resultado útil da tutela jurisdicional visando à reparação do dano ao erário.

Outrossim, o fato de a decisão recorrida, tendo em vista sua natureza precária, ter sido proferida anteriormente à alteração legislativa em comento, não afasta a aplicação da nova norma legal, por se tratar de medida assecuratória do resultado útil da tutela jurisdicional, portanto passível de reapreciação a qualquer momento durante a tramitação processual, e à luz de fato novo que recomende tal providência.

Ocorre que a novel legislação traz novo parâmetro para o deferimento da indisponibilidade de bens em sede de Ação de Improbidade Administrativa – não mais existindo a lógica do perigo presumido de dano, sujeitando-se a constrição à efetiva demonstração do perigo da demora para fins do seu deferimento.

Ressalta-se que a questão ora em análise não foi enfrentada, na esteira do voto condutor do eminente Ministro ALEXANDRE DE MOARES, no precedente em tela (ARE nº 843.989/PR), repita-se, nos seguintes termos:

Não cabe, neste precedente de repercussão geral, analisar a compatibilidade de todas as inovações com a Constituição de 1988.

O ponto essencial é: aceitando-se a premissa de que tais normas são mais benéficas ao réu, se comparadas com as da Lei nº 8.429/1992, definir se as regras da Lei nº 14.230/2021 atinentes ao dolo e à prescrição incidem quanto a fatos e a ações a ela anteriores.

Os demais e importantes assuntos trazidos em memoriais e nas sustentações orais, tais como as alterações do artigo 11, mudanças procedimentais, autonomia de instâncias serão debatidos e decididos em ações próprias, várias delas já ajuizadas perante esse SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Eis a motivação do capítulo da decisão inquinada que manteve a indisponibilidade de bens em desfavor da ora Agravante:

Finalmente, quanto ao pleito de revogação do decreto de indisponibilidade de bens (IE 2129/2140), impende assinalar que a demora na tramitação processual não decorre de desídia imputável à parte autora ou ao próprio mecanismo da justiça, mas à COMPLEXIDADE DA CAUSA, a envolver INÚMERAS DILIGÊNCIAS PERANTE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS E ÓRGÃOS PÚBLICOS no sentido da implementação de medidas cautelares destinadas a quebra de sigilo fiscal/bancário e à garantia da reparação de vultoso dano ao erário, além de diversas providências voltadas à LOCALIZAÇÃO e à NOTIFICAÇÃO DE VÁRIOS LITISCONSORTES PASSIVOS. Diante de hipóteses análogas, a jurisprudência do TJRJ tem rechaçado a revogação da medida cautelar tão somente com base na duração do processo.

(...)

Ex postis, não estando convencido das hipóteses legais do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92, RECEBO A INICIAL. Outrossim, MANTENHO O DECRETO DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DOS DEMANDADOS, nos termos do provimento de IE 39.

Verifica-se que o capítulo da decisão agrava-da, proferida antes da Lei nº 14.230/21, refe-

rente à indisponibilidade de bens em desfavor da ora Recorrente, não consigna satisfatoriamente quais elementos objetivos configuram risco à satisfação do direito perseguido em juízo, à luz do insculpido no § 3º do art. 16 da novel legislação de regência, em que não mais existe a lógica do perigo presumido de dano para fins de indisponibilidade de bens, sujeitando-se a constrição à efetiva demonstração do perigo da demora para fins do seu deferimento.

Exsurge que a decisão recorrida carece de motivação quanto à manutenção, ou não, da constrição inquinada, não tendo como subsistir à luz da novel legislação, impondo-se a reapreciação pelo d. Juízo *a quo* da constrição inquinada à luz do insculpido no § 3º do art. 16 da Lei nº 14.230/21, visto que a jurisdição em questão tangencia fatos e não apenas direito, sob pena de supressão de instância e em prestígio aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse entendimento:

0060439-40.2021.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Des(a). WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS - Julgamento: 31/08/2022 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Agravo de instrumento. Ação de improbidade administrativa. Irresignação contra a decisão que decretou indisponibilidade de bens. Interesse recursal que perdura apesar da redução do valor tornado indisponível. Procurador de Justiça que, na sessão de julgamento, em sustentação oral, reconsidera o parecer lançado nos autos para concluir que, em razão das alterações que a Lei nº 14.230/21 introduziu na Lei de Improbidade, o Juízo deveria reapreciar o pleito de indisponibilidade de bens à luz das novas regras, para se evitar eventual nulidade. Reconhecimento da retroatividade *in mellius* da alteração legislativa em questão que

prestígia os princípios da ampla defesa e do contraditório. Decisão atacada que é anulada para que nova decisão, fundamentada, seja proferida acerca do pedido de indisponibilidade de bens. Efeitos da indisponibilidade que por ora são preservados até que advenha nova decisão que será proferida pelo Juízo, que deverá intimar a parte ré a se pronunciar nos autos antes de reapreciar o pleito de indisponibilidade. Recurso conhecido e parcialmente provido.

0014478-42.2022.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Des(a). MARCO ANTONIO IBRAHIM - Julgamento: 03/08/2022 - QUARTA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO AO ERÁRIO. ARTS. 10, I E V DA LEI Nº 8.429/92. MUNICÍPIO DE CABO FRIO. AÇÃO PROPOSTA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 14.230/2021. DECISÃO AGRAVADA QUE PROMOVE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DE UMA DAS RÊS, CUJO SÓCIO-GERENTE FIGURA NO POLO PASSIVO E CONTRA QUEM OBJETIVA-SE RESPONSABILIZAÇÃO DISTINTA DA SOCIEDADE; BEM COMO TORNA SEM EFEITO DECISÃO QUE HAVIA LEVANTADO A ORDEM DE INDISPONIBILIDADE DE FORMA GENÉRICA, POR CONTA DO DECIDIDO NO AI Nº 0008968-48.2022.8.19.0000, RESERVANDO-A AO SÓCIO-GERENTE, FAZENDO-A INCIDIR SOBRE AS CONTAS BANCÁRIAS DO ÚLTIMO. INCONFORMISMO DO SÓCIO QUE ACENA (I) A *PRECLUSÃO PRO JUDICATO*; (II) QUE NÃO SE CLASSIFICA COMO TERCEIRO, NOS TERMOS DO ART. 3º, § 1º DA LEI Nº 8429/92; (III) A NULIDADE DO CAPÍTULO REFERENTE À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, PORQUANTO NÃO OBSERVADOS O CONTRADITÓRIO PRÉVIO E OS REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO; E (IV) QUE A ORDEM DE INDISPONIBILIDADE DE BENS PRE-

VISTA NO ART. 16, § 11 DA LEI Nº 8.429/92 FOI VIOLADA. ACOLHIMENTO PARCIAL. 1- A *preclusão pro judicato* não tem lugar no caso concreto. Isso porque o julgador possui o dever de saneamento permanente do processo, com o qual devem as partes colaborar (art. 6º do CPC). Assim, ao reconsiderar a decisão que determinou o levantamento da indisponibilidade para todos os réus (item 2 da decisão agravada), o fez certo de que a antecipação da tutela recursal no AI nº 0008968-48.2022.8.19.0000 estaria reservada apenas à pessoa jurídica, como constou expressamente da liminar. 2- Sobressai do exame do § 7º, do art. 16 da Lei nº 8.429/92, que quando o ato ímprobo é imputado a pessoa jurídica a indisponibilidade deve recair sobre os bens dos gestores responsáveis pelo ilícito, decretando-se a desconsideração da personalidade jurídica, como forma de preservação da fonte produtora (art. 12, § 3º da Lei nº 8.429/92), exceto se tal gestor integrar o polo passivo. Nesse caso, a doutrina orienta-se pela desnecessidade da aplicação da teoria da *disregard of legal entity*. Afinal, sendo o sócio parte na ação de improbidade, em que se persegue sua responsabilização pessoal, esta recairá diretamente sobre seus bens. 3- No caso, o agravante se inclui na parte final da previsão contida no § 1º do art. 3º da Lei nº 8.429/92, pois busca-se sua responsabilização direta pela lesão ao erário, distinta da pessoa jurídica da qual é sócio. 4- Logo, não há interesse-utilidade na desconsideração da personalidade jurídica da sociedade demandada. 5- No tocante à cautelar de indisponibilidade de bens, tal como consignado no AI nº 0008968-48.2022.8.19.0000, o capítulo da decisão agravada que o decretou deve ser reformado. Isso porque, como lá exposto, o art. 16 da Lei nº 8.429/92 elenca como requisito para a concessão da indisponibilidade inaudita altera parte a demonstração de que o contraditório prévio pode comprovadamente frustrar a efetividade da medida ou que existam

outras circunstâncias capazes de recomendar a proteção liminar, não podendo a urgência ser presumida. 6- No caso, a inicial não descreve de forma precisa nenhuma justificativa substancial além de meras alegações quanto à possibilidade de dilapidação patrimonial, o que diante da nova realidade introduzida pela Lei nº 12.230/2021 é absolutamente insuficiente para a concessão da tutela provisória requerida pelo *parquet*. 7- Ademais, a doutrina é consonante ao destacar que a intensidade da ofensa à moralidade administrativa nada tem a ver com o *periculum in mora*, muito menos autoriza o desprezo às garantias constitucionais, das quais sobressaem o contraditório e a ampla defesa, postostos sem nenhuma justificativa plausível pelo julgador de primeiro grau. 8- Dessa forma, é o recorrente alcançado pela regra expressa no art. 1.005 do CPC, porquanto coincidentes os seus interesses com os da pessoa jurídica também demandada. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

Diante do exposto, voto pelo PARCIAL PROVIMENTO do recurso para, à exceção do pleito de ressarcimento de dano ao erário, reconhecer a improcedência dos pedidos em relação às penalidades previstas no art. 12 da LIA imputadas à ora Agravante em razão da prescrição, nos termos do art. 487, inc. II, do CPC/2015, deixando de condenar o *Parquet*, ora Agravado, aos ônus sucumbenciais, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/1985, CASSANDO, DE OFÍCIO, o capítulo da decisão recorrida que manteve a indisponibilidade de bens em desfavor da ora Recorrida a fim de que o d. Juízo *a quo* analise a questão da constrição à luz do novo paradigma estabelecido na Lei nº 14.230/2021.

RIO DE JANEIRO, 19 DE OUTUBRO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS
RELATOR**

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. BEM REGISTRADO EM NOME DE TERCEIRO. INADIMPLÊNCIA E CONSTITUIÇÃO DA DEVEDORA EM MORA. SÚMULAS Nº 72 E Nº 92 DO STJ. SÚMULAS Nº 55 E Nº 283 DO TJRJ. CONTRATO VÁLIDO ENTRE AS PARTES DESDE A SUA FORMAÇÃO. RESPALDO DAS MEDIDAS JUDICIAIS PARA RESGUARDAR EVENTUAL DIREITO DE TERCEIRO ADQUIRENTE.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLÊNCIA DA DEVEDORA. DECISÃO QUE INDEFERE A LIMINAR EM RAZÃO DE ESTAR O BEM REGISTRADO EM NOME DE TERCEIRO. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA QUE PROCEDE. LEVANTAMENTO DA SUSPENSÃO DETERMINADA PELO RELATOR DOS RESP Nº 1.951.888-RS E Nº 1.951.662-RS (TEMA Nº 1.132). AVISO DE RECEBIMENTO/AR ENVIADO AO ENDEREÇO RESIDENCIAL INFORMADO PELA RÉ NO CONTRATO E QUE FOI PELA PRÓPRIA RECEBIDO. MORA DA RÉ COMPROVADA - SÚMULA Nº 72 STJ, SÚMULAS Nº 55 E Nº 283 TJRJ. CONTRATO QUE É VÁLIDO ENTRE AS PARTES CONTRATANTES DESDE A SUA FORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE ANOTAÇÃO DO NOME DA DEVEDORA NO CERTIFICADO DE REGISTRO DO VEÍCULO QUE NÃO É CAUSA BASTANTE PARA O INDEFERIMENTO DA LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO DO BEM. EVENTUAL DIREITO DE TERCEIRO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ QUE DEVERÁ SER RESGUARDADO ATRAVÉS DAS MEDIDAS JUDICIAIS PERTINENTES. SÚMULA Nº 92 DO STJ. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE CIDADÃ E DESTE TRIBUNAL FLUMINENSE. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de Agravo de Instrumento nº 0064835-26.2022.8.19.0000, com pedido de tutela re-

cursal, interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Barra do Piraí, que, em sede de ação de busca e apreensão de veículo de nº 0801797-86.2022.8.19.0006, proposta por B. I. S. A. em face de A. M. A., indeferiu a liminar por estar o bem registrado em nome de terceiro, e foi lançada nos seguintes termos:

“Não obstante os argumentos expostos pelo autor na petição inicial, impõe-se o indeferimento da liminar de busca e apreensão uma vez que o veículo encontra-se em nome de terceiro estranho à lide (id. 24773548), presumidamente de boa-fé, como proprietário do veículo, não lhe sendo, assim, oponível a alienação fiduciária, conforme se verifica do entendimento consagrado na Súmula nº 92 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

" A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor."

Dessa forma, em juízo de cognição sumária, não se justifica a busca e apreensão do veículo que pertence a terceiro de boa-fé que não integra a lide e que não anuiu à alienação da propriedade em fidúcia.

(...)

Isto posto, INDEFIRO por ora a liminar.

Cite-se no endereço indicado na inicial.”

Irresignado, recorreu o autor sustentando que a ré está inadimplente com suas obrigações contratuais e que encaminhou a notificação para sua constituição em mora para o endereço por ela informado no contrato. Disse que apresentou o contrato firmado entre as partes e o registro do gravame junto ao Departamento de Trânsito, não obstante o deferimento da liminar o fato de estar o veículo em nome de terceiro, e que poderá discutir a questão, se for o caso, por meio de embargos.

Em razão do exposto, requereu a antecipação da tutela recursal para que seja deferida a liminar e, ao final, a reforma da decisão.

Vistos e examinados, passo a decidir.

O recurso encontra-se apto para julgamento monocrático, sem a oitiva da parte contrária, eis que não foi ela citada.

Para a concessão da liminar em ação de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei nº 911/1969 devem ser atendidos dois requisitos: o inadimplemento do contrato e a comprovação da mora, nos seguintes termos:

Art. 3º. O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.

Sobre a caracterização da mora, dispõe o § 2º do artigo 2º do referido diploma legal, *verbis*:

Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)

§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que

a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário.

Infere-se, portanto, que a comprovação da mora se dá por meio da notificação extrajudicial do devedor, realizada por intermédio de carta registrada enviada com aviso de recebimento, no endereço constante no contrato ou no seu novo endereço residencial.

A comprovação e validade da constituição em mora do devedor é requisito essencial para o deferimento da liminar de busca e apreensão, conforme, inclusive, o enunciado 72 da súmula do STJ, *in verbis*:

“A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.”

Nesse sentido, o verbete sumular nº 55 deste TJRJ:

Na ação de busca e apreensão, fundada em alienação fiduciária, basta a carta dirigida ao devedor com aviso de recebimento entregue no endereço constante do contrato, para comprovar a mora, e justificar a concessão de liminar.

No mesmo diapasão é o enunciado 283 da súmula deste Tribunal:

“A comprovação da mora é condição específica da ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.”

Pois bem. A Corte Cidadã, nos autos dos REsp nº 1.951.888-RS e nº 1.951.662-RS, da Relatoria do Ministro MARCO BUZZI, afetou a questão sobre os requisitos para validade da notificação extrajudicial nos contratos garantidos por alienação fiduciária (Tema nº 1.132), tendo, contudo, levantado a ordem de suspensão do

processamento dos processos (individuais e coletivos) em âmbito nacional que estava em vigor, motivo pelo qual não há óbice ao julgamento deste recurso. Veja-se:

“PROPOSTA DE AFETAÇÃO - RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS - TEMÁTICA - COMPROVAÇÃO DA MORA - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL - ENTREGA NO ENDEREÇO DO DEVEDOR - NECESSITA, OU NÃO, DE RECEBIMENTO PESSOAL PELO DESTINATÁRIO.

1. Delimitação da controvérsia: 1.1. Definir se, para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente, ou não, o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual, dispensando-se, por conseguinte, que a assinatura do aviso de recebimento seja do próprio destinatário.

2. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DO ART. 1.036, CPC/2015.”

“[...] 3. Ante o exposto, voto no sentido de: a) afetar o presente recurso ao rito do art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015; b) determinar a suspensão do processamento de todos os feitos e recursos pendentes que versem sobre idêntica questão e que tramitem no território nacional, nos termos do art. 1.037, II, do CPC/2015; [...]”

“QUESTÃO DE ORDEM - AFETAÇÃO AO RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS - TEMA Nº 1.132 - COMPROVAÇÃO DA MORA - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL - ENTREGA NO ENDEREÇO DO DEVEDOR - NECESSITA, OU NÃO, DE RECEBIMENTO PESSOAL PELO DESTINATÁRIO - AFASTAMENTO DA DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO/SOBRESTAMENTO DO PROCESSAMENTO DE TODOS OS FEITOS E RECURSOS PENDENTES ATINENTES À MATÉRIA AFETADA. 1. A afetação

ao rito dos repetitivos, por expressa previsão legal, contida nos artigos 1.037, II, c/c 1.036, § 1º, do CPC/15, não impede o julgador originário de apreciar questões urgentes. 2. A matéria subjacente ao presente apelo recursal afigura-se pacífica (sendo este um dos critérios adotados para a afetação) possuindo manifestações de ambas as Turmas julgadoras na mesma linha interpretativa. Precedentes. 3. Ante a pacífica jurisprudência acerca do tema objeto da afetação, aliada à interpretação equivocada de parte de órgãos julgadores das instâncias ordinárias, os quais determinaram a suspensão indiscriminada e sem observância aos critérios definidos por esta eg. Segunda Seção - identidade de processos que versem sobre a mesma questão jurídica e a possibilidade do exame de questões urgentes - convém seja mais uma vez esclarecida e afastada a determinação de suspensão de tramitação dos processos em curso no território nacional, evitando-se, dessa forma, o risco de perecimento de direitos e a propagação, ainda que não absoluta, da equivocada leitura do comando dado por esta Casa. 4. Questão de ordem acolhida, por unanimidade, para afastar a determinação de suspensão/sobrestamento do processamento de todos os feitos e recursos pendentes.”

No caso em tela, da detida análise dos autos originários, tem-se que a mora da devedora restou configurada, uma vez que o Aviso de Recebimento – AR foi encaminhado para o endereço do contrato, e recebido pela própria ré, cingindo-se a controvérsia em aferir se o fato de o veículo estar anotado em nome de terceiro nos registros do DETRAN constitui-se óbice ao deferimento da liminar perseguida.

Ora, não agiu com acerto o Juízo de 1ª instância, eis que não há elementos capazes de inquinarem de nulidade o contrato, que é válido entre

as partes contratantes desde a sua formação, não sendo a ausência da anotação do nome da adquirente (ré) no certificado de registro do veículo causa suficiente para obstar o deferimento da liminar de busca e apreensão do automóvel, uma vez que devidamente comprovados o inadimplemento e a constituição em mora da recorrida.

Por óbvio, eventual direito de terceiro adquirente deve ser resguardado através das medidas judiciais pertinentes, na forma da Súmula nº 92 do STJ ;

”A terceiro de boa-fé, não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor”.

Confira-se a Jurisprudência da Corte Cidadã e desta Justiça Fluminense:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. VALIDADE DO CONTRATO. REGISTRO EM CARTÓRIO. ANOTAÇÃO NO CERTIFICADO DE REGISTRO DO VEÍCULO. NECESSIDADE APENAS PARA PRESERVAR DIREITOS DE TERCEIRO. NÃO Oponibilidade entre os contratantes originários. MATÉRIA DE DIREITO.

1. O registro em cartório e a anotação no certificado do veículo não são requisitos de validade do contrato de alienação fiduciária, constituindo mero expediente para preservação do interesse de terceiros, não podendo ser opostos quando a discussão envolver os contratantes originários. Precedentes.

2. Matéria de direito, que não demanda o reexame dos elementos fáticos da lide.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp nº 977.998/RS, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 02/12/2014, DJe de 19/02/2015.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. VEÍCULO EM NOME DE TERCEIROS, AUSÊNCIA DE REGISTRO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECISÃO INDEFERINDO LIMINAR.

1. Agravo do autor aduzindo que o veículo foi adquirido mediante financiamento, cabendo ao vendedor e ao adquirente a responsabilidade pela transferência da propriedade do bem;

2. O Decreto-Lei nº 911/69 prevê expressamente a possibilidade de o proprietário fiduciário pretender a busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente contra o devedor ou terceiro, desde que comprovada a mora, conforme art. 3º, *caput*, da referida norma.

3. Em que pese a legislação aplicável ao caso, bem como o entendimento da Corte Superior não vedarem a expedição de liminar para busca e apreensão de veículos em nome de terceiros, é imprescindível a comprovação da mora do devedor, o que não ocorreu na hipótese;

4. A notificação do devedor retornou com a informação "não procurado". Mora do devedor não comprovada. Súmula nº 55 do TJRJ. Entendimento consolidado pelo STJ e por esta Corte. Não configurados os requisitos para concessão da liminar.

DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(0097516-83.2021.8.19.0000 - Agravo de Instrumento. Des(a). ANDRÉA MACIEL PACHÁ - Julgamento: 25/07/2022 - Terceira Câmara Cível)

Não se olvide que a posse plena e exclusiva do bem alienado pressupõe a existência da conjugação da posse direta e indireta da coisa na pessoa do credor, o que somente se dá quando do efetivo cumprimento da liminar, que também constitui-se no termo inicial do prazo para a purgação da mora pela ré, nos termos do § 2º, do art. 3º do Decreto Lei nº 911/69. Logo, não há que se falar em citação da ré

para oferece resposta, enquanto não houver a execução da medida.

Com efeito, não sendo o bem localizado, ou caso este não se encontre na posse da devedora, o pedido de busca e apreensão poderá se converter, a requerimento do Autor, em ação executiva, nos precisos termos do art. 4º do decreto referido.

Destarte, comprovados o inadimplemento e a constituição da devedora em mora, como exige o artigo 3º, do Decreto-Lei nº 911/69, cabível o deferimento da liminar de busca e apreensão pretendida, impondo-se a reforma da decisão vergastada.

Por tais fundamentos, com fulcro no artigo 932, IV, "a", do CPC, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para reformar o *decisum* hostilizado e deferir a medida liminar de busca e apreensão do bem descrito na inicial, que deverá ser removido para o depósito do autor/agravante, podendo o Oficial de Justiça fazer uso de força policial, caso necessário.

Oficie-se ao Juízo da 1ª Vara de Barra do Piraí, comunicando.

RIO DE JANEIRO, 29 DE AGOSTO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. ALEXANDRE SCISINIO

RELATOR

AÇÃO INDENIZATÓRIA. DIREITO DE IMAGEM. VEICULAÇÃO DE REPORTAGEM ONDE A APELANTE TERIA SIDO FILMADA. MATÉRIA JORNALÍSTICA COM OBJETIVO MERAMENTE INFORMATIVO. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DIREITO DE IMAGEM. APELANTE QUE FOI FILMADA NA RUA DURANTE A OCORRÊNCIA DE UM CONFLITO ARMADO ENTRE POLICIAIS E BANDIDOS E TEVE SUA IMAGEM EXIBIDA NA REPORTAGEM VEICULADA PELO APELADO.

INEXISTÊNCIA DE INSINUAÇÃO DE CONDUTA DELITIVA OU DE EXPOSIÇÃO JOCOSA DE SUA FIGURA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. ACERTO DO *DECISUM*, QUE SE MANTÉM. Conjunto probatório dos autos que foi inequívoco em demonstrar que se tratou de uma matéria jornalística veiculada pelo apelado com objetivo meramente informativo. As imagens exibidas no noticiário serviram para ilustrar a ocorrência e o conseqüente temor enfrentado por moradores e transeuntes da localidade – e até mesmo pelos policiais e pela própria equipe de reportagem. O apelado elucidou fatos ocorridos à época, com narração objetiva e circunstanciada dos eventos em questão e apresentação de imagens captadas em ambiente externo no local, dia e horário do acontecido. Ao contrário do afirmado pela apelante, a reportagem não possui índole escandalosa ou sensacionalista – mormente no que diz respeito à sua pessoa. A apresentação de sua figura, repise-se, se deu de forma a ilustrar o temor acometido aos populares que estavam no local quando da operação policial, em divulgação de assunto de relevante interesse social. Apelado que exerceu seu mister jornalístico sem qualquer abuso no exercício do direito de informar. Não se observou qualquer pretensão de ofender a apelante, tampouco de deturpar ou expor jocosamente sua imagem de forma a violar sua honra e sua dignidade. Logo, ante a inexistência de ato ilícito, não há falar em dever de indenizar. Precedentes. Majoração dos honorários, pela sucumbência recursal, para 15% sobre o valor da condenação, observada a gratuidade de justiça. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ape-

lação Cível nº 0044808-81.2016.8.19.0210, em que figuram como Apelante A. A. T. e como Apelado T. C. R. J. L.,

Acordam os Desembargadores que integram a c. 12ª Câmara Cível do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

VOTO

Cuidam os autos de apelação interposta por Amanda Aguilar Tavares, inconformada com a sentença de f. 191, proferida pelo juízo de direito da 4ª Vara Cível Regional de Leopoldina - Comarca da Capital, cuja parte dispositiva foi lançada nos seguintes termos:

“Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos, extinguindo o processo, com resolução do mérito, na forma do artigo 487, I, do CPC/15. Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça.”

Razões recursais a f. 212, em que o apelante afirmou que, ao noticiar um conflito entre policiais e traficantes, o apelado exibiu sua imagem, captada no local, por longo período e evidenciou seu desespero com a situação enquanto procurava abrigo; que a conduta foi ilícita e abusiva, pois a reportagem teve cunho escandaloso; que foi vítima de zombaria por parte de pessoas que assistiram a reportagem; que isso a situação lhe carrou danos de ordem extrapatrimonial. Requeveu, com isso, a reforma da sentença para se julgar procedente a pretensão exordial.

Contrarrazões de f. 232, em que o apelado pugnou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, pelo que deve ser conhecido.

Na ação originária, a apelante A. alegou ter sofrido danos morais decorrentes da veiculação de reportagem pelo apelado SBT acerca de um conflito armado entre policiais e traficantes no complexo de favelas localizado no bairro da Penha, nesta Capital, oportunidade em que teria sido filmada. Sustentou que a matéria foi de cunho sensacionalista e nela foi exibida sua imagem por longo tempo, o que a levou a ser alvo de chacota por parte de pessoas conhecidas que assistiram ao programa televisivo. Concluiu, assim, ter sofrido abalo em sua esfera de intimidade oriundo da conduta ilícita da emissora de televisão, o qual seria passível de compensação.

Em sua defesa, o apelado advogou ter apenas exercido sua função jornalística, sem qualquer abuso, haja vista não ter imputado à apelante qualquer conduta criminosa ou desonrosa, ou exposto sua figura ao ridículo.

O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido autoral ao fundamento de que:

“Analisando-se a matéria jornalística, verifica-se que o ato da ré tem como base a prestação de serviço de informar a sociedade a respeito de fatos do cotidiano e que este foi exercido de forma regular, com observância do interesse público e social e em estrita obediência ao disposto no artigo 220 da Constituição Federal, sem excessos.

Nota-se que a ré agiu apenas no interesse de informar à sociedade, sendo certo que na matéria apenas veiculou a notícia do conflito entre policiais e traficantes, sem qualquer exposição constrangedora da autora.

Frise-se que tal finalidade jornalística fora inclusive afirmada em inicial pela própria

parte autora, de tal forma que não há que se falar em aplicação da Súmula nº 403 do STJ, uma vez que resta patente a ausência de finalidade econômica. A matéria, em verdade, possui nítido objetivo informativo.

Outrossim, conforme pacífica jurisprudência, a simples divulgação da imagem não está apta a gerar o dever de indenizar, uma vez que não se fala, nesta discussão, em responsabilidade objetiva. Deve restar verificado que houve o nítido desejo de desabonar a imagem da pessoa fotografada, hipótese que facilmente é afastada no caso em tela.

Destaca-se, ainda, que, diferentemente do alegado em inicial, não houve uso pejorativo da imagem da autora, uma vez que sequer houve menção a seu nome. Nada do que se relatou de negativo na matéria é imputado à autora, de tal forma que se afasta qualquer alegação de abuso do direito de informar.

A fotografia, feita em local público e de acesso permitido, fora de qualquer ambiente de intimidade da autora, justificou-se única e exclusivamente na necessidade de informação, na elucidação dos fatos importantes ocorridos à época naquela comunidade.

Não há, pois, ato ilícito que enseje o reconhecimento do dever de indenizar.”

Após acurado exame das provas coligidas aos autos, impõe-se reconhecer que razão não assiste à apelante.

Da mídia adunada aos autos com cópia integral da reportagem objeto da lide foi possível constatar que se tratou de uma matéria jornalística veiculada pelo apelado com objetivo meramente informativo. As imagens exibidas no noticiário serviram para ilustrar a ocorrência e o conseqüente temor enfrentado por moradores e transeuntes da localidade – e

até mesmo pelos policiais e pela própria equipe de reportagem.

O apelado elucidou fatos ocorridos à época dos acontecimentos, com narração objetiva e circunstanciada dos eventos em questão e apresentação de imagens captadas em ambiente externo no local, dia e horário do acontecido.

Ao contrário do afirmado pela apelante, a reportagem não possui índole escandalosa ou sensacionalista – mormente no que diz respeito à sua pessoa. A apresentação de sua figura, repise-se, se deu de forma a ilustrar o temor acometido aos populares que estavam no local quando da operação policial, em divulgação de assunto de relevante interesse social.

Vê-se, assim, que o apelado exerceu seu mister jornalístico sem qualquer abuso no exercício do direito de informar. Não se observou qualquer pretensão de ofender a apelante, tampouco de deturpar ou expor jocosamente sua imagem de forma a violar sua honra e sua dignidade. Logo, ante a inexistência de ato ilícito, não há falar em dever de indenizar.

Por supedâneo, colacionam-se os arestos abaixo:

APELAÇÃO CIVIL. MATÉRIA JORNALÍSTICA ENVOLVENDO FATOS OCORRIDOS COM O AUTOR. REPORTAGEM DE CUNHO PREPONDERANTEMENTE JORNALÍSTICO, RELATANDO, DE FORMA OBJETIVA, FATO DE INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM DO AUTOR. LIBERDADE DE IMPRENSA E O DIREITO PÚBLICO À INFORMAÇÃO. PRINCÍPIOS BASILARES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, RAZÃO PELA QUAL NÃO PODEM SOFRER RESTRIÇÕES QUE NÃO SEJAM RAZOÁVEIS OU INEVITÁVEIS, SOB PENA DE SE CARACTERIZAR A CENSURA INDEVIDA, INCONCEBÍVEL EM NOSSO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(TJRJ - 0282675-77.2013.8.19.0001 - Apelação. Des(a). JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO - Julgamento: 22/09/2020 - Primeira Câmara Cível)

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE USO INDEVIDO DE IMAGEM. MATÉRIA DE CONTEÚDO JORNALÍSTICO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. Trata-se de demanda que busca reparação por danos materiais e morais em razão da reportagem veiculada na T. R. em 25/07/2014. Sentença de improcedência 2. No caso, o apelante sustenta que tinha 17 anos e sua imagem foi divulgada sem autorização. 3. Conforme mencionado na sentença: "Com efeito, da análise dos autos se verifica que a reportagem jornalística em tela se baseou em informações que foram repassadas à equipe jornalística pela Autoridade Policial, que, inclusive, concedeu entrevista sobre o caso, esclarecendo aos cidadãos do Município de São Gonçalo detalhes sobre o tráfico de drogas comandado pelo traficante conhecido por "S." 4. É perfeitamente aceitável que a ré não soubesse que o autor era menor de idade eis que o material exibido na matéria foi fornecido pela divisão de homicídio e o apelante estava custodiado na Divisão de Homicídios ao lado de adultos. 5. Saliente-se que o próprio autor não nega a veracidade dos fatos narrados na reportagem jornalística. 6. Além disso, não foi divulgado o nome do autor na reportagem. 7. Inexistência de ofensa à honra e à imagem do autor com a publicação realizada, não dando ensejo à indenização por danos morais pleiteada. 8. Atividade jornalística da qual não é exigida apuração da verdade absoluta, devendo a imprensa tão somente agir com prudência verificando a procedência da informação repassada ao público. Precedentes 9. Sentença de improcedência mantida. 10. Majoração em

sede recursal dos honorários de sucumbência. 11. Desprovimento do recurso.

(TJ-RJ - APL: 0062485-34.2014.8.19.0004, Relator: Des(a). MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO, Data de Julgamento: 28/04/2020, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 04/05/2020)

RECURSO INOMINADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. REPORTAGEM VEICULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. OPERAÇÃO POLICIAL DE REPRESSÃO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CUNHO EMINENTEMENTE JORNALÍSTICO. DANOS MORAIS INEXISTENTES. A veiculação de reportagem que retrata operação policial realizada com o objetivo de reprimir o tráfico de entorpecentes em que veiculada imagem de várias abordagens realizadas pelos policiais, sem a identificação clara das pessoas submetidas à ação e sem qualquer indicação de prisão efetuada, não gera dano à imagem dos cidadãos. Direito à imagem que deve ser avaliado de acordo com o contexto das informações veiculadas e o direito-dever de informar da empresa jornalística. Imagens, legenda e comentários que sequer revelam a perfeita identificação do autor, não sendo capazes de retratar situação diversa do que a simples submissão do cidadão ao exercício do poder de polícia do Estado. Danos morais inexistentes. Sentença confirmada pelos seus fundamentos. RECURSO IMPROVIDO.

(TJ-RS - Recurso Cível: nº 71003563657 RS, Relator: JULIANO DA COSTA STUMPF, Data de Julgamento: 31/08/2012, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/09/2012)

Pelo exposto, direciono meu voto no sentido de negar provimento ao recurso. Majoram-se os honorários, pela sucumbência recursal,

para quinze por cento sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça.

RIO DE JANEIRO, 15 DE SETEMBRO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. ALCIDES DA FONSECA NETO

RELATOR

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO FISCAL. IRRESIGNAÇÃO. APRESENTAÇÃO DO NOVO PLANO DE RECUPERAÇÃO FISCAL.

EMENTA

Agravos de Instrumento. Recuperação Judicial. Empresarial. Civil e Processual Civil. Decisão de 1º grau que homologou o plano de recuperação judicial apresentado pelas ora Agravadas. Irresignações veiculadas por credores que compõem a mesma classe de quirografários, a justificar o exame conjunto dos pleitos externados. Instituto da recuperação judicial, o qual encontra guarida na Lei nº 11.101/05, que possui como desiderato central a preservação da atividade empresarial em situações nas quais se afigurar viável a superação de determinada crise econômico-financeira que pontualmente acometa o devedor, permitindo-se a preservação de empregos e o estímulo à atividade econômica. Viés negocial que constitui elemento ínsito à elaboração do plano de recuperação judicial, envolvendo tratativas e concessões mútuas, de modo a viabilizar o alcance da higidez financeira da sociedade empresária. Inviabilidade de se adentrar em qualquer discussão a respeito da viabilidade econômica das atividades das Recuperandas com a implementação do plano impugnado, tema sobre o qual a deliberação da Assembleia Geral de Credores – com as balizas impostas pela legislação pertinente – mostra-se soberana, na forma do art. 35, I, “a”, da Lei nº 11.101/05. Sindicabilidade do plano de re-

cuperação judicial que deve ser procedida a partir de um viés de juridicidade das disposições instituídas. Acepção sedimentada no Enunciado nº 44 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, no sentido de que “[a] homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”. Alegação de manipulação de resultado na Assembleia Geral de Credores. Recorrentes que se limitam a tecer ilações genéricas, não corroborando as teses defendidas com quaisquer elementos empíricos de prova, ônus que lhes competia, notadamente porque a má-fé e a fraude não se presumem. Planilhas acostadas pelas Recorridas as quais demonstram que, ainda que desconsiderados os votos favoráveis de credores financeiros, o plano teria logrado aprovação junto à subclasse de credores quirografários titulares de créditos superiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Inexistência de indícios de irregularidade ou de manipulação na condução dos processos que permearam a Assembleia Geral de Credores. Princípio da paridade entre credores e suas dimensões. Direito pretoriano que tem reconhecido que tal princípio não implica, necessariamente, a adoção de tratamento idêntico entre todos os credores que compõem determinada classe, admitindo-se, inclusive, a instituição de subclasses distintas, desde que balizadas em critérios objetivos, em um viés de razoabilidade. Precedentes da Íncrita Corte da Cidadania e desta Nobre Casa de Justiça. Conquanto se reconheça a possibilidade de adoção de tratamento diferenciado, ainda que dentro de uma mesma classe de credores, a distinção procedida deve observar determinados parâmetros. Circunstância de a criação de subclasses não encontrar vedação no ordenamento pátrio, tampouco contrariar o princípio da *par conditio creditorum*, que não desauto-

riza a correspondente análise de legalidade, mormente no tocante à salvaguarda dos direitos dos credores existentes. Criação de 13 (treze) faixas de crédito para os credores quirografários, compreendendo desde créditos até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a créditos superiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), estabelecendo-se diversas formas de pagamento e de amortização, nos termos da cláusula 5.2 do plano de recuperação judicial. Plano apresentado que segue, no que se refere às 12 (doze) primeiras subclasses, englobando créditos até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a créditos superiores a R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais) e inferiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), uma coerência proporcional escalonada, aumentando o prazo de adimplemento em 6 (seis) meses a cada nova faixa e estipulando carências entre 30 (trinta) e 120 (cento e vinte) dias conforme o incremento financeiro do crédito. Existência, nesse intervalo de subclasses, de uma lógica pecuniária subjacente quanto à organização das dívidas mais elevadas, em um conceito de conservação da sociedade empresária. Plano homologado que, todavia, afigura-se irrazoável ao adentrar a última subclasse de quirografários, com créditos superiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), ensejando-lhes impacto desproporcional em cotejo com os demais membros da classe. Previsão de carência de 4 (quatro) anos, sendo realizado apenas o adimplemento de 10% (dez por cento) do crédito, dividido em 12 (doze) parcelas anuais. Estipulação de percentual de deságio no patamar de 90% (noventa por cento) do crédito titularizado. Subclasse em questão que compreende quase a totalidade do débito existente junto aos credores quirografários, perfazendo, quando da realização da Assembleia Geral de Credores, importe próximo a R\$ 950.000.000,00 (novecentos e cinquenta

milhões de reais), ao passo que todas as demais subclasses somadas atingem cifra apenas em torno de R\$ 2.600.000,00 (dois milhões e seiscentos mil reais). Mecanismo de amortização previsto no plano de recuperação judicial que poderia vir a frustrar, em última análise, o adimplemento da quase totalidade das dívidas existentes junto à classe dos quirografários. Simples fato de a maioria dos credores quirografários não se haver insurgido quanto ao resultado da assembleia e à consequente homologação do plano que em nada afeta o direito daqueles que efetivamente se sentiram prejudicados de formular sua irresignação recursal. Estabelecimento de prazos de carência, instituição de subclasses ou aplicação de deságio que constituem mecanismos válidos sob o ponto de vista de renegociações de dívidas entre credores e devedores, mediante concessões mútuas, voltadas à recuperação financeira da empresa, com foco em sua função social e econômica. Hipótese *sub examine*, todavia, em que restou configurada uma utilização desproporcional de tais ferramentas, fixando-se, de forma simultânea e cumulativa, a incidência de prazo elevado de carência (quatro anos) e deságio em patamar bastante expressivo (noventa por cento). Quebra súbita, quando da passagem da subclasse de créditos até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para aquela superior a tal referencial, de toda a coerência e organicidade interna de uma progressão escalonada, criando-se condições extremamente desvantajosas e desalinhadas daquelas estabelecidas para credores de menor dimensão. Precedentes deste Egrégio Sodalício. Nulidade da disposição em questão que se declara. Controvérsia existente quanto a possível iliquidez de cláusula do plano que institui obrigação condicional a determinado faturamento por parte da sociedade empresária. Previsão no sentido de que somente have-

ria amortização de créditos de quirografários da última subclasse caso alcançado o chamado “Faturamento Excedente” no correspondente exercício financeiro, em montante superior a R\$ 1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais). Liqueidez das obrigações instituídas e dos valores devidos que se apresenta como elemento essencial que deve nortear a elaboração do plano de recuperação de judicial e da qual deflui a sua própria validade, constituindo mecanismo apto a viabilizar a verificação acerca da exequibilidade do plano, além de proporcionar aos credores a adequada aquilatação acerca da dimensão dos créditos homologados e do planejamento referente ao respectivo adimplemento. Decisão homologatória do plano de recuperação judicial que possui natureza de título executivo (art. 59, § 1º, da Lei de Recuperação e Falências), o qual deve ser dotado dos requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade, na forma do art. 783 do CPC. Cláusula em questão que revela a criação de obrigação condicional, desprovida de elementos de apoio aptos a conferir aos credores um mínimo de certeza quanto ao recebimento ou não dos valores que lhe são devidos, tampouco a periodicidade e o montante com o qual serão contemplados em caso de adimplemento, do que se extrai seu caráter ilíquido. Arestos oriundos do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo em sentido análogo, incluindo precedente recente referente à recuperação judicial do G. O., que também afastou a validade de condicionamento do pagamento de credores ao atingimento de determinada meta de faturamento. Alegação recursal quanto à nulidade em relação ao teor da cláusula 8.6 do plano de recuperação judicial (cláusula de quitação), a qual estaria em dissonância tanto com o disposto no art. 49, § 1º, da Lei de Recuperação Judicial e Falências (“Os credores do devedor em recu-

peração judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.”), quanto com a jurisprudência assentada pelo Insigne Tribunal da Cidadania, em recurso submetido à sistemática dos Recursos Repetitivos (REsp nº 1.333.349/SP). *Standard* assentado pelo Ínclito Superior Tribunal de Justiça, em decorrência do Tema nº 885, que consiste na tese jurídica de que “[a] recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei nº 11.101/2005”. Cláusula impugnada que não se relaciona a aspectos jurídicos referentes à novação da dívida pela homologação do plano, senão a consequências derivadas da efetiva quitação dos valores existentes. Concepção adotada pela Nobre Corte da Cidadania que possui como desiderato assegurar a continuidade do trâmite de ações ajuizadas em face de terceiros coobrigados, ainda que operada a novação dos débitos contraídos pela sociedade empresária sujeita ao processo de recuperação judicial. Cláusula em questão que, por sua vez, não contraria, em momento algum, tal exegese pretoriana, porquanto voltada tão somente a reger o procedimento de extinção da dívida, ao estatuir que, uma vez integralmente quitadas as dívidas, por parte das Recuperandas, não mais subsiste o direito à correspondente exigibilidade perante terceiros, até mesmo de forma a evitar o enriquecimento sem causa. Novação que se encontra regida por disposição própria (cláusula 8.3 do plano), sendo destacada, inclusive, expressa ressalva

quanto às garantias prestadas por terceiros (cláusula 8.3.1). Ausência de irregularidade quanto à regra insculpida pela cláusula 8.6 do plano de recuperação judicial. Conhecimento e parcial provimento dos recursos para declarar a nulidade da cláusula 5.2. XIII, no tocante ao prazo de carência e ao percentual de deságio, assim como no que se refere à cláusula condicional de amortização segundo o faturamento excedente, devendo ser apresentado novo plano de recuperação judicial pelas agravadas, sanando as ilegitimidades pronunciadas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravos de Instrumento nos 0048960-16.2022.8.19.0000, 0049279-81.2022.8.19.0000 e 0051198-08.2022.8.19.0000, em que são Agravantes S. I. T. E., L. L. e C. L., V. A. - C. C. A. E. S. A., V. A. - B., C. A. E. S. A. e V. D. C. A. E. L. e Agravados U. L. L. S. A. (em Recuperação Judicial), C. L. P. V., L. B. S. A. e U. M. L.,

Acordam os Desembargadores que integram a Décima Primeira Câmara Cível, em sessão realizada em 03 de novembro de 2022, por unanimidade, no sentido do conhecimento e parcial provimento dos recursos, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravos de Instrumento interpostos contra a decisão de f. 30.121/30.134 (IE nº 030121 – autos originários), proferida pelo Juízo da 3ª Vara Empresarial da Capital, que homologou o plano de recuperação judicial apresentado pelas ora agravadas, nos seguintes termos:

“(…)

O procedimento recuperacional viabiliza ao empresário em estado de crise econômico-financeira, após justificá-lo ao juízo,

apresentando toda a sua documentação contábil e demonstrando total transparência e boa-fé, obter a suspensão de todas as suas ações e execuções, proporcionando a oportunidade de negociar todo o seu passivo com os credores mediante um plano de recuperação a ser aprovado em assembleia geral.

Nesse contexto, não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao mérito das condições do plano, vale dizer, sobre sua viabilidade econômica ou quanto às cláusulas que regem direitos disponíveis que estão submetidos aos Princípios da Autonomia da Vontade e da Liberdade de Contratar, sendo esta tarefa dos credores durante a votação.

Compete, sim, ao Poder Judiciário apenas o controle da legalidade em sentido estrito, qual seja, o eventual descumprimento de normas cogentes aplicáveis ao ordenamento jurídico pátrio.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já fixou o entendimento de que a decisão da AGC é soberana tanto no que tange a aspectos financeiros quanto em relação às ponderações de viabilidade financeira da empresa devedora.

Neste sentido destacam-se os seguintes julgados:

(...)

Na presente recuperação judicial, verifica-se que os credores que se opuseram à homologação do Plano, questionaram, em síntese: a alteração do plano horas antes da AGC; os votos dos cessionários; a adequação dos débitos tributários; a alienação de ativos; as condições de pagamento propostas; a criação de subclasse credores financeiros; a novação; a quitação; o prazo de descumprimento do plano; e a cobrança de multa

em caso de inadimplemento posterior ao pedido de recuperação judicial.

Passo à análise da legalidade de cada item apontado.

a. ALTERAÇÃO DO PLANO HORAS ANTES DA AGC

O PRJ apresentado pelo G. L., inicialmente a f. 8.899/8.927, foi objeto de quatro aditamentos, sendo o último no dia da realização da assembleia geral de credores (27/05/2021), quando foi aprovado pela maioria, na forma do artigo 45 da Lei nº 11.101/05.

Aduzem alguns credores que não foi conferida a publicidade e antecedência razoável aos termos do plano/aditamento.

Os artigos 35, I, "a" e 56, § 3º da Lei 11.101/05 dispõem:

Art. 35. A assembleia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre:

I - na recuperação judicial:

a) aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

§ 3º O plano de recuperação judicial poderá sofrer alterações na assembleia geral, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

Assim, evidente que é desnecessária a publicação de edital de aviso aos credores informando o recebimento de aditamento ao plano, bem como que a lei permite que este seja modificado durante a própria assembleia

geral de credores ou hora antes, como é o caso dos presentes autos.

Além disso, o próprio edital de convocação de f. 25.859/25.861, previu a possibilidade de modificação do PRJ durante a assembleia ao convocar "todos os interessados e credores, na forma dos artigos 36 e 56 da Lei nº 11.101/2005, para a Assembleia Geral de Credores".

Veja-se:

"(...) A ordem do dia será a deliberação sobre a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelas recuperandas a f. 8.899/8.927, 1º aditamento de f. 19.541/19.576 e 2º aditamento a f. 25.753/25.790 e seus anexos.(...)"

Dessa forma, certo é que os credores tinham ciência da possibilidade de alteração do plano, inclusive, durante a própria assembleia.

Ressalta-se a afirmação da recuperanda de que as alterações realizadas na véspera da AGC foram fruto da negociação com os credores, e ocorreram nas condições de pagamento referentes tão somente aos Credores Financeiros e aos Credores Colaboradores, sendo que, em relação a esses últimos, houve melhora.

Registre-se, ainda, o esclarecimento feito pelo Administrador Judicial a f. 27.635/27.672, que após instalada a AGC, ocorreram dois períodos de suspensão para que os credores pudessem analisar o 4º aditamento apresentado pelas recuperandas, sendo a primeira de 30 minutos e a segunda de 60 minutos, conferida total abertura aos credores para buscarem o saneamento de suas dívidas junto às recuperandas, com a reapresentação do PRJ aos credores.

Por estas razões, não se evidencia ilegalidade, tampouco prejuízo a qualquer um dos credores com o 4º aditamento.

b. CÔMPUTO DOS VOTOS DOS CESSIONÁRIOS

Das pontuações feitas pelas recuperandas e pelo Administrador Judicial, sobre a alegação de C. T. I. C. S. A. - em Recuperação Judicial de que foram proferidos votos por credores sem a comprovação de titularidade de cessões de crédito, o que caracterizaria suposta violação aos termos do artigo 37, § 4º da Lei nº 11.101/05, pugnano, pela "apuração de votos relativos àqueles proferidos mediante aquisição de crédito de credores da Recuperanda", verificou-se que a credora não indicou qualquer credor votante na condição apontada.

E como informado pelo Administrador Judicial, a totalidade das cessões de crédito que teve ciência, foi analisada na fase de verificação administrativa de créditos (f. 19.923/23.132), dando-lhe amplo conhecimento. Não há, portanto, que se falar em votos a serem apurados.

c. DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS E EMISSÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS

As recuperandas se manifestaram a f. 29.608/29.613 informando que já realizaram parcelamento de toda sua dívida com os demais entes da federação e que se encontrava pendente a análise do pedido feito à União, que, acaso não acolhido, também será parcelada.

Informam que, mesmo antes do ajuizamento desta ação, apresentaram requerimento de Negócio Jurídico Processual autuado sob o nº SEI-140017/000713/2020.

Como bem apontado pelo Administrador Judicial, ainda que a Lei nº 14.112/20

tenha mantido inalterada a redação do artigo 57 da Lei nº 11.101/05, o STJ possui precedentes posteriores nos quais manteve a jurisprudência de dispensa de certidão negativa para fins de concessão da recuperação judicial.

Merecem destaque:

(...)

Deste modo, considerando, ainda, a manifestação de credores sobre a necessidade de flexibilização das formas de pagamento, não há que se condicionar a concessão da recuperação judicial ao parcelamento dos débitos ou à celebração de negócio jurídico processual, o que já está sendo buscado, e consequente apresentação de Certidões Negativas de Débitos Tributários, nos moldes do artigo 57 da Lei nº 11.101/2005, como requer o Ente Estatal e, do mesmo modo, desnecessária a sua inclusão no feito como terceiro interessado.

d. ALIENAÇÃO DE ATIVOS

A autorização independente para alienação e/ou oneração de ativos, rechaçada pelos credores, encontra-se na cláusula 4.4 do PRJ. Sobre a matéria, este Egrégio Tribunal de Justiça firmou o seguinte posicionamento:

(...)

In casu, da análise da referida cláusula, verifica-se que há expressa menção ao cumprimento dos artigos 60, 66 e 142 da LRF, porém também há permissão para a recuperanda, independente de autorização judicial ou nova aprovação dos credores concursais, promover a alienação de bens QUE INTEGRAM O ATIVO NÃO CIRCULANTE, TANGÍVEL OU INTANGÍVEL.

Insta esclarecer que a recuperanda não individualiza os referidos bens que poderão

ser alienados e, portanto, se faz importante esclarecer que a alienação e/ou oneração deste ou a realização de qualquer operação de reorganização societária que acarrete a alienação ou oneração de tais bens, ficarão condicionados à prévia aprovação do Juízo da Recuperação, nos termos dos artigos 60, 66, 140 e 142 da Lei nº 11.101/05.

e. CONDIÇÕES DE PAGAMENTO PROPOSTAS

A maioria das objeções dos credores refere-se aos critérios distintivos nas condições de pagamento previstas entre os credores financeiros e os demais credores quirográficos, previstos nas cláusulas do PRJ 4.5, que trata do faturamento excedente, 5.2., 5.3 e 5.4, o que caracterizaria violação ao princípio do *par conditio creditorum*.

As Recuperandas defendem a legalidade da criação da subclasse, definida no plano recuperacional como credores financeiros, com base na jurisprudência do STJ, dos Tribunais Estaduais e no teor do Enunciado nº 57 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, uma vez que o tratamento diferenciado entre credores pode se pautar no tipo de relação que deu origem ao crédito, na existência de garantias, na relevância social do adimplemento de determinadas dívidas, e no valor individual de créditos.

Transcreve-se:

Enunciado 57: "O plano de recuperação judicial deve prever tratamento igualitário para os membros da mesma classe de credores que possuam interesses homogêneos, sejam estes delineados em função da natureza do crédito, da importância do crédito ou de outro critério de similitude justificado pelo proponente do plano e homologado pelo magistrado".

Observe-se que a nova redação dada pela Lei nº 14.112/20 ao parágrafo único do art. 67

da Lei nº 11.101/05, dispõe que "o plano de recuperação judicial poderá prever tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que tais bens ou serviços sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura."

A diferenciação ocorrida não se caracteriza como beneficiária da subclasse, haja vista a existência de oposição de credores financeiros, como o caso do B. F. S. A., e o voto pela rejeição do plano pelos B. B. S. A. e K. B. S. A.

Do mesmo modo, foi estabelecida a classificação dos credores colaboradores, justificando a distribuição dos quirografários nas faixas mencionadas no plano, não se verificando, portanto, qualquer ilegalidade quanto à distinção dos quirografários de acordo com as suas relações contratuais com as recuperandas.

Esclarece-se, ainda, quanto à alegação de credores de que as recuperandas teria manipulado a votação ao distribuir os credores da mesma classe em 13 faixas distintas, porém, contando o voto por cabeça, facilitando o alcance da maioria.

As recuperandas juntaram aos autos extratos do laudo de votação a f. 27.285/27.352, comprovando que credores titulares de crédito superior a R\$ 60.000,00 votaram favoravelmente à aprovação, sem computar os credores financeiros.

Sobre o condicionamento do pagamento de parte do crédito, quirografário e ME/EPP superiores à R\$ 60.000,00, à existência de faturamento excedente, as Recuperandas defenderam a legalidade, a f. 28.894/28.928, com amparo, primeiramente,

na sistemática dos negócios jurídicos prevista nos arts. 121 e 122 do Código Civil, possibilitando a subordinação dos seus efeitos a evento futuro e incerto, ao tempo em que esclarece ter alcançado pelo menos 4 (quatro) vezes, nos últimos 8 (oito) anos, o faturamento anual superior a R\$ 1.300.000.000,00, não se tratando, portanto, de condição impossível, contando com a credulidade dos credores, a quem denomina Colaboradores.

Quanto ao deságio, também não se verifica ilegalidade ou abusividade, pois segundo os diversos precedentes trazidos aos autos, em concessões de recuperações judiciais, a negociação é passível de deliberação entre as empresas em recuperação e seus credores, tendo em vista a soberania da assembleia geral de credores, viabilizando o soerguimento ao invés da decretação da falência.

f. NOVAÇÃO E QUITAÇÃO EM RELAÇÃO AOS COBRIGADOS E DEMAIS GARANTIDORES

Os pontos questionados pelos credores, relativos a este tópico, encontram-se nas cláusulas 8.3 e 8.6, do PRJ.

Sobre a novação, não se verifica na redação da cláusula 8.3 e subitem 8.3.1 do 4º aditamento aprovado, a violação aos arts. 49, § 1º e 59, *caput*, da Lei nº 11.101/05 apontada, sendo, inclusive, expressa quanto à ressalva ao previsto nos referidos dispositivos legais, e ao art. 61 da mesma Lei, que trata no § 2º da reconstituição dos direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, caso decretada falência, mantendo-se, de pleno direito, todas as garantias fiduciárias, reais ou fidejussórias, relativas aos Créditos.

E no que se refere à quitação, a redação dada à cláusula 8.6 do 4º aditamento aprovado, excluiu os garantidores, tornando sem objeto a oposição quanto a essa questão.

De todo modo, há de se atentar quanto aos coobrigados a súmula nº 581 do STJ, que assim dispõe:

"A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória."

g. DESCUMPRIMENTO DO PLANO

Os desdobramentos questionados sobre eventual descumprimento do plano se encontram previstos nas cláusulas 9.1 e 9.4.1.

Insurgem os credores quanto ao prazo de até 90 (noventa) dias para que as recuperandas possam sanar adequadamente eventual descumprimento de alguma das obrigações deste plano. E somente após, no caso de não saneamento, poderão requerer ao Juízo a convocação de uma Assembleia de Credores.

Antes de discorrer sobre a questão, ressalta-se ter constado na redação da cláusula 9.1 do 4º aditamento aprovado a seguinte ressalva:

"Esta Cláusula não é prejudicial ao direito dos Credores de comunicarem o Juízo da Recuperação sobre qualquer descumprimento do Plano a qualquer tempo, tampouco ao poder-dever do Juízo da Recuperação previsto no § 1º do artigo 61 da LRF."

As recuperandas defendem que os 90 dias mencionados seriam um prazo de cura, para que no universo de seus quase 5 mil credores, possa corrigir eventual erro sistêmico ou estabelecer negociação junto a credores, para que o soerguimento do Grupo Leader não seja colocado em risco.

Amparam-se, ainda, na Recomendação nº 63/2020 do CNJ, estabelecida em razão da pandemia do Coronavírus, que trouxe ao mun-

do jurídico situações excepcionais, em que se buscou a todo instante preservar a orientação do Princípio da Preservação da Empresa.

O § 1º do art. 61 c/c o inciso IV do art. 73, ambos da Lei nº 11.101/05, determinam a convolação da recuperação judicial em falência no caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista no PRJ, durante período de 02 (dois) anos computados da data da concessão do procedimento recuperatório.

Já a alínea 'g' do inciso III do art. 94 da referida lei estabelece:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

(...)

III - pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

(...)

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Assim, resta claro que o descumprimento das obrigações assumidas pela recuperanda não lhe concede oportunidade para convocar nova Assembleia Geral de Credores, a fim de deliberar sobre medida mais adequada para saná-lo ou supri-lo, mas sim, acarreta a convolação da recuperação judicial em falência ou a possibilidade de qualquer credor requerer a execução específica ou a falência.

Nesse sentido:

(...)

Nesse prisma, trata-se de cláusula nula.

h. COBRANÇA DE MULTA EM CASO DE INADIMPLENTO POSTERIOR AO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Por fim, o questionamento quanto à cláusula 9.4.1, que estabelece que não serão devidas

eventuais multas pactuadas originalmente pelas recuperandas em relação aos Créditos Concursais, caso o inadimplemento do Grupo Leader tenha se dado tão somente após a Data do Pedido.

Sobre o tema, este Egrégio Tribunal de Justiça proferiu recente julgamento reconhecendo a impossibilidade de aplicação de multa em razão de dívidas vencidas após o deferimento da recuperação judicial:

(...)

Quanto aos demais itens do PRJ, sem qualquer objeção ou não mencionados, encontram-se aptos à homologação, uma vez que dentro dos parâmetros legais.

III – DISPOSITIVO

Isso posto, ressalvado quanto à cláusula 4.4 que para a alienação e/ou oneração deste ou a realização de qualquer operação de reorganização societária que acarrete a alienação ou oneração de bens que integram o ativo não circulante, tangível ou intangível, ficarão condicionados à prévia aprovação do Juízo da Recuperação, nos termos dos artigos 60, 66, 140 e 142 da Lei nº 11.101/05, declaro nula apenas a cláusula 9.1, em afronta à Lei nº 11.101/05, e homologo o plano recuperacional aprovado pela A.G.C., com os seus quatro aditamentos, operando-se o instituto da novação de forma condicional, constituindo-se a presente decisão em título executivo judicial, nos termos do art. 59 da Lei nº 11.101/05 e concedo a Recuperação Judicial das empresas U. L. L. S. A., C. L. P. V., L. C. B. S. A e U. M. L., nos termos do art. 58 da referida Lei. As requerentes permanecerão em estado de recuperação judicial até o cumprimento de todas as obrigações previstas no plano que se vencerem nos 2 (dois) primeiros anos após esta data (art.

61 L.R.F.).

Após transcorrido o prazo legal com o cumprimento das obrigações, deverão requerer a extinção da presente para o encerramento do procedimento para todos os efeitos legais, permanecendo o plano recuperacional com natureza de título executivo judicial para eventual propositura de execução específica ou requerimento de falência. (art. 62 da Lei nº 11.101/05).

Enquanto as requerentes permanecerem em estado de recuperação judicial, deverão continuar apresentando os seus demonstrativos financeiros mensais em juízo e os documentos solicitados pelo Administrador Judicial para a elaboração de relatório mensal de suas atividades e cumprimento do plano.

Determino que as recuperandas publiquem aviso no D.O. e em jornal de grande circulação, de forma reduzida, visando dar a mais ampla publicidade aos credores, intimação que servirá de termo inicial para a contagem do prazo, à luz do princípio da transparência e publicidade.

Fixo a presente data como termo inicial de todos os prazos previstos no Plano Consolidado.

Dê-se ciência ao Ministério Público.

2. F. 23.597/23.605, 24.354/24.356, 25.709/25.711, 28.214/28225, 28.227/28.232 e 29.433/29.435: Expeça-se mandado de pagamento em favor das recuperandas, dos valores já transferidos, bem como de qualquer quantia depositada nestes autos por força da decisão de f. 5.716/5.724, inclusive daquelas identificadas a f. 30.029.

3. F. 27.696/27.697: Ao requerente F. S. A. sobre a manifestação do Administrador Judicial relativa à reserva de crédito requerida.

4. F. 29.233/29.241 e 29.850/29.851: Conforme esclarecido pelas recuperandas e pelo Administrador Judicial, a decisão de f. 5.715/5.718 já teve seus efeitos modulados pela 11ª Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro.

Esclareçam as Concessionárias O. S. A, O. M. S. A. e C. S. A. quais os débitos correntes que alegam existir, como fundamento para o corte de serviço essencial.

5. F. 28.866 e 28.963/29.000: Tendo em vista a manifestação do Administrador Judicial a f. 29.643/29.667, defiro a reservas de crédito requerida pelo Juízo de Direito da 28ª Vara Cível desta Comarca. Oficie-se comunicando e proceda o Administrador Judicial a devida anotação.

6. F. 29.138/29.153: Tendo em vista a manifestação do Administrador Judicial sobre as reservas de crédito requeridas pela Central da Dívida Ativa da 4ª Vara Cível da Comarca de Campos dos Goytacazes, oficie-se em resposta com as informações prestadas nos itens a, b e c de f. 29662/29.663.

7. F. 29.401/49.427: À credora B. C. sobre os esclarecimentos das recuperandas de f. 29.990/30.029 e do Administrador Judicial a f. 30.031/30.061.

8. F. 29.429/29.431: Oficie-se ao Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Campinas/SP nos autos da reclamação trabalhista nº 0011497- 82.2015.5.15.0053, informando que o Reclamante D. L. M. não se encontra na Relação de Credores do art. 7, § 2º da Lei nº 11.101/05, devendo o mesmo promover a respectiva habilitação de crédito retardatória do saldo remanescente da execução trabalhista originária, nos termos dos arts. 9º e 10º da referida Lei.

9. F. 29.593: Oficie-se à 3ª Vara do Trabalho de Campos dos Goytacazes informando que

os créditos fiscais não se sujeitam à recuperação judicial nos termos do art. 187 do CTN e conforme previsão do art. 6º, § 7-B da Lei nº 11.101/05.

10. F. 29.826/2.9831 e 29.833/29.848: Diante da não oposição das recuperandas manifestada a f. 29.990/30.029, defiro as reservas de crédito requeridas. Oficiem-se aos respectivos Juízos Trabalhistas comunicando esta decisão, devendo o Administrador Judicial providenciar as devidas anotações.

11. F. 29.438, 29.681, 29.735/29.736, 29.823/29.824, 29.952/29.953 e 30.095/30.096: Defiro a expedição de ofício requerida pelas recuperandas aos respectivos Juízos Trabalhistas, informando os dados da conta judicial vinculada a esta Recuperação Judicial, bem como a todos e quaisquer Juízos que apresentem solicitação semelhante.

12. F. 29.450/29.458: Oficie-se ao Juízo Trabalhista esclarecendo que cabe ao próprio credor promover a habilitação de seu crédito e que valor relativo ao depósito recursal deverá ser depositado no Banco do Brasil na conta judicial à disposição deste juízo, que deverá ser mencionada. Ciência às recuperandas e ao Administrador Judicial.

13. F. 29.640/29.641: À credora I. P. N. L. sobre a manifestação das recuperandas de f. 29.990/30.029. Sem prejuízo, como requerido pelo Administrador Judicial, oficie-se ao Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Itaguaí-RJ, em resposta ao ofício de f. 24.358/24.376, informando que a credora se encontra na Relação de Credores do art. 7, § 2º da Lei nº 11.101/05, pelo valor de R\$25.218,03, na classe III (quirografários), e este Juízo já proferiu decisão deferindo em favor das Recuperandas o levantamento dos

depósitos realizados na esfera cível e trabalhista correspondente a débitos anteriores ao ajuizamento da recuperação judicial, nos termos do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, razão pela qual o valor não pode ser liberado para o exequente originário, na medida em que dever receber o seu crédito de acordo com o plano de recuperação judicial. (...)”

Sustenta a Recorrente S. I. T. E., no âmbito do agravo de instrumento nº 0048960-16.2022.8.19.0000, a f. 02/15 (IE nº 000002), em síntese, que “é perfeitamente possível que seja realizado o controle judicial de validade do plano de recuperação judicial homologado, apresentado pela agravada e aprovado pela Assembleia Geral de Credores, eis que, conforme será aprofundado nos demais tópicos, este se encontra tomado por ilegalidades, dentre elas estão a violação da boa-fé objetiva, ausência de viabilidade econômica, proposta de pagamento ilíquida e ilegal; distinção entre credores da mesma classe, deságio abusivo, entre outras” (f. 05).

Aduz, outrossim, que “somente se a empresa agravada conseguir faturar mais de 1,3 bilhão de reais por ano é que pagará o saldo de 90% do valor do credor quirografário” e que “não há estudo de viabilidade econômica, juntada pela agravada que valide a possibilidade real deste faturamento empresarial ocorrer, apenas mera arguição de adequação de contratos e racionamento de despesas, alegações insuficientes a demonstrar alguma possibilidade de atingir tal faturamento” (f. 06/07).

Pontua que “o laudo realizado pelos experts atesta que, realizando os pagamentos das demais classes de credores, nos termos do PRJ homologado, o saldo de créditos a pagar ainda seria de 970 milhões” e que “considerando um otimista crescimento de faturamento

de 30% acima do limite, ainda assim seriam necessários 62 (sessenta e dois) anos para quitação do saldo devedor” (f. 07).

Pondera que “outra ilegalidade trazida no Plano de Recuperação Judicial é a respeito do deságio abusivo e do prazo de carência”, porquanto “indo em dissonância com o dispositivo legal, o Plano homologado dispõe em relação aos créditos quirografários superiores à R\$ 60.000,00, pagamento cujo prazo de carência é de 4 (quatro) anos, com pagamento em até 13 (treze) anos, com deságio que pode chegar a 90% (noventa por cento)!!!” (f. 09).

Acrescenta que “a carência de quatro anos é ilegal, pois retira dos credores a possibilidade de ter o cumprimento do plano de recuperação judicial sob a fiscalização do Administrador Judicial e do Judiciário, bem como sob pena de, em havendo descumprimento, ser decretada a falência” (f. 09).

Assinala, ainda, que “o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que muito embora seja norteador da falência, o princípio da paridade entre credores deve ser observado também nas recuperações judiciais, de forma a permitir o controle da legalidade do plano, bem como que a criação de subclasses entre credores somente é admitida se respeitados os direitos de credores isolados” e que “restou demonstrado que o plano homologado implica inquestionavelmente violação ao princípio da igualdade entre credores que integram a mesma classe quirografária, além de ausência de qualquer demonstração de viabilidade que indique que o PRJ poderá vir a ser cumprido de maneira satisfatória” (f. 10/13).

Requer, assim, a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o conhecimento e provimento do recurso, uma vez que “restou demonstrado que o plano homologado implica inquestiona-

velmente violação ao princípio da igualdade entre credores que integram a mesma classe quirografária, além de ausência de qualquer demonstração de viabilidade que indique que o PRJ poderá vir a ser cumprido de maneira satisfatória” (f. 15).

Petição aviada pela Agravada, a f. 30/44 (IE nº 000030), prestando esclarecimentos iniciais e sustentando, em sede preliminar, a prevenção do Eminent Des. CÉSAR CURY, sob o fundamento de que “após a aposentadoria do d. Des. OTÁVIO RODRIGUES, relator originário dos recursos distribuídos no âmbito desta recuperação judicial, o primeiro recurso subsequente foi distribuído livremente ao d. Des. CESAR FELIPE CURY em 18/02/2021, conforme relatório de distribuição em anexo a f. 26, tornando-o prevento para a relatoria de todos os novos recursos que fossem distribuídos a partir de então, na forma do art. 930, § único, do CPC” (f. 31).

Decisão proferida por este Relator, a f. 132/155 (IE nº 000132), mediante a qual assentada a desnecessidade de redistribuição deste feito, assim como deferindo o efeito suspensivo requerido, “para determinar o sobrestamento dos efeitos da decisão homologatória impugnada até o julgamento final deste recurso” (f. 154).

Contrarrazões apresentadas a f. 3.920/3.941 (IE nº 003920), em prestígio ao *decisum* recorrido, suscitando, preliminarmente, a possibilidade de prolação de decisões conflitantes, ante a anterior distribuição de outros feitos a relator diverso. No tocante à questão de fundo, argumenta, notadamente, que o exame acerca da viabilidade econômica do plano de recuperação judicial recai exclusivamente sobre os credores, de sorte que inviável a respectiva apreciação em sede jurisdicional. Pondera a legitimidade da instituição

de pagamento escalonado, de estipulação de prazo de carência e de fixação de condições. Afirma, ainda, a legalidade da estipulação de deságio, como instrumento de amortização das dívidas existentes.

Manifestação do Administrador Judicial, a f. 5.295/5.306 (IE nº 005295).

Parecer do Ministério Público, a f. 5.375/5.381 (IE nº 005375), “1. pela redistribuição do feito ao Des. CÉSAR FELIPE CURY, e 2. pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto” (f. 5.381).

De outro turno, no agravo de instrumento nº 0049279- 81.2022.8.19.0000, argumenta a agravante L. L. C. L., a f. 02/13 (IE nº 000002), o caráter ilíquido do plano apresentado, na medida em que “denota-se do item 5.2 do Plano de Recuperação Judicial que em relação à 90% (noventa por cento) da quantia, não há sequer previsão de valor das parcelas, data certa para pagamento, nem sequer se efetivamente será paga, visto que dependem de eventos futuros e incertos” e que “em relação aos créditos quirografários superiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a subcláusula 5.2, XIII, b, do Plano dispõe que até 90% (noventa por cento) do valor será amortizado de forma anual, através de 4% (quatro por cento) do Faturamento Excedente, se existente” (f. 07).

Reitera que “ao contrário do que determina a Lei, o Plano de Recuperação Judicial homologado através da decisão ora agravada, não é certo e muito menos líquido, trazendo uma ampla insegurança jurídica, posto que não oportuniza os credores a informação de quando irão receber o montante, em quantas parcelas, quais valores e sequer se efetivamente receberão os 90% (noventa por cento) do montante da dívida, visto que ficou definido

para os credores quirografários acima de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) que até 90% (noventa por cento) do valor do Crédito Quirografário será amortizado de forma anual, através de 4% (quatro por cento) do Faturamento Excedente, se existente” (f. 08/09).

Pondera que “há ainda a ilegalidade em virtude do deságio abusivo e da carência”, porquanto “conforme se observa da Cláusula 5.2, do Plano de Recuperação Judicial, as Recuperandas objetivam pagar seus credores quirografários com carência de 4 anos, com deságio que pode chegar a 90%, considerando que se até 2.036 não houver faturamento de excedente ou não forem verificados eventos de liquidez ou distribuição de dividendos não haverá pagamento de 90% (noventa por cento) dos créditos quirografários superiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).” (f. 10).

Aduz que “a carência de quatro anos é ilegal, pois retira dos credores a possibilidade de ter o cumprimento do plano de recuperação judicial sob a fiscalização do Administrador Judicial e do Judiciário, bem como sob pena de, em havendo descumprimento, ser decretada a falência” (f. 09).

Assinala, ainda, que “a jurisprudência já vem reconhecendo a inviabilidade de empresários que necessitam de prazos demasiadamente estendidos para supostamente se reerguerem”, e que “a proposta apresentada se revela como um verdadeiro calote institucionalizado, o qual, além da função social, boa-fé objetiva, direito de propriedade, viola também outras disposições da Lei nº 11.101/2005 e do sistema processual” (f. 11/12).

Pugna, ao final, “a) Pelo recebimento e processamento do presente Agravo de Instrumento; b) Pela reforma da r. decisão recorrida e, assim, da homologação do plano de recuperação ju-

dicial e a concessão da recuperação judicial, determinando a apresentação de novo plano de recuperação judicial com determinação de exclusão das ilegalidades e abusividades verificadas, sob pena de violação aos artigos 59, § 1º e 61 da Lei nº 11.101/2005, 783 do Código de Processo Civil e 5º, *caput*, e inciso XXII e 170, II, da Constituição Federal, conforme explanado e articulado nas razões recursais” (f. 13).

Contrarrazões apresentadas a f. 35/51 (IE nº 000035), reiterando a linha de intelecção já tecida quando da apresentação de sua peça de defesa no agravo de instrumento nº 0048960-16.2022.8.19.0000, e acrescentando a inexistência de irregularidade na estipulação de condição futura e incerta de pagamento, e que “o e. Superior Tribunal de Justiça, além de reconhecer que não caberia ao Poder Judiciário se imiscuir na decisão da AGC em relação a juros e correção monetária previstos no plano, também afirmou que não haveria um piso mínimo legal para a taxa de juros ou uma periodicidade mínima, nem haveria obrigatoriedade de correção monetária” (f. 47).

Manifestação do Administrador Judicial a f. 157/168 (IE nº 000157).

Parecer do Ministério Público, a f. 224/229 (IE nº 000224), “1. pela redistribuição do feito ao Des. CÉSAR FELIPE CURY, e 2. pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto” (f. 229).

Sob outro giro, aduzem as Recorrentes V. A. C. C. A. E. S. A., V. A. B., C. A. E. S. A. e V. D. C. A. E. L., no âmbito do agravo de instrumento nº 0051198-08.2022.8.19.0000, a f. 02/17 (IE nº 0002), fundamentalmente, que “o presente recurso de agravo volta-se contra a r. decisão agravada (doc. 7) que, ao homologar o plano de recuperação judicial das agravadas

deliberado em assembleia geral de credores (“Plano” - doc. 3), deixou de extirpar flagrantes ilegalidades constantes de cláusulas do plano, consistentes (i) na criação de 13 (treze) faixas escalonadas de créditos quirografários com base exclusivamente no valor dos créditos, com o intuito de manipular a votação e garantir a aprovação do plano em assembleia (cláusula 5.2.), em conjunto com a criação de classe de credores financeiros (cláusula 5.3), e (ii) na indevida extensão dos efeitos da quitação na forma do plano para terceiras pessoas que não estão em recuperação judicial, incluindo “controladas, subsidiárias, afiliadas e coligadas e outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário e econômico, e seus diretores, conselheiros, acionistas, sócios” (cláusula 8.6), o que viola o art. 49, § 1º, da LRF” (f. 07).

Pontuam, nesse diapasão, que “enquanto os créditos quirografários até R\$ 15 mil serão pagos sem qualquer tipo de deságio no prazo máximo de 90 (noventa) dias (incisos ‘i’ a ‘iii’), os créditos superiores a R\$ 60 mil sofrem deságio de 90% e são pagos durante o extenso período de 16 anos (4 anos de carência + 12 parcelas anuais) (inciso ‘xiii’), de modo que, em sua concepção, “é evidente o indevido tratamento diferenciado e a violação da *par conditio creditorum*” (fl. 09).

Destacam, ainda, que “é realmente ilegal a divisão da classe quirografária em faixas diferentes de deságio e tempo de pagamento tendo como único critério o valor do crédito, conforme jurisprudência iterativa, inclusive deste E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro” (f. 10).

Sublinham que “conforme dados apresentados pelas próprias agravadas (f. 28.913/28.914 dos autos de primeiro grau), os credores quirografários com crédito inferior a R\$ 60 mil reais (com condições mais vanta-

josas de pagamento) representavam mais de 50% do total de credores da classe, de sorte que eram suficientes, por si só, para aprovar o plano de recuperação judicial na classe quirografária pelo critério do voto “por cabeça”, previsto no art. 45, § 1º, da Lei nº 11.101/05, o que corrobora a gravidade da manipulação possivelmente ocorrida” (f. 11).

Ponderam que “não há ilegalidade na simples criação de subclasse de credores, mas não é possível admitir que esta criação tenha como objetivo cooptar votos suficientes para aprovação do plano de recuperação judicial por meio da concessão de condições privilegiadas apenas para aqueles credores cujos votos sejam suficientes por si só para a aprovação” (f. 13).

Assinalam que “a cláusula 8.6. do Plano prevê a extensão dos efeitos da quitação do crédito novado para “controladas, subsidiárias, afiliadas e coligadas e outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário e econômico, e seus diretores, conselheiros, acionistas, sócios”, que “são pessoas não envolvidas ou atingidas pela recuperação judicial das agravadas”, e que “é evidente que a cláusula em discussão viola o art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/05, o qual é expresso ao dispor que “Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”, pontuando, sob tal viés, que “esta matéria está há muito tempo sedimentada pela jurisprudência, inclusive em sede de recurso especial repetitivo, que aplica o art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/05 para impedir a extensão dos efeitos da novação do crédito na recuperação judicial aos responsáveis solidários e coobrigados da empresa recuperanda” (f. 15).

Requerem, assim, o conhecimento e pro-

vimento do recurso “para o fim de reformar a r. decisão agravada, declarando-se (i) a nulidade das cláusulas 5.2 e 5.3 do plano de recuperação judicial na parte em que estabeleceram indevido tratamento desigual entre os credores quirografários, e (ii) a nulidade da cláusula 8.6. na parte em que estendeu os efeitos da quitação do crédito novado para “controladas, subsidiárias, afiliadas e coligadas e outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário e econômico, e seus diretores, conselheiros, acionistas, sócios”” (f. 17).

Contrarrazões apresentadas a f. 42/65 (IE nº 000042), pugnando pela manutenção da decisão proferida e advogando a inocorrência de violação ao princípio *par conditio creditorum*, assim como a ausência de qualquer ilegalidade da regra constante da cláusula 8.6 do plano homologado, tendo em vista a inexistência de garantia cambial, real ou fidejussória na hipótese.

Manifestação do Administrador Judicial a f. 362/373 (IE nº 000362).

Parecer do Ministério Público, a f. 427/434 (IE nº 000427), “1. pela redistribuição do feito ao Des. CÉSAR FELIPE CURY, e 2. pelo conhecimento e desprovemento do recurso interposto” (f. 434).

É o breve Relatório.

VOTO

De início, impende-se o conhecimento dos agravos em apreço por se fazerem presentes os seus requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Outrossim, impõe-se assentar que todos os três recursos ora apreciados foram interpostos por credores que compõem a mesma classe de quirografários, em face de decismum que homologou o plano de recuperação judicial

das agravadas, no âmbito do feito originário nº 0047010-37.2020.8.19.0001, a justificar o exame conjunto das irresignações.

Analisa-se, inicialmente, a questão prévia relativa à prevenção, suscitada pela Recuperanda e reeditada pelo Parquet, no tocante à requerida redistribuição do presente feito ao Eminentíssimo Des. CÉSAR CURY.

Sob tal aspecto, convém assentar que a caracterização da prevenção deve ser aferida com base na disciplina jurídica insculpida no art. 930, parágrafo único, do CPC (“O primeiro recurso protocolado no tribunal tomará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo”).

Nesse cenário, conforme bem apontado pela 1ª Recorrida, realmente “após a aposentadoria do d. Des. OTÁVIO RODRIGUES, relator originário dos recursos distribuídos no âmbito desta recuperação judicial, o primeiro recurso subsequente foi distribuído livremente ao d. Des. CESAR FELIPE CURY em 18/02/2021, conforme relatório de distribuição em anexo a f. 26, tornando-o prevento para a relatoria de todos os novos recursos que fossem distribuídos a partir de então, na forma do art. 930, § único, do CPC” (f. 31 – IE nº 000030 – feito nº 0048960-16.2022.8.19.0000).

Ocorre que, como também destacado pela 1ª Agravada, “quando da distribuição do presente recurso, o Des. CESAR FELIPE CURY não estava apto à distribuição” (f. 31 – IE nº 000030 – feito nº 0048960-16.2022.8.19.0000), o que atrai, por conseguinte, a incidência, por analogia, do disposto no § 1º, do art. 8A do Regimento desta Corte Fluminense, referente à seção destinada às câmaras criminais, cujo teor ora se transcreve, *ipsis litteris*:

“Art. 8A (...)

§ 1º- Se o Desembargador prevento estiver afastado da composição do órgão julgador, a prevenção será:

I- de outro Desembargador do órgão julgador que já tenha atuado como relator de outro feito referente à mesma ação originária ou de autos associados;

II- do órgão julgador.”

Assim, uma vez atestado pela 1ª Vice-Presidência deste Tribunal que “os relatores preventos não compõem o órgão julgador nesta data” (f. 28 – IE nº 28 – feito nº 0048960-16.2022.8.19.0000), o processo acabou sendo distribuído a este relator, ante a supra referida prevenção do órgão julgador.

Alega a Agravada, outrossim, que o Eminentíssimo Des. LUIZ HENRIQUE DE OLIVEIRA MARQUES teria procedido, em situação análoga, ao reconhecimento da prevenção do Douto Des. CÉSAR CURY, mesmo afastado, na posição de primeiro relator após a aposentadoria do Nobre Des. OTÁVIO RODRIGUES, com base no disposto no § 1º do art. 27 do RITJERJ (*caput* – “A distribuição vinculará ao feito o relator sorteado ou designado: o “visto” vinculará o revisor.” “§ 1º – A remoção do Órgão Julgador ou o afastamento do relator a qualquer título não acarretará a redistribuição automática dos feitos”).

No entanto, no tocante à regra regimental em questão, impõe-se a adoção de exegese no sentido de que tal disposição concerne a gerenciamento de feitos já distribuídos, os quais se encontram previamente designados ao acervo de determinado Julgador, tanto que empregada a expressão “redistribuição”, ao passo que, na hipótese em apreço, cuida-se de distribuição inicial de novo recurso protocolado no tribunal.

Assim, efetuado o pertinente *distinguishing*, resta assentada a competência deste relator para análise da *vexata quaestio* devolvida em 2º grau

de jurisdição.

In casu, insurgem-se as recorrentes contra a decisão do Juízo de origem que homologou o plano de recuperação judicial apresentado pelas ora agravadas.

Em primeiro lugar, impende-se destrinchar as questões suscitadas em cada uma das irresignações, de modo a permitir uma visão inicial acerca de todos os pontos a serem enfrentados, assim como a dimensão e o teor das cláusulas constantes do plano de recuperação judicial cuja legitimidade restou questionada.

Assim, as insurgências submetidas ao presente julgamento colegiado concernem às alegações de: i) existência de tratamento distinto entre credores da mesma classe (agravos de instrumento nos 0048960-16.2022.8.19.0000 e 0051198-08.2022.8.19.0000); ii) irrazoabilidade do conceito de “faturamento excedente” instituído pela cláusula 5.3 do plano de recuperação judicial (agravos de instrumento nos 0048960-16.2022.8.19.0000 e 0049279-81.2022.8.19.0000); iii) ilegitimidade dos prazos de carência previstos para quirografários titulares de créditos superiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), assim como da previsão de deságio de até 90% (noventa por cento) do montante referente ao crédito titularizado (agravos de instrumento nos 0048960-16.2022.8.19.0000 e 0049279-81.2022.8.19.0000); iv) ausência de liquidez do plano homologado, em alegada violação aos arts. 59, § 1º, da Lei de Recuperação e Falências e 783 do Código de Processo Civil (agravo de instrumento nº 0049279-81.2022.8.19.0000); v) manipulação da votação na assembleia geral de credores (agravo de instrumento nº 0051198-08.2022.8.19.0000); vi) ilegalidade da cláusula 8.6 do plano de recuperação judicial, por suposto vilipêndio ao disposto no art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/05 (agravo de instrumento nº 0051198-08.2022.8.19.0000).

Consoante cediço, o instituto da recuperação judicial, o qual encontra guarida no art. 47 da Lei nº 11.101/05, possui como desiderato central a preservação da atividade empresarial em situações nas quais se afigurar viável a superação de determinada crise econômico-financeira que pontualmente acometa o devedor, permitindo-se a preservação de empregos e o estímulo à atividade econômica.

Conforme as preciosas lições dos professores Luiz Roberto Ayoub, Desembargador aposentado desta Corte Fluminense, e Cássio Cavalli, “a recuperação judicial caracteriza-se por ser um procedimento orientado a viabilizar um acordo entre devedor e seus credores em torno de um plano de recuperação. Assim, se de um lado compete ao devedor elaborar e apresentar um plano de recuperação judicial, aos credores é outorgado o direito de apreciar o plano apresentado e deliberar acerca da sua aprovação, modificação ou rejeição, em assembleia geral de credores especialmente convocada para esse fim” (*in A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas*, 3ª ed., Ed. Forense, p. 255).

De fato, o viés negocial constitui elemento ínsito à elaboração do plano de recuperação judicial, envolvendo tratativas e concessões mútuas, de modo a viabilizar o alcance da higidez financeira da sociedade empresária.

Nesse diapasão, sedimentou-se a concepção no sentido de que não há que se adentrar em qualquer discussão a respeito da viabilidade econômica das atividades das Recuperandas com a implementação do plano impugnado, tema sobre o qual a deliberação da Assembleia Geral de Credores – com as balizas impostas pela legislação pertinente – mostra-se soberana, na forma do art. 35, I, “a”, da Lei nº 11.101/05.

Tal conclusão, por outro lado, não consagra eventual insindicação do plano de recupera-

ção judicial, cujos contornos de juridicidade não escapam à análise desta Corte de Justiça.

A esse respeito, a acepção sedimentada no Enunciado nº 44 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, no sentido de que “A homologação de plano de recuperação judicial aprovado pelos credores está sujeita ao controle judicial de legalidade”.

Em idêntico sentido inclina-se a jurisprudência do Insigne Superior Tribunal de Justiça, consoante demonstra o julgado a seguir:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTROLE DO MAGISTRADO SOBRE O PLANO DE SOERGUMENTO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. VIABILIDADE ECONÔMICA. SOBERANIA DA AGC. LEGALIDADE. VERIFICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE.

1. Processamento da recuperação judicial deferido em 24/05/2013. Recurso especial interposto em 04/11/2014 e atribuído ao Gabinete em 25/08/2016.

2. A jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores.

3. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis.

4. Recurso especial não provido.

(REsp. nº 1.660.195/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017)

Deve-se analisar, em um primeiro momen-

to, a alegação tecida no âmbito do agravo de instrumento nº 0051198-08.2022.8.19.0000 quanto à suposta manipulação de resultado na Assembleia Geral de Credores, dada sua evidente prejudicialidade, na medida em que, caso acolhida, enseja o reconhecimento da nulidade de todos os atos processuais posteriormente praticados.

Sob tal escopo, argumentam as Recorrentes V. A. C. C. A. E. S. A., V. A. B., C. A. E. S. A. e V. D. C. A. E. L. que, “conforme dados apresentados pelas próprias agravadas (f. 28.913/28.914 dos autos de primeiro grau), os credores quirografários com crédito inferior a R\$ 60 mil reais (com condições mais vantajosas de pagamento) representavam mais de 50% do total de credores da classe, de sorte que eram suficientes, por si só, para aprovar o plano de recuperação judicial na classe quirografária pelo critério do voto “por cabeça”, previsto no art. 45, § 1º, da Lei nº 11.101/05, o que corrobora a gravidade da manipulação possivelmente ocorrida”, e que, “para aprovar o Plano na classe quirografária pelo critério do “valor”, também conforme art. 45, § 1º, da Lei nº 11.101/05, as agravadas se valeram do fato de que os créditos concursais com maior relevância têm natureza financeira e criaram uma subclasse de “Credores Financeiros” (cláusula 5.3)” (f. 11 – IE nº 0000002 – feito nº 0051198-08.2022.8.19.0000).

Acrescentam que “estes Credores Financeiros alcançam aproximadamente 56% do total dos créditos quirografários, de sorte que apenas eles também garantiriam a aprovação do plano de recuperação judicial pelo critério do “valor” (doc. 5), também a revelar a possível manipulação da votação na assembleia geral de credores” (f. 12 – IE nº 0000002 – feito nº 0051198-08.2022.8.19.0000).

Todavia, tal linha de argumentação desenvol-

vida não merece acolhida.

Com efeito, as recorrentes se limitam a tecer ilações condicionais, não corroborando as teses defendidas com quaisquer elementos empíricos de prova, ônus que lhes competia, notadamente porque a má-fé e a fraude não se presumem.

Em verdade, as alegações trazidas se encontram em descompasso com o próprio resultado da Assembleia Geral de Credores.

De fato, conforme adequadamente arguido em sede de contrarrazões (f. 42/65 – IE nº 000042 – feito nº 0051198-08.2022.8.19.0000), “considerando apenas os credores quirografários titulares de créditos superiores a R\$ 60 mil, no que se refere a votação ‘por cabeça’, 117 votaram favoravelmente à aprovação do Plano, enquanto 90 votaram contra”, assim como “ainda que se retire do cálculo os Credores Financeiros, o número de credores quirografários titulares de créditos superiores a R\$ 60 mil que votaram a favor da aprovação do Plano ainda é maior (112) que os que foram contrários à aprovação (88)”, sendo, inclusive, colacionadas planilhas demonstrativas referentes ao placar de votação (f. 59 – IE nº 000042 – feito nº 0051198-08.2022.8.19.0000).

Assim, não se vislumbra qualquer irregularidade ou manipulação na condução dos processos que permearam a Assembleia Geral de Credores.

Por outro lado, alguns aspectos devem ser assentados no tocante ao princípio da paridade entre credores e suas dimensões.

Com efeito, o direito pretoriano tem reconhecido que tal princípio não implica, necessariamente, a adoção de tratamento idêntico entre todos os credores que compõem determinada classe, admitindo-se, inclusive, a instituição de subclasses distintas, desde que balizadas em critérios objetivos, em um viés de razoabilidade.

Nesse diapasão, convém trazer à baila os se-

guintes precedentes da Ínclita Corte da Cidadania e desta Nobre Casa de Justiça, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO. 1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. 2. TRATAMENTO DIFERENCIADO. CREDORES DA MESMA CLASSE. POSSIBILIDADE. PARÂMETROS. 3. CONVOLAÇÃO DA RECUPERAÇÃO EM FALÊNCIA. CONVOCAÇÃO DE ASSEMBLEIA DE CREDORES. DESNECESSIDADE. 4. PREVISÃO DE SUPRESSÃO DAS GARANTIAS REAIS E FIDEJUSSÓRIAS DEVIDAMENTE APROVADA PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. VINCULAÇÃO DA DEVEDORA E DE TODOS OS CREDORES, INDISTINTAMENTE. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir: a) se é possível imprimir tratamento diferenciado entre credores de uma mesma classe na recuperação judicial; b) se é necessária a convocação da assembleia de credores antes da convolação da recuperação judicial em falência na hipótese de descumprimento de obrigação constante do plano de recuperação judicial; c) se a supressão das garantias real e fidejussória estampada expressamente no plano de recuperação judicial, aprovada em assembleia geral de credores, vincula todos os credores da respectiva classe ou apenas aqueles que votaram favoravelmente à supressão. Por unanimidade de votos.

2. A criação de subclasses entre os credores da recuperação judicial é possível, desde que seja estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, ficando vedada a estipulação de descontos que impliquem verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários.

(REsp. nº 1.700.784/MT, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 26/04/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO

JUDICIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ADITAMENTO. ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. AUSÊNCIA DE NULIDADES DAS CLÁUSULAS 6.1, 6.9, 6.10 E 6.11, DO ADITIVO AO PRJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de f. 481.886/481.918, proferida pelo MM Juízo da Sétima Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, na recuperação judicial do Grupo Oi que, rejeitando todas as alegações de nulidades procedimentais da AGC, bem como de tratamento desigual entre os credores e de nulidade do quórum de votação e aprovação do Aditivo, por entender não conterem vícios em sua formação e vontade, considerou presentes todos os pressupostos exigidos no artigo 104 do CC e, diante da obtenção do quórum de aprovação na forma do artigo 45 da Lei nº 11.101/2005, homologou os Termos do Aditivo ao Plano de Recuperação Judicial Original, apresentado a f. 476.326/479.153, com as devidas ressalvas integrativas conferidas na decisão proferida. Fixou, ainda, o prazo de 12 meses para encerramento da R.J., a contar da data da publicação da decisão, podendo ser prorrogado, caso haja necessidade de se ultimarem os atos relativos às alienações dos referidos ativos. 2. Conquanto não exista previsão legal expressa na Lei nº 11.101/05, a doutrina e a jurisprudência convergem no sentido da possibilidade de as obrigações ajustadas entre as partes serem modificadas durante o cumprimento do plano de recuperação judicial, desde que o processo não tenha sido encerrado por sentença e haja concordância entre os credores, por intermédio de procedimento assemblear, a fim de se harmonizar às situações supervenientes ocorridas durante a execução do PRJ, alterando suas proposições econômico-financeiras. 3. Sobre o tema, prescreve o Enunciado nº 77, da II Jornada de Direito Comercial: "As

alterações do plano de recuperação judicial devem ser submetidas à assembleia geral de credores, e a aprovação obedecerá ao quórum previsto no art. 45 da Lei nº 11.101/05, tendo caráter vinculante a todos os credores submetidos à recuperação judicial, observada a ressalva do art. 50, § 1º, da Lei nº 11.101/05, ainda que propostas as alterações após dois anos da concessão da recuperação judicial e desde que ainda não encerrada por sentença".

4. Considerada, ainda, a pandemia global ocasionada pelo COVID-19, foi editada a Recomendação 63, do CNJ, que em seu artigo 4º, orienta a possibilidade de os Juízos concederem autorização a devedora que esteja em fase de cumprimento do plano aprovado pelos credores a apresentar plano modificativo a ser submetido novamente à Assembleia Geral de Credores.

5. Da mesma forma que o art. 35, I, da LRJF, prevê que a Assembleia de Credores tem atribuição exclusiva para apreciar o plano de recuperação judicial, este órgão também o terá para examinar o pedido de aditamento ou modificação do plano de recuperação judicial originariamente aprovado pelos credores.

6. A deliberação a respeito do aditamento será feita da mesma forma na qual foi realizada o plano originário não importando na concessão de uma nova recuperação judicial.

7. É cediço que o plano de recuperação judicial, aprovado em assembleia pela manifestação dos credores nos termos exigidos pela legislação de regência, apresenta índole negocial, constituindo-se negócio jurídico de caráter contratual, com determinações específicas, cuja atuação do Estado-Juiz se restringirá à verificação se o interesse das partes para alcançar a finalidade recuperatória está desrespeitando ou extrapolando os limites da lei.

8. Submete-se, no entanto, ao controle judicial à análise da legalidade do procedimento de convocação, instalação e deliberação assemblear, assim

como o preenchimento das condições necessárias à concessão da recuperação judicial e os aspectos legais do plano de recuperação judicial (ou de sua modificação ou aditamento) apresentado pelo devedor, conforme se deduz do art. 58, *caput*, da Lei nº 11.101/2005.

9. Nulidade das Cláusulas 6.1, 6.9 e 6.10 do Aditamento ao PRJ que não subsiste.

10. As disposições impugnadas visam à captação de recursos pelas agravadas, cuja providência se afigura prevista em lei e comumente utilizada no mercado como forma de reestruturação a fim de garantir a continuidade das atividades pelas empresas em recuperação judicial e possibilitar o cumprimento efetivo do plano de recuperação judicial.

11. As propostas previstas no aditamento apresentado pelo G. O. foram vastamente discutidas, deliberadas e aprovadas pela maioria dos credores, não se vislumbrando de suas disposições qualquer ilegalidade ou abusividade, inserindo-se na prática de atos de gestão.

12. As medidas necessárias e mais adequadas para se atingir o fim colimado pela LRJF dependem da análise de circunstâncias fáticas e, sobretudo, das condições econômico-financeiras do devedor e da atividade por ele desempenhada, cujas matérias não se inserem na seara jurídica.

13. O art. 50 da LFRE prevê um vasto rol exemplificativo de meios de recuperação judicial, o qual não se exaure em si mesmo.

14. Não se constata qualquer ilegalidade quanto aos meios de recuperação previstos no aditamento para promover a reorganização e reestruturação das atividades das empresas recuperandas, os quais encontram-se previstos no art. 50, da Lei nº 11.101/01, assim como seguem as prescrições legais contidas nos arts. 60, 66 e 142, do mesmo diploma legal.

15. Quanto à criação e alienação das 5 (cinco) UPIs pelas empresas recuperandas, o aditamento aprovado em assem-

bleia prevê expressamente a lista de bens que serão alienados pelas recuperandas, conforme previsto na Cláusula 5.1, devidamente listados no Anexo 3.1.3 ao Aditamento do PRJ Original do Grupo (lista de participações acionárias detidas pelo G. O.), no Anexo 5.3.1 e Seções (Ativos, Passivos e Direitos UPI Ativos Móveis), no Anexo 5.3.2 e Seções (Ativos, Passivos e Direitos UPI Torres), no Anexo 5.3.3 e Seções (Ativos, Passivos e Direitos UPI Data Center), no Anexo 5.3.4 e Seções (Ativos, Passivos e Direitos UPI InfraCo) e no Anexo 5.3.5 e Seções (Ativos, Passivos e Direitos UPI TVCo). 16. Os demais anexos que integram o aditamento também discriminam os ativos, seus respectivos valores e as correspondentes operações societárias. 17. Registre-se que a cláusula 5.1.1, a qual previa a alienação de Ativos Não Relevantes que não estivessem listados no Anexo 3.1.3, independentemente de nova aprovação do Juízo da Recuperação Judicial ou dos Credores Concursais, foi objeto de ressalva pelo juízo recuperacional, por violar frontalmente a norma cogente contida no artigo 66 da Lei nº 11.101/2005. 18. Alegação de completo esvaziamento do G. O. decorrente da alienação dos bens organizados em UPIs que não se sustenta, eis que as disposições contidas no plano não extrapolaram os limites impostos pelas normas cogentes ou princípios que asseguram a proteção dos interesses públicos e sociais. 19. Aditamento ao plano de recuperação judicial que se escorou na necessidade de reestruturação da atividade empresarial a fim de possibilitar seu desempenho de forma eficiente, de obtenção de capital para financiar o plano de investimento em fibra ótica com intento de acompanhar a evolução tecnológica e de mudança de perfil do mercado, no equacionamento da dívida existente a fim gerar um resultado positivo frente ao mercado e na utilidade da medida para a preser-

vação da empresa e cumprimento do plano de recuperação judicial. 20. Não se vislumbra qualquer ilegalidade no cumprimento pelas empresas recuperandas de eventuais exigências, bem como de obtenção de autorizações ou de observância de limitações regulatórias junto à ANATEL e ao CADE, somente após a aprovação do aditamento ao plano de recuperação original, tendo em vista que a proposta prevê expressamente que as providências que permeiam o aditivo observarão todas as obrigações contratuais e regulatórias editadas pela ANATEL e ordinariamente aplicáveis aos agentes regulados necessárias à sua implementação. 21. O próprio aditamento, em sua Cláusula 6.2, prescreve que as alienações de UPIs observarão eventuais exigências, autorizações, ou limitações regulatórias aplicáveis à ANATEL e ao CADE. 22. No que tange à ausência de endereçamento do pagamento de créditos extraconcursais, prescreve o art. 49 da Lei nº 11.101/2005, que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. 23. Não se sujeitam, assim, aos efeitos da recuperação judicial, os créditos constituídos após à distribuição do pedido. 24. A data de formação do crédito, em regra, é condição para se aferir a submissão ou não da quantia por ele representada aos efeitos da recuperação. 25. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento recente do REsp nº 1.843.332/RS, de Relatoria do Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, submetido ao rito dos recursos repetitivos, fixou a seguinte Tese (Tema nº 1.051): "Para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador". 26. Por se tratar de crédito extraconcursal, ou seja, não submetido ao concurso de credores e à novação a partir da homologação do plano de recupera-

ção judicial, não há qualquer prescrição legal impondo que sua forma de pagamento venha discriminada no plano de recuperação judicial ou, no caso, em superveniente aditamento. 27. É cediço que o plano de recuperação judicial irá disciplinar a forma de pagamento dos credores em cada uma das classes cujas particularidades foram expressamente definidas no art. 41, da LRJF. 28. Em que pese não ser possível um tratamento individualizado a cada credor, nada impede que, em relação ao conjunto de credores integrantes de uma mesma classe, o plano de recuperação judicial confira um tratamento diferenciado. 29. Sendo o direito falimentar e recuperacional informado pelo princípio da isonomia, o qual possui assento constitucional, exsurge a concepção de que o concurso de credores é um processo igualitário. 30. O tratamento igualitário, todavia, não significa, que os credores sejam tratados de forma indistinta, mas reconhecendo-se a necessidade de estes serem reunidos e alocados em classes de acordo com as particularidades de seus créditos, para assegurar que titulares derivados de obrigações semelhantes sejam tratados de forma isonômica. 31. A criação de classes diferenciadas de credores, conforme a natureza e o valor do crédito, não viola o princípio da *par condicio creditorum*, diante da ausência de qualquer vedação legal nesse sentido, desde que tal classificação não importe em tratamento desigual a credores que desfrutem da mesma situação jurídica no plano material. 32. O Plano de Recuperação Judicial do G. O. criou uma forma de reestruturação diferenciada dos credores que se encontram em identidade de situação jurídica. 33. A classificação/distinção entre os credores integrantes da Classe III, disposta no Plano de Recuperação Judicial aprovado em Assembleia Geral foi realizada com alicerce nas características particulares de cada grupo, tais como:

(i) Credores quirografários com depósito judicial (cláusula 4.3.2); (ii) Credores *bondholders* (cláusula 4.3.3); (iii) créditos oriundos de agências reguladoras (cláusula 4.3.4); (iv) Credores fornecedores parceiros (cláusula 4.3.5); (v) créditos *intercompany* (cláusula 4.6); e (vi) Credores cujos créditos são ilíquidos (cláusula 4.7). 34. Apesar de o Plano de Recuperação ter posicionado os credores em subclasses, estabelecendo formas de pagamento distintas aos titulares de créditos com características semelhantes a fim de que estes tenham tratamento igualitário em razão da homogeneidade dos interesses envolvidos, tal subdivisão não tem o condão de modificar a classificação legal disposta no art. 41, da LRJF, bem como os critérios de votação preconizados pelo art. 45, do mesmo diploma normativo. 35. Conquanto a jurisprudência e a doutrina tenham aceitado a criação de subclasses de credores com a finalidade de atender às especificidades de determinados grupos de credores, não há possibilidade do exercício do direito de voz e voto alicerçado em tal critério, flexibilizando-se, assim, a norma legal e modificando os parâmetros de votação assentados pela lei recuperacional, os quais devem observar as quatro classes de credores previstas no art. 41, da Lei nº 11.101/05. 36. As cláusulas (i) 5.4.2.1, 5.4.2.2., 5.4.2.3 e 5.4.2.4, incluídas pela disposição 6.11 do Aditamento ao PRJ, que preveem um desconto de 55% imposto aos credores aderentes às opções de reestruturação I e II do Plano Original, se encontram adstritas à seara econômica financeira do acordo engendrado entre a recuperandas e seus credores, eis que, na verdade, a discussão deságua no percentual de dedução (55%) previsto nas disposições questionadas. 37. Aditivo que possibilitou a venda de ativos antes do prazo de seis anos previsto no PRJ, antecipando o pagamento do

saldo total dos Créditos Quirografários detidos pelos Credores Quirografários que tenham escolhido as Opções de Reestruturação I ou II, respectivamente nos termos das Cláusulas 4.3.1.2 ou 4.3.1.3 do Plano, mediante um desconto de 55% (cinquenta e cinco por cento) sobre o respectivo saldo. 38. Hipótese que não revela um novo deságio criado pelo aditivo, mas na verdade uma antecipação do prazo de pagamento previsto no plano originário, a qual importará, na prática, no pré-pagamento dos credores que haviam optado pelas Opções de Reestruturação I e II, do PRJ Originário, na hipótese de excesso de caixa decorrente da alienação de ativos. 39. Diante da previsão de antecipação do prazo para pagamento dos créditos dos Bancos, o Aditamento ao PRJ, de forma a compatibilizar a quantia a ser paga com o valor presente dos referidos créditos e, principalmente, com a redução dos riscos e das perdas decorrentes do prazo anteriormente estabelecido, aplicou-se um desconto de 55%, o qual foi devidamente aprovado na AGC. 40. Ademais, a Lei nº 11.101/2005 não prevê percentual de deságio, deixando a cargo dos credores tal deliberação, que certamente sopesa a situação da empresa. 41. A concessão de prazos e descontos para o adimplemento dos débitos insere-se nas tratativas negociais ajustáveis pelas partes envolvidas nas discussões sobre o plano de recuperação, não sendo passível de sindicabilidade judicial. 42. Inexistência de quaisquer vícios ou ilegalidades capazes de macular o Aditamento ao Plano de Recuperação Judicial. 43. Recurso desprovido.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0076126-91.2020.8.19.0000 / DES. MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO - Julgamento: 29/06/2021 - OITAVA CÂMARA CÍVEL)

Dessarte, conquanto se reconheça a pos-

sibilidade de adoção de tratamento diferenciado, ainda que dentro de uma mesma classe de credores, a distinção procedida deve observar determinados parâmetros.

Deveras, conforme bem pontuado pelo Excelentíssimo Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, no voto suprarreferido, não se apresenta admissível “a estipulação de descontos que impliquem em verdadeira anulação de direitos de eventuais credores isolados ou minoritários”.

Assim, a circunstância de a criação de subclasses não encontrar vedação no ordenamento pátrio, tampouco contrariar o princípio da *par conditio creditorum*, não desautoriza a correspondente análise sob um viés de juridicidade, mormente no tocante à salvaguarda dos direitos dos credores existentes.

Nesse ponto, consoante destacado pelo Administrador Judicial (f. 29.179/29.230 – IE nº 029179 – autos originários), foram criadas 13 (treze) faixas de crédito para os credores quirografários, compreendendo desde créditos até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a superiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), estabelecendo-se diversas formas de pagamento e de amortização, nos termos da cláusula 5.2 do plano de recuperação judicial, cujo teor ora se transcreve, *ipsis litteris*:

“5.2. PAGAMENTO DOS CREDITORES QUIROGRAFÁRIOS. Todos os Credores Quirografários terão seus Créditos Quirografários adimplidos com a incidência de juros de 2% (dois por cento) ao ano, somado à TR, a partir da Data de Homologação sobre a parcela a ser paga, ressalvada a incidência das previsões contidas nas Cláusulas 5.3, 5.5 e 5.6 abaixo, da seguinte maneira:

(i) Créditos Quirografários até o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais): parcela única, a ser paga até 30 (trinta) dias após a Data de Homologação;

(ii) Créditos Quirografários superiores a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) até o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais): parcela única, a ser paga até 60 (sessenta) dias após a Data de Homologação;

(iii) Créditos Quirografários superiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) até o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais): parcela única, a ser paga até 90 (noventa) dias após a Data de Homologação;

(iv) Créditos Quirografários superiores a R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) até o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais): em 18 (dezoito) parcelas iguais e mensais, sendo a primeira parcela devida até 120 (cento e vinte) dias após a Data de Homologação;

(v) Créditos Quirografários superiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) até o valor de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais): em 24 (vinte e quatro) parcelas iguais e mensais, sendo a primeira parcela devida até 120 (cento e vinte) dias após a Data de Homologação;

(vi) Créditos Quirografários superiores a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) até o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais): em 30 (trinta) parcelas iguais e mensais, sendo a primeira parcela devida até 120 (cento e vinte) dias após a Data de Homologação;

(vii) Créditos Quirografários superiores a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) até o valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais): em 36 (trinta e seis) parcelas iguais e mensais, sendo a primeira parcela devida até 120 (cento e vinte) dias após a Data de Homologação;

(viii) Créditos Quirografários superiores a R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) até o valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais): em 42 (quarenta e duas) parcelas iguais e mensais, sendo a primeira parcela devida até 120 (cento e vinte) dias após a Data de Homologação;

(ix) Créditos Quirografários superiores a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) até o valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais): em 48 (quarenta e oito) parcelas iguais e mensais, sendo a primeira parcela devida até 120 (cento e vinte) dias após a Data de Homologação;

(x) Créditos Quirografários superiores a R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) até o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais): em 54 (cinquenta e quatro) parcelas iguais e mensais, sendo a primeira parcela devida até 120 (cento e vinte) dias após a Data de Homologação;

(xi) Créditos Quirografários superiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) até o valor de R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais): em 60 (sessenta) parcelas iguais e mensais, sendo a primeira parcela devida até 120 (cento e vinte) dias após a Data de Homologação;

(xii) Créditos Quirografários superiores a R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais) até o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais): em 66 (sessenta e seis) parcelas iguais e mensais, sendo a primeira parcela devida até 120 (cento e vinte) dias após a Data de Homologação;

(xiii) Créditos Quirografários que superam o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais): a) 10% (dez por cento) do valor do Crédito Quirografário será pago em 12 (doze) parcelas iguais e anuais, sendo a primeira parcela devida 4 (quatro) anos após a Data de Homologação. Para o bem da clareza, os juros devidos no período de 3 (três) anos a contar da Data de Homologação serão acrescidos ao valor do montante principal para cálculo das parcelas anuais; a partir de então, incidirão juros de 2% (dois por cento) ao ano, somados à TR, sobre a parcela devida até a data de seu efetivo pagamento.

a.1) Os Credores Quirografários que também se qualificarem como Credores Colaboradores, em

vez do previsto na Cláusula 5.2 (xiii) (a) acima, receberão 10% (dez por cento) do valor do Crédito Quirografário em 13 (treze) parcelas iguais e anuais, sendo a primeira parcela devida 2 (dois) anos após a Data de Homologação. Para o bem da clareza, os juros devidos no período de 1 (um) ano a contar da Data de Homologação serão acrescidos ao valor do montante principal para cálculo das parcelas anuais; a partir de então, incidirão juros de 2% (dois por cento) ao ano, somados à TR, sobre a parcela devida até a data de seu efetivo pagamento.

b) até 90% (noventa por cento) do valor do Crédito Quirografário será amortizado de forma anual, através de 4% (quatro por cento) do Faturamento Excedente, se existente. As amortizações acontecerão sempre no dia 30 de junho, sendo a primeira realizada em 2022 e a última em 2.036. O compartilhamento do Faturamento Excedente entre os Credores será feito *pro rata* de forma proporcional ao valor dos seus Créditos Concurtais”

Destrinchando-se a cláusula *sub oculis*, constata-se, no que se refere às 12 (doze) primeiras subclasses, englobando créditos até R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) até créditos superiores a R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais) e inferiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), o plano apresentado segue uma coerência proporcional escalonada, aumentando o prazo de adimplemento em 6 (seis) meses a cada nova faixa e estipulando carências entre 30 (trinta) e 120 (cento e vinte) dias conforme o incremento financeiro do crédito.

Assim, extrai-se uma lógica pecuniária subjacente quanto à organização das dívidas mais elevadas, em um conceito de conservação da sociedade empresária.

Ocorre que, ao adentrar a última subclasse de quirografários, com créditos superiores a R\$

60.000,00 (sessenta mil reais), o plano apresentado denota-se irrazoável e abusivo em relação a tais credores, ensejando-lhes impacto desproporcional em cotejo com os demais membros da classe.

A título ilustrativo, procede-se à comparação com a subclasse imediatamente inferior, relativa a créditos superiores a R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais) e inferiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Em relação a esta, o plano de recuperação judicial prevê o pagamento em 66 (sessenta e seis) parcelas iguais e mensais, observada a carência de 120 (cento e vinte) dias (f. 29.195 – IE nº 029179 – autos originários). Já no que se refere aos créditos superiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a carência estipulada sobe para 4 (quatro) anos, sendo realizado apenas o adimplemento de 10% (dez por cento) do crédito, dividido em 12 (doze) parcelas anuais (f. 29.195 – IE nº 029179 – autos originários), mediante atualização monetária procedida conforme a TR (taxa Referencial), a qual se afigura como indicador reconhecidamente mais tímido. Em relação aos demais 90% (noventa por cento) do crédito, somente serão pagos, de forma anual, caso a Recuperanda supere o faturamento anual de R\$ 1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais), e, caso não atingida tal meta, seria aplicado o percentual de 90% (noventa por cento) a título de deságio (f. 29.195/29.199 – IE nº 029179 – autos originários).

Nesse contexto, constata-se, em sede sumária, um incremento excessivo quanto ao lapso de carência em relação a tal subclasse, assim como a fixação de possível deságio de 90% (noventa por cento) do crédito, circunstâncias estas que evidenciam quase que uma hipótese de remissão de dívidas.

Destaque-se, nesse ponto, a partir de planilhas trazidas pelas próprias agravadas no âmbito do agravo de instrumento nº 0051198-

08.2022.8.19.0000 (f. 59/60 – IE nº 000042), que quase a totalidade dos valores devidos aos credores quirografários se encontram nesta última faixa acima de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Em verdade, o montante concernente a créditos quirografários inferiores a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) envolvia, quando da realização da Assembleia Geral de Credores, em torno de R\$ 2.600.000,00 (dois milhões e seiscentos mil reais), ao passo que aqueles superiores a tal valor de referência perfaziam importe próximo a R\$ 950.000.000,00 (novecentos e cinquenta milhões de reais).

Nesse contexto, o mecanismo de amortização previsto no plano de recuperação judicial poderia vir a frustrar, em última análise, o adimplemento da quase totalidade das dívidas existentes junto à classe dos quirografários.

Registre-se, por pertinente, que o simples fato de a maioria dos credores quirografários não se haver insurgido quanto ao resultado da assembleia e à consequente homologação do plano em nada afeta o direito daqueles que efetivamente se sentiram prejudicados de formular sua irrisignação recursal, seja em atenção à garantia constitucional do acesso à justiça, seja pela retro aludida ressalva realizada pelo Eminentíssimo Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE quanto à imperiosidade de se atentar para eventuais abusividades em face de credores minoritários ou isolados.

Denota-se importante frisar, de outro turno, que não se está a afirmar a inviabilidade de estabelecimento de prazos de carência, instituição de subclasses ou aplicação de deságio.

Deveras, tais mecanismos se apresentam como instrumentos negociais válidos sob o ponto de vista de renegociações de dívidas entre credores e devedores, mediante concessões mútuas, voltadas à recuperação financeira da empresa, com foco em sua função social e econômica.

Todavia, na hipótese *sub examine* restou configurada uma utilização desproporcional de tais ferramentas, fixando-se, de forma simultânea e cumulativa, a incidência de prazo elevado de carência (quatro anos) e deságio em patamar bastante expressivo (noventa por cento).

Além disso, verificou-se uma quebra súbita, quando da passagem da subclasse de créditos até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para aquela superior a tal referencial, de toda a coerência e organicidade interna de uma progressão escalonada, criando-se condições extremamente desvantajosas e desalinhadas com aquelas estabelecidas para credores de menor dimensão.

Em idêntica concepção, colacionam-se os seguintes precedentes deste Egrégio Sodalício, extraídos da jurisprudência de seus Órgãos Fracionários, *in verbis*:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE HOMOLOGOU O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO EM ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. IMPOSSIBILIDADE DE INCURSÃO DO JUDICIÁRIO NA ANÁLISE DE VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA, FICANDO ADSTRITO AO CONTROLE DE LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS PREVISTAS NO PLANO. RECURSO EM QUE SE PRETENDE A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS 3.1; 3.2.; 3.3.2.; 3.3.3; 3.5; 3.5.3; 3.5.4; 3.5.5; 3.5.6; 3.5.7; 3.5.9; 3.5.10; 3.8; QUE, EM SÍNTESE, VERSAM SOBRE: (I) CONDIÇÕES DE PAGAMENTO DA CLASSE III (CARÊNCIA, DESÁGIO E CORREÇÃO); (II) LEILÃO REVERSO E BÔNUS DE ADIMPLÊNCIA; (III) REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA; (IV) CREDITORES FOMENTADORES; (V) LIBERAÇÃO DAS GARANTIAS, BEM COMO EXTINÇÃO DAS AÇÕES EM FACE DOS GARANTIDORES; (VI) SUBMISSÃO DO CRÉDITO EXTRAJUDICIAL; (VII) CLÁUSULAS DE ENCERRAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DESCUMPRIMENTO DO PLANO. INCONFORMISMO PARCIALMENTE FUNDADO DO

RECORRENTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE QUANTO ÀS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO ESTABELECIDAS PARA OS CREDORES DA CLASSE III. TRATATIVAS NEGOCIAIS ENGENDRADAS ENTRE OS CREDORES E AS EMPRESAS RECUPERANDAS NO TOCANTE ÀS CONDIÇÕES E FORMAS DE PAGAMENTO PROPOSTAS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL QUE POSSUEM NATUREZA ECONÔMICA E FINANCEIRA, E FORAM PREVIAMENTE SUBMETIDAS À APROVAÇÃO DOS CREDORES, NÃO CABENDO AO JUDICIÁRIO SE IMISCUIR NO SEU MÉRITO. A CONCESSÃO DE PRAZOS E CONDIÇÕES ESPECIAIS PARA PAGAMENTOS DAS OBRIGAÇÕES VENCIDAS OU VINCENDAS, SE CONSTITUI NUM DOS MEIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONSTANTES DO VASTO ROL DAS MEDIDAS PREVISTAS NO ART. 50 DA LEI Nº 11.101/05. QUANTO AO DESÁGIO, SOMENTE NAS HIPÓTESES EM QUE CUMULADO COM PRAZOS DE CARÊNCIA DEMASIADAMENTE DILATADOS E AUSÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA, IMPORTANDO EM EXCESSIVO ÔNUS AOS CREDORES, É QUE A JURISPRUDÊNCIA TEM REPELIDO A SUA INSTITUIÇÃO, O QUE NÃO É A HIPÓTESE DOS AUTOS. PRAZO DE CARÊNCIA QUE SE JUSTIFICA DIANTE DA NECESSIDADE DE AS EMPRESAS RECUPERANDAS SE REORGANIZAREM E ASSIM ROBUSTECER SEU FLUXO DE CAIXA, DE FORMA A GANHAR VIGOR FINANCEIRO PARA SALDAR SUAS DÍVIDAS. PROPOSTA APROVADA QUE PREVÊ A APLICAÇÃO DA TR, COMO INDEXADOR DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO É ILEGAL. FIXAÇÃO DAS TAXAS DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA QUE SE INSERE NA LIBERDADE CONTRATUAL EM QUE CREDOR E DEVEDOR NEGOCIAM TODAS AS CONDIÇÕES PARA A QUITAÇÃO DO DÉBITO, NÃO HAVENDO IMPEDIMENTO LEGAL A SUA ESTIPULAÇÃO OU A IMPOSIÇÃO DE UM ÍNDICE ESPECÍFICO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA CLÁUSULA QUE PREVÊ O LEILÃO REVERSO, POIS NÃO VIOLA A IGUALDADE ENTRE

OS CREDORES, ASSIM COMO NA CLÁUSULA QUE CUIDA DO BÔNUS DE ADIMPLÊNCIA, MAIS UM MECANISMO COMUM PREVISTO NOS PLANOS COM O ESCOPO DE SOERGIMENTO DA EMPRESA. CLÁUSULA QUE PREVÊ UMA EVENTUAL REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA QUE NÃO FERE OS DIREITOS DOS CREDORES, JÁ QUE SUJEITA À AUTORIZAÇÃO E FISCALIZAÇÃO PELO JUÍZO E PELO ADMINISTRADOR JUDICIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NO TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFERIDO A GRUPO DE CREDORES FOMENTADORES, QUE CONTRIBUEM PARA O ÊXITO DA RECUPERAÇÃO. DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA, OU MESMO A APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO, QUE NÃO IMPEDE O DIREITO DO CREDOR DE BUSCAR A SOLVÊNCIA DO SEU CRÉDITO CONTRA OS COBRIGADOS. ARTIGO, 49, § 1º, DA LEI Nº 11.101/2005. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE, EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO, ASSENTOU O ENTENDIMENTO SEGUNDO O QUAL A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR PRINCIPAL NÃO IMPEDE O PROSSEGUIMENTO DAS EXECUÇÕES NEM INDUZ SUSPENSÃO OU EXTINÇÃO DE AÇÕES AJUIZADAS CONTRA TERCEIROS DEVEDORES SOLIDÁRIOS OU CO-OBIGADOS EM GERAL. AGRAVANTE QUE DISCORDOU, EXPRESSAMENTE, DA APLICAÇÃO DA NOVAÇÃO AOS COBRIGADOS EM GERAL, COMO SE VÊ EXPRESSAMENTE NA ATA DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES, DE FORMA QUE NÃO ATENDIDA A EXIGÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 50, § 1, DA LEI Nº 11.101/2005, PELO QUE INAPLICÁVEL AO CASO CONCRETO O RESP nº 1.532.943/MT, CITADO NAS CONTRARRAZÕES. NULIDADE DAS CLÁUSULAS 3.5; 3.5.3; 3.5.4; 3.5.5; 3.5.6; 3.5.7 NO QUE TANGE À EXTENSÃO DOS EFEITOS DA NOVAÇÃO AOS COBRIGADOS EM GERAL. CREDORES EXTRA-CONCURSAIS QUE NÃO ESTÃO SUBMETIDOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL, HAVENDO CLÁUSULA APENAS NO SENTIDO DE QUE TAIS

CRÉDITOS SERÃO PAGOS EM CONFORMIDADE COM O PLANO. CLÁUSULAS 3.5.10 E 3.8 QUE, AO REGULAREM O ENCERRAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O EVENTUAL DESCUMPRIMENTO DO PLANO, PADECEM DE NULIDADE, POR VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 61 A 63 E 73, IV, DA LEI Nº 11.101/05. AGRAVADAS QUE DEVEM PERMANECER EM RECUPERAÇÃO MESMO APÓS A HOMOLOGAÇÃO DO PLANO. DESCUMPRIMENTO DE QUALQUER OBRIGAÇÃO CONTIDA NO PLANO DE RECUPERAÇÃO QUE, NOS TERMOS DO QUE DISPÕE O ART. 61, § 1º, DA LEI DE REGÊNCIA, PODE ACARRETAR A CONVOCAÇÃO DA RECUPERAÇÃO EM FALÊNCIA. CLÁUSULA QUE PREVÊ A CONFIGURAÇÃO DA MORA SOMENTE APÓS O INADIMPLEMENTO DE TRÊS PARCELAS ASSOCIADO AO DECURSO DE 30 DIAS APÓS NOTIFICAÇÃO PARA PAGAMENTO, E AINDA, A NECESSIDADE DE PRÉVIA INSTALAÇÃO DE ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES EM TAIS HIPÓTESES QUE PADECE DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 61, 62 e 73 DA LEI Nº 11.101/2005. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA DECLARAR A NULIDADE DAS CLÁUSULAS 3.5; 3.5.3; 3.5.4; 3.5.5; 3.5.6; 3.5.7 NO QUETANGE À EXTENSÃO DOS EFEITOS DA NOVAÇÃO AOS COOBRIGADOS EM GERAL; BEM COMO PARA DECLARAR NULAS AS CLÁUSULAS 3.5.10 E 3.8 CONSTANTES DO PLANO.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0004668-48.2019.8.19.0000 / DES. MAURO PEREIRA MARTINS - Julgamento: 31/07/2019 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL)

ACÓRDÃO DIREITO EMPRESARIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO PELA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES - AGC. HOMOLOGAÇÃO. SOBERANIA DA DELIBERAÇÃO DA AGC QUE PODE SER AFASTADA QUANDO O PLANO VIOLA A LEGALIDADE OU DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CREDORES. POSSIBILI-

DADE DE ANÁLISE, PELO PODER JUDICIÁRIO. DESÁGIO DE 90% QUE IMPORTA EM ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA DEVEDORA. SUSPENSÃO DA AGE. LIMITAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO E AO VOTO DOS CREDORES. NOVO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APRESENTADO EM SEDE DE ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. IMPOSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO ATO ASSEMBLEAR QUANDO HÁ APRESENTAÇÃO DE NOVO PRAZO. DIREITO DOS CREDORES DE ANALISAREM O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM PRAZO JUSTO E RAZOÁVEL, EM ABSOLUTA CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. DECISÃO QUE SE REFORMA. PROVIMENTO DO RECURSO.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0010851-06.2017.8.19.0000 / DES. JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO - Julgamento: 29/08/2017 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL)

EMPRESARIAL. DECISÃO QUE HOMOLOGA, EM PARTE, PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AGRAVO INTERNO INVESTIDO CONTRA A LIMINAR DE EFEITO SUSPENSIVO QUE PERDE OBJETO COM A RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA DE FUNDO. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO PELA C. E. F. SUSPENSÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS QUE SÓ PROTRAI O TERMO *AD QUEM* QUANDO OCORRE NO DIA DE INÍCIO OU TÉRMINO DO LAPSO RECURSAL. JURISPRUDÊNCIA DO COL. STJ. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 224, § 1º DO N.C.P.C. NO MAIS, NÃO SUBSISTE O INTERESSE EM DISCUTIR A CLÁUSULA DE PRAZO PARA OPÇÃO DE PAGAMENTO QUANDO, DENEGADA SUSPENSIVIDADE ATIVA, ESPONTANEAMENTE, A PARTE JÁ SUPRE A DISPOSIÇÃO IMPUGNADA. MÉRITO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL CONFINADO AOS ASPECTOS DE LEGALIDADE. MAGISTÉRIO DA DOCTRINA E PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INTELIGÊNCIA DOS ENUNCIADOS Nº 44, 45 E 46 DA I JORNADA DE DIREITO COMERCIAL.

IMPUGNAÇÃO ÀS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO ACORDADAS. CLÁUSULA QUE PREVÊ O DESÁGIO DE 90% (NOVENTA POR CENTO) DO VALOR NOMINAL DA DÍVIDA, A SER PAGA AO LONGO DE DEZ ANOS, SEM CORREÇÃO MONETÁRIA E RESPEITADA A CARÊNCIA DE 6 (SEIS) MESES. MANIFESTA ABUSIVIDADE. VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS CREDORES E, AINDA, DA *PAR CONDITIO CREDITORUM*. VERDADEIRO PERDÃO DO DÉBITO. PRECEDENTES DESTA CÂMARA CÍVEL. LEGALIDADE, POR OUTRO LADO, DA PREVISÃO DE PRAZO PARA PURGA DA MORA QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS ANTES DE SE PROCEDER AO DECRETO DE FALÊNCIA. LIBERDADE NEGOCIAL E PROPORCIONALIDADE ESTRITA A RECOMENDAREM A CHANCELA DO ITEM. PRECEDENTES ESPECÍFICOS DESTA CORTE E DO EG. TJSP. VIABILIDADE, ADEMAIS, EM ASSUMIR UM COMPROMISSO DE RENEGOCIAÇÃO FUTURA, MESMO APÓS O ENCERRAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, DESDE QUE O EFEITO VINCULANTE SE RESTRINJA AOS INTERESSADOS QUE EXPRESSAMENTE ADERIREM AO PROCEDIMENTO. PREJUÍZO DO AGRAVO INTERNO. NÃO CONHECIMENTO DO AI Nº 0060115-84.2020.8.19.0000. PROVIMENTO DO AI Nº 0050981-33.2020.8.19.0000. CONHECIMENTO PARCIAL E, NA EXTENSÃO, PROVIMENTO PARCIAL DO AI Nº 0051818-88.2020.8.19.0000.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0051818-88.2020.8.19.0000 / DES. CUSTÓDIO DE BARROS TOSTES - Julgamento: 10/05/2022 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE HOMOLOGOU O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL APROVADO EM ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO QUANTO À SUA LEGALIDADE OU EVENTUAL VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS

CREDORES. DIVISÃO DA CLASSE DOS CREDORES QUIROGRAFÁRIOS, COM BASE NO VALOR DO CRÉDITO. TRATAMENTO DESIGUAL A CREDORES DE UMA MESMA CLASSE (IMPOSIÇÃO DE DESÁGIO DE 25%, 90% E 95% A CREDORES QUIROGRAFÁRIOS). OFENSA AO PRINCÍPIO *PARS CONDITIO CREDITORUM*. PLANO QUE, NA PRÁTICA, NÃO PROMOVE NOVAÇÃO, MAS VERDADEIRA REMISSÃO DAS DÍVIDAS. ABUSIVIDADE DO PLANO. PROVIMENTO DO RECURSO.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0018260-33.2017.8.19.0000 / DES. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES - Julgamento: 05/09/2017 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL)

Agravo de instrumento. Direito Empresarial. Recuperação de Empresa. Homologação do Plano de Recuperação Judicial. Soberania da assembleia de credores. Relativização Jurisprudencial. Insurgência de credor contra as cláusulas que estabeleceram a carência de 18 meses para o início do pagamento aos credores; pagamento em 240 parcelas mensais; deságio de 90% e extinção das ações judiciais em face dos coobrigados. Provimento parcial. A soberania das deliberações da Assembleia Geral de Credores advém da liberdade negocial, todavia o aludido plano deve ser aferido sob a ótica da ponderação, uma vez que o PRJ é submetido ao controle judicial a respeito dos requisitos legais de validade dos atos jurídicos em geral, dentre estes cabe ao julgador afastar eventual abuso de direito, analisando-se os critérios de proporcionalidade em sentido estrito, o enriquecimento sem causa, os princípios gerais do direito, da boa-fé objetiva, e assim por diante. Enunciado 44 do Conselho Federal de Justiça. A previsão de 90% do valor do crédito se afigura desproporcional e em franco descompasso aos direitos de propriedade dos credores, uma vez que o juízo de ponderação entre os princípios

e direitos regentes do processo de recuperação judicial e de propriedades dos credores não pode resultar em eliminação do núcleo mínimo do direito à propriedade que, como cediço, deve ceder nesses casos, mas não em sua totalidade. O postulado da *par condicio creditorum* estabelece igualdade de condições dos credores, contudo, a lei de regência permite sua classificação por créditos, mas esta não pode implicar tratamento desequilibrado e não isonômico entre os quirografários. O condicionamento ao início do pagamento dos credores à inexistência de recurso contra a homologação do PRJ, configura abuso e ilicitude, podendo servir de estímulo à inadimplência da recuperanda. O início do prazo de carência deve ser contado a partir da publicação da decisão concessiva da recuperação judicial, e não do julgamento do último recurso interposto junto ao TJRJ. Nulidade também das cláusulas no que concerne à proibição de cobrança e extinção das garantias prestadas aos créditos sujeitos à recuperação, autorizando-se aos credores a promover a cobrança dos avalistas e coobrigados por dívidas contraídas pelas recuperandas. Inteligência do artigo 49, § 1º e da súmula nº 581 do STJ. Recurso parcialmente provido para: 1) anular as cláusulas 3.4, 3.5 e 4.2; 2) alterar a cláusula 4.4 do PRJ para estabelecer o início do prazo de carência a contar da publicação da decisão concessiva do plano recuperacional; 3) declarar a nulidade das cláusulas 4.9, 5.2, 5.5 e 5.6, no que concerne à proibição de cobrança e extinção das garantias prestadas aos créditos sujeitos à recuperação, autorizando-se aos credores a promover a cobrança dos avalistas e coobrigados por dívidas contraídas pelas recuperandas; 4) bem como declarar nula a cláusula 6.5, cabendo a incidência de juros e correção, tendo por termo inicial a decisão homologatória do PRJ.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0076853-50.2020.8.19.0000 / DES. LÚCIO DURANTE - Julgamento: 17/08/2021 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL)

Examina-se, em sequência, a controvérsia relativa a possível natureza ilíquida da cláusula 5.2 do plano, sustentada pela agravante no feito nº 0049279-81.2022.8.19.0000, sob o fundamento de que “o Plano de Recuperação Judicial homologado através da decisão ora agravada, não é certo e muito menos líquido, trazendo uma ampla insegurança jurídica, posto que não oportuniza os credores a informação de quando irão receber o montante, em quantas parcelas, quais valores e sequer se efetivamente receberão os 90% (noventa por cento) do montante da dívida, visto que ficou definido para os credores quirografários acima de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) que até 90% (noventa por cento) do valor do Crédito Quirografário será amortizado de forma anual, através de 4% (quatro por cento) do Faturamento Excedente, se existente” (f. 08/09 – IE nº 000002 – processo nº 0049279-81.2022.8.19.0000).

Embora já anteriormente transcrita a disposição em si, impende-se conceder o necessário destaque ao ponto acerca do qual se advoga a existência de iliquidez, *ipsis litteris*:

“5.2. PAGAMENTO DOS CREDORES QUIROGRAFÁRIOS. Todos os Credores Quirografários terão seus Créditos Quirografários adimplidos com a incidência de juros de 2% (dois por cento) ao ano, somado à TR, a partir da Data de Homologação sobre a parcela a ser paga, ressalvada a incidência das previsões contidas nas Cláusulas 5.3, 5.5 e 5.6 abaixo, da seguinte maneira:

(...)

(xiii) Créditos Quirografários que superam o valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais):

(...)

b) até 90% (noventa por cento) do valor do Crédito Quirografário será amortizado de forma anual, através de 4% (quatro por cento) do Faturamento Excedente, se existente. As amortizações acontecerão sempre no dia 30 de junho, sendo a primeira realizada em 2022 e a última em 2.036. O compartilhamento do Faturamento Excedente entre os Credores será feito *pro rata* de forma proporcional ao valor dos seus Créditos Concurtais.”

O conceito de “faturamento excedente”, aludido na cláusula 5.2, XIII, “b”, encontra-se devidamente delineado no âmbito da disposição 4.5 do plano de recuperação judicial, senão vejamos:

“4.5. FATURAMENTO EXCEDENTE. Faturamento bruto anual da U. excedente a R\$ 1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais) será utilizado para amortização de Créditos Trabalhistas, Créditos Financeiros, Créditos Quirografários, Créditos ME/EPP e Créditos Extraconcurtais Reestruturados, na forma das Cláusulas 5.1(iii), 5.2(xiii)(b), 5.3.2, 5.4(iv) e 5.9 abaixo. Na eventualidade de a U. ser adquirida por outro player do setor, para fins de contabilização do Faturamento Excedente, será considerado apenas o faturamento das lojas que forem originalmente lojas L. O valor de R\$ 1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais) referido anteriormente será atualizado anualmente, a partir da Data de Homologação, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IPCA/IBGE) ou pelo índice que venha a substituí-lo. A constatação da existência de Faturamento Excedente e o cálculo de seu valor se darão anualmente em 31 de maio, após a auditoria das demonstrações financeiras das Recuperandas, tendo como

referência o faturamento de janeiro a dezembro do ano anterior.

4.5.1. Para os Credores Colaboradores, em razão da relevância do apoio para o sucesso do soerguimento das Recuperandas, o faturamento será considerado excedente quando superior a R\$ 1.200.000.000,00 (um bilhão e duzentos milhões de reais), observado, no mais, o disposto no *caput* da Cláusula 4.5. acima.

4.5.2. Como o pagamento de 50% (cinquenta por cento) dos Créditos Financeiros estará sujeito a futuro e incerto Evento de Liquidez ou Distribuição de Dividendos, em relação aos Credores Financeiros, o faturamento será considerado excedente quando superior a R\$ 1.200.000.000,00 (um bilhão e duzentos milhões de reais), observado, no mais, o disposto no *caput* da Cláusula 4.5. acima”

Assim, o pressuposto para recebimento anual, por parte dos quirografários da subclasse em questão, de montante correspondente a percentual do crédito titularizado, consiste na percepção de faturamento pelas Recuperandas em determinado exercício superior a R\$ 1.300.000.000,00 (um bilhão e trezentos milhões de reais), argumentando as agravantes que “ao contrário do que determina a Lei, o Plano de Recuperação Judicial homologado através da decisão ora agravada, não é certo e muito menos líquido, trazendo uma ampla insegurança jurídica, posto que não oportuniza os credores a informação de quando irão receber o montante, em quantas parcelas, quais valores e sequer se efetivamente receberão os 90% (noventa por cento) do montante da dívida, visto que ficou definido para os credores quirografários acima de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) que até 90% (noventa por cento) do valor do Crédito Quirografário será amortizado de forma anual, através de 4% (quatro por cento) do Faturamento Excedente,

se existente” (f. 08/09 – IE nº 000002 – feito nº 0049279-81.2022.8.19.0000).

Consoante cediço, a liquidez das obrigações instituídas e dos valores devidos se apresenta como elemento essencial que deve nortear a elaboração do plano de recuperação de judicial e da qual deflui a sua própria validade. Constitui-se, em verdade, como mecanismo apto a viabilizar a verificação acerca da exequibilidade do plano, além de proporcionar aos credores a adequada aquilatação acerca da dimensão dos créditos homologados e do planejamento referente ao respectivo adimplemento.

Saliente-se que a decisão homologatória do plano de recuperação judicial possui natureza de título executivo (art. 59, § 1º, da Lei de Recuperação e Falências), o qual deve ser dotado dos requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade, na forma do art. 783 do CPC.

In casu, analisando-se o teor da cláusula em questão, verifica-se a criação de obrigação condicional, desprovida de elementos de apoio aptos a conferir aos Credores um mínimo de certeza quanto ao recebimento ou não dos valores que lhe são devidos, tampouco a periodicidade e o montante com o qual serão contemplados em caso de adimplemento.

Acrescente-se, inclusive, que a agravante S. I. T. E. apresentou, em 1º grau de jurisdição, análise técnica (f. 24.526/24.542 – IE nº 024526 – autos originários), devidamente reiterada em sede recursal (agravo de instrumento nº 0048960-16.2022.8.19.0000), na qual contesta a própria viabilidade de se atingir o patamar do faturamento excedente delineado no plano recursal.

Por outro lado, as Recorridas se limitaram a argumentar que “não é impossível a U. chegar a um faturamento anual superior a R\$ 1.300.000.000,00” e que “a despeito das previsões apocalípticas do especialista contratado

pela Agravante, nos últimos 8 anos, a U. superou tal faturamento 4 vezes” (f. 3.931 – IE nº 003920 – feito nº 0048960-16.2022.8.19.0000), sem acostar aos autos nenhum documento que confira respaldo fático-jurídico a tal linha de inteligência quanto à pertinência de tal valor ou à viabilidade prospectiva de sua superação.

Outrossim, uma vez prevista a correção monetária anual do valor referencial do faturamento excedente com base no IPCA, denota-se necessária a existência de ulterior crescimento das Recuperandas que venha a superar a inflação do exercício financeiro, para fins de efetiva quitação das parcelas devidas.

Destarte, também exsurge a nulidade da disposição concernente, porquanto ostenta natureza ilíquida.

Nesse contexto, convém trazer à baila os seguintes precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE HOMOLOGOU PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INSURGÊNCIA DE CREDOR QUIROGRAFÁRIO FINANCEIRO. ALIENAÇÃO DE BENS. DETERMINAÇÃO DO MAGISTRADO PARA OBSERVAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS. CRÉDITO *INTER-COMPANY*. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO E CONVERSÃO EM CAPITAL. LIMITES IMPOSTOS NO PLANO. EVENTUAL PREJUÍZO AOS CREDITORES PODERÁ SER VERIFICADO PELO MAGISTRADO. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO NESSES TEMAS. EXIGÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DAS DECISÕES QUE RECONHECEREM CRÉDITOS CONTRA AS RECUPERANDAS, PARA PAGAMENTO. INVALIDADE. SENDO A DECISÃO EXIGÍVEL, INDEVIDO É IMPOR TAL EXIGÊNCIA. RECURSO PROVIDO PARA AFASTAR A NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE ADMITIR A LIQUIDEZ DO PLANO DE RECUPERAÇÃO, ASSIM CONSIDERADOS NO FATO DE

SER SUBORDINADO À EXISTÊNCIA DE SALDO NO 'CAIXA DE DISTRIBUIÇÃO'. CLÁUSULA POSTESTATIVA E, PORTANTO, INVÁLIDA. PRECEDENTES. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO NESSA PARTE, COM DETERMINAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2051409-49.2021.8.26.0000 / DES. ALEXANDRE LAZZARINI - Julgamento: 24/08/2022 - PRIMEIRA CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL)

AGRAVO DE INSTRUMENTO Recuperação judicial - Decisão homologatória - Pretensão de reforma - Iliquidez das parcelas - Previsão de rateio sobre montante fixo, sem a previsão sobre a data em que se dará a quitação de cada credor - Descabimento - Imprescindível a exata descrição das datas de pagamento, valor da parcela, saldo residual e indicação do credor. Determinação para que se promova o aditamento do plano a ser submetido à homologação. Agravo parcialmente provido.

(AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2057365-51.2018.8.26.0000 / DES. RICARDO NEGRÃO - Julgamento: 17/09/2018 - SEGUNDA CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL)

Saliente-se, nesse ponto, que o primeiro aresto suprarreferido, referente a recentíssimo julgamento colegiado proferido no âmbito da Corte Paulista, concerne a situação similar, consubstanciada na recuperação judicial do G. O., cujo plano também incluiu disposição específica para pagamento dos credores quirografários, condicionada à existência de determinado faturamento, assim como um saldo mínimo no chamado 'caixa de distribuição'.

Debruçando-se sob o teor do acórdão, consigna o ilustre relator que 'não se pode admitir que os planos de recuperação sejam ilíquidos, assim considerados pelo fato de serem subordinados à existência de saldo no 'Caixa de Distribuição', ainda que haja monitoramento pelo Administrador

Judicial e terceiros, sem qualquer possibilidade do credor saber se receberá ou não seu crédito na data de pagamento' e que 'a existência de saldo suficiente no Caixa de Distribuição para pagamento dos Instrumentos depende exclusivamente das recuperandas e, pior, da administração do maior conglomerado do país, uma vez que a receita das *holdings* é gerada de participações acionárias em outras empresas do G. O.'.

Nesse diapasão, adotando-se acepção análoga à ora externada, também restou afastada a validade da previsão condicional.

Passa-se, então, à análise de aludida nulidade em relação ao teor da cláusula 8.6 do plano de recuperação judicial (cláusula de quitação), a qual estaria em dissonância tanto com o disposto no art. 49, § 1º, da Lei de Recuperação Judicial e Falências ("Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso"), quanto com a jurisprudência assentada pelo Tribunal da Cidadania, em recurso submetido à sistemática de recursos repetitivos (Resp nº 1.333.349/SP), suscitada pelas agravantes V. A. C. C. A. E. S. A., V. A. B., C. A. E. S. A. e V. D. C. A. E. L.

De fato, assim estabelece a disposição em questão, *ipsis litteris*:

"8.6. QUITAÇÃO. Os pagamentos realizados na forma estabelecida neste Plano acarretarão, quando realizados em sua totalidade, de forma automática e independentemente de qualquer formalidade adicional, a quitação plena, irrevogável e irretroatável, de todos os Créditos Concurais de qualquer tipo e natureza contra as Recuperandas, inclusive juros, correção monetária, penalidades, multas e indenizações. Com a ocorrência da quitação, os Credores Concurais serão considerados como tendo quitado, liberado e/ou renunciado integralmente a todos e

quaisquer Créditos, e não mais poderão reclamá-los, contra as Recuperandas, controladas, subsidiárias, afiliadas e coligadas e outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário e econômico, e seus diretores, conselheiros, acionistas, sócios, agentes, funcionários, representantes e sucessores a qualquer título”

Por outro lado, o *standard* pretoriano assestado pelo Superior Tribunal de Justiça, em decorrência do Tema nº 885, consiste na tese jurídica de que “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei nº 11.101/2005”.

Nesse contexto, mediante simples cotejo entre o entendimento jurisprudencial suprarreferido e a disposição sedimentada no plano de recuperação judicial, verifica-se que disciplinam situações jurídicas diversas.

Conforme bem pontuado pelas agravadas, quando do manejo de contrarrazões recursais no processo nº 0051198-08.2022.8.19.0000, a cláusula impugnada não se relaciona a aspectos jurídicos referentes à novação da dívida pela homologação do plano, senão a consequências derivadas da efetiva quitação dos valores existentes.

Deveras, a concepção adotada pela Corte da Cidadania possui como desiderato assegurar a continuidade do trâmite de ações ajuizadas em face de terceiros coobrigados, ainda que operada a novação dos débitos contraídos pela

sociedade empresária sujeita ao processo de recuperação judicial.

A cláusula *sub examine*, por sua vez, não contraria, em momento algum, tal exegese pretoriana, porquanto voltada tão somente a reger o procedimento de extinção da dívida, ao estatuir que, uma vez integralmente quitadas as dívidas, por parte das Recuperandas, não mais subsiste o direito à correspondente exigibilidade perante terceiros, até mesmo de forma a evitar o enriquecimento sem causa.

A novação, por outro lado, encontra-se regida por disposição própria (cláusula 8.3 do plano), sendo destacada, inclusive, expressa ressalva quanto às garantias prestadas por Terceiros (cláusula 8.3.1), senão vejamos:

“8.3. NOVAÇÃO. Este Plano implica, na forma do art. 59 da LRF e ressalvado o previsto no § 1º do art. 49 e no § 2º do art. 61 ambos da LRF, a novação dos Créditos Concursais, que serão pagos na forma estabelecida neste Plano. Por força da referida novação, todas as obrigações, índices financeiros e hipóteses de vencimento antecipado referentes aos Créditos Concursais, que não tenham sido expressamente previstas neste Plano, deixarão de ser aplicáveis, sendo integralmente substituídas pelas previsões contidas neste Plano.

8.3.1. EXCEÇÃO. Observado o disposto no § 1º do art. 49 da LRF, bem como o previsto na Cláusula 5.3.4. acima, ficam expressamente excluídas da novação prevista na Cláusula 8.3. acima, sendo, portanto, mantidas intocadas de pleno direito, todas as garantias fiduciárias, reais ou fidejussórias, relativas aos Créditos”

Dessa forma, não se verifica a alegada nulidade quanto à regra insculpida pela cláusula 8.6

do plano de recuperação judicial.

Diante do exposto, VOTO no sentido do CONHECIMENTO e PARCIAL PROVIMENTO de todos os recursos, para declarar a nulidade da cláusula 5.2. XIII, no tocante ao prazo de carência e ao percentual de deságio, assim como no que se refere à cláusula condicional de amortização segundo o faturamento excedente, devendo ser apresentado novo plano de recuperação judicial pelas agravadas perante o 1º grau de jurisdição, sanando as ilegitimidades pronunciadas, nos termos supra delineados.

RIO DE JANEIRO, 03 DE NOVEMBRO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO
RELATOR**

BOLETO BANCÁRIO. PREPOSTO. ERRO DE DIGITAÇÃO. PAGAMENTO NÃO COMPUTADO. NEGATIVAÇÃO DO NOME. DANO MORAL *IN RE IPSA*.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. NEGATIVAÇÃO. CÓDIGO DE BARRAS DE BOLETO BANCÁRIO DIGITADO ERRADO POR PREPOSTO DO RÉU. PAGAMENTO NÃO COMPUTADO. FALHA NÃO IMPUTÁVEL AO CONSUMIDOR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARA CONDENAR O RÉU NA RESTITUIÇÃO DA QUANTIA DE R\$ 424,63 E AO PAGAMENTO DE R\$ 10.000,00 A TÍTULO DE DANOS MORAIS. INCONFORMISMO DO RÉU.

1. A parte autora não teve computado o pagamento de boleto bancário por erro de digitação do código de barras por parte do funcionário do correspondente bancário filiado ao réu.
2. O recibo de f. 15 foi emitido pelo guichê do caixa (atendimento humano) e não por caixa eletrônico.
3. O banco réu é responsável pelo equívoco do preposto/funcionário de seu correspondente

bancário ao digitar código de pagamento errado.

4. Sendo assim, é indevido o apontamento negativo imposto à parte autora.

5. Dano moral *in re ipsa*.

6. Verba indenizatória corretamente fixada. Aplicação da Súmula nº 343 deste Tribunal.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0001201-54.2018.8.19.0046, em que figuram como partes B. B. S. A., como Apelante e F. J. M. como Apelado.

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

F. J. M. ajuizou Ação Indenizatória por danos morais e materiais em face de B. B., objetivando a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Sustenta o autor que teve seu nome negativado pela empresa "C. C." em razão de um débito no valor de R\$ 424,63.

Aduz que já quitou este débito em 2015, mas que por erro da atendente do banco réu, o valor não foi repassado para a conta do beneficiário e não houve a compensação do título.

Acrescenta que o código de barras foi digitado errado pela preposta do réu, o que culminou na falta de compensação e negativação do seu nome.

Contestação a f. 133/143 em que o réu afirma que não houve falha na prestação do serviço, na medida em que o valor recebido foi repassado tempestivamente para a instituição que emitiu o

título, contudo, não impugnou especificamente o que foi relatado na inicial.

Réplica a f. 265/271.

Saneamento a f. 275/276.

Sentença de procedência do pedido autoral, proferida nestes termos (indexador 295):

Presentes as condições para o regular exercício do direito de ação, bem como os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, passo diretamente à análise do mérito.

Com efeito, cabe ressaltar que a relação jurídica objeto da presente demanda é de consumo, ocupando o autor a posição de consumidor e o réu de fornecedor de serviços, conforme disposto nos arts. 2º e 3º do CDC.

Por este motivo, aplicam-se à demanda as disposições do Código de Defesa do Consumidor, inclusive no que tange à inversão do ônus probatório, nos termos do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, sendo verossímeis as alegações autorais, além de vislumbrar-se sua hipossuficiência.

Relata a parte autora seu nome foi negativedo porque o réu não compensou corretamente um pagamento efetivado por ter digitado erroneamente a sequência do código de barras.

Da análise dos autos, notadamente do documento de f. 15, verifica-se que, de fato, há duas divergências entre a sequência que consta no título e a que consta no recibo.

Resta, então, saber se tal erro partiu do atendente do banco réu ou do próprio autor.

No bojo de sua contestação, o réu se limitou a comprovar que repassou o valor recebido para o banco que emitiu aquele título (f. 137), no entanto, não comprovou que aquele valor foi de fato compensado para o beneficiário do título.

De uma análise mais apurada do recibo de f. 15, extrai-se que se trata de recibo emitido pelo guichê do caixa (atendimento humano) e não por caixa e eletrônico.

Assim, o que se tem é que houve falha na prestação do serviço da ré, que veio a culminar na negativedação do nome do autor, merecendo, assim, a justa devolução do valor pago.

A compensação por danos morais deve ocorrer quando há uma ofensa aos direitos da personalidade. A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ato ilícito, de sorte que, nem todo ato desconforme ao ordenamento jurídico enseja compensação por danos morais.

O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante. No entanto, nos casos de negativedação indevida, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o dano moral se configura *in re ipsa*, dispensando prova do efetivo do dano, que é satisfeita com a demonstração da existência de negativedação indevida.

Nesse contexto, faz necessário concluir que houve danos morais. Ultrapassada a fase de constatação do cabimento de compensação dos danos morais, cabe a este Juízo, a difícil tarefa de quantificar o aludido dano.

E quanto a isso, vale lembrar que não há regra aritmética/matemática para fixação do *quantum* indenizatório. Deve o magistrado, balizado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, fixar o valor observando as circunstâncias do caso concreto; duração e gravidade da lesão; condição econômica das partes; direitos afetados; grau ou concorrência de culpa; dentre outros parâmetros que possam ser aferidos no caso concreto.

Na compensação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência (como dano material), em razão de ser impossível precisar o valor do dano moral, mas sim, uma função satisfatória.

A quantia em pecúnia visa atenuar, de modo razoável, as consequências advindas do dano, ao mesmo tempo em que pretende a punição do causador do evento danoso, tendo tal pena, nesse último viés, função pedagógica.

Levando-se em consideração tais fatores, principalmente, entendo como justa a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), como forma de compensar os danos morais sofridos pela parte autora.

DO DISPOSITIVO:

Diante do exposto, e por tudo mais que consta nos autos JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS PARA: a) CONDENAR a parte ré à restituição da quantia de R\$ 424,63 (quatrocentos e vinte e quatro reais e sessenta e três centavos), com incidência de correção monetária a contar do desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, nos termos dos arts. 405 e 406 do CC c/c art. 161, parágrafo primeiro, do CTN b) CONDENAR a Ré a pagar à parte Autora a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de compensação pelos danos morais sofridos, corrigidos monetariamente a partir da data de arbitramento do valor (súmula nº 362 do STJ), pelo índice adotado pela Corregedoria Geral de Justiça, incidindo, ainda, juros de mora de 1% ao mês, desde a citação. Custas e honorários pela parte ré, que fixo em 10% sobre o valor da condenação. Transitada em julgado, dê-se baixa e archive-se. PRI.

Apelação do réu (indexador 312) alegando, em síntese, que:

1) o repasse da quantia adimplida é automático, tendo em vista que o registro da quitação é eletrônico e migra para o credor registrado, de acordo com o código de barras;

2) não existe uma operação manual, onde o Bradesco retira do dinheiro da cliente e repassa manualmente para uma conta do credor, toda transferência é eletrônica e vinculada diretamente a numeração de barras do boleto;

3) não figura no referido negócio jurídico nem como CONTRATADO e nem como CONTRATANTE e, portanto, não tem qualquer gerência para registrar o pagamento da referida parcela;

4) o pagamento realizado junto a esta instituição, foi devidamente repassado, desta forma, não há que se falar em conduta ilícita do mesmo;

5) o pagamento foi realizado mediante a apresentação do código de barras pelo apelado;

6) não há que se falar em falha na prestação de serviço;

7) o valor foi devidamente repassado ao B. I., logo, apenas o B. I. poderá informar o titular do crédito;

8) não há como ser acolhido o pleito indenizatório de R\$ 10.000,00, uma vez que não foi comprovado que a instituição teria causado a suposta negativação, a qual, foi realizada por outra empresa, inclusive;

9) não vislumbra nenhuma razão para o pedido de indenização por danos morais, sendo certo ressaltar que esta deverá estar estreitamente vinculada aos Princípios que norteiam a responsabilidade civil, os quais têm por base a necessidade da configuração do dano, não bastando simples ocorrência do fato alegado;

10) o autor em momento algum fez prova de qualquer prejuízo que tenha sofrido ou que tenha sido afligida por qualquer dor, sofrimento, ou ter sido exposta a qualquer situação constrangedora

que caracterizasse o dano moral, ensejador, a princípio, do direito a indenização e, que, tal dano tenha sido causado por ato ilícito do apelante;

11) a Parte Apelada não instruiu os autos com documentos hábeis a comprovar o alegado, baseando sua precipitada e infundada ação em meras alegações, sem qualquer prova idônea e crível de convicção, o que não pode ser admitido;

12) o d. Juízo *a quo* deixou de observar aos Princípios da Moderação e da Razoabilidade, fixando-se o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a condenação imposta à Apelante.

Por essas razões, requer “seja reformada em sua integralidade, a fim de que sejam acolhidas as razões fáticas e jurídicas aqui expostas, ou ainda, alternativamente que o *quantum* indenizatório, seja reduzido.”

Contrarrazões prestigiando a sentença (indexador 335).

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e estão presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia sobre erro de digitação no código de barras de boleto bancário, ausência de reconhecimento do pagamento e a negativação do nome da parte autora.

O caso dos autos retrata nítida relação de consumo em virtude da perfeita adequação aos conceitos de consumidor (art. 2º), fornecedor (art. 3º, *caput*) e serviço (art. 3º, § 2º) contidos na Lei nº 8.078/90.

O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor pela prestação do serviço de forma defeituosa.

Desse modo, basta que se verifique a existência do dano e do nexos causal ligando este à conduta do fornecedor de serviços para que esteja caracterizada a responsabilidade civil.

Os bancos, na qualidade de fornecedores, possuem responsabilidade objetiva por defeitos ou vícios na prestação dos serviços aos consumidores devendo arcar com o risco do empreendimento.

Dispõe a Súmula nº 479 do STJ:

“As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”

No caso em tela, a parte autora não teve computado o pagamento do boleto de fls. 15 por erro de digitação do código de barras por parte do preposto do banco réu, conforme comprova o documento de f. 15.

Conforme bem observado pelo juiz sentenciante, o recibo de f. 15 foi emitido pelo guichê do caixa (atendimento humano) e não por caixa eletrônico.

O banco réu é responsável pelo equívoco do preposto/funcionário de seu correspondente bancário ao digitar código de pagamento errado.

Sendo assim, é indevido o apontamento negativo imposto à parte autora.

Inegável o dano moral suportado pela parte autora, traduzido na negativação indevida de seu nome.

Nos termos da súmula nº 343 deste Tribunal, somente se reforma a sentença condenatória de dano moral quando não atendidos, na sentença, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, que, no caso em tela, foram observados.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso, majorando os honorários de sucumbência em 2%, a teor do art. 85, § 11, do CPC.

RIO DE JANEIRO, 27 DE JULHO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. JOÃO BATISTA DAMASCENO

RELATOR

CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. EXAME SOCIAL. REPROVAÇÃO. INDÍCIOS DE ILEGALIDADE. TUTELA ANTECIPADA.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Concurso público. Polícia Militar. Candidata reprovada no exame social. Decisão que indeferiu o pedido liminar. Impetrante reprovada em exame social por infração penal de menor potencial ofensivo, cujas consequências sociais não se mostram suficientemente relevantes e proporcionais à restrição do direito. Índícios relevantes da ilegalidade da exclusão do certame. Prejudicado o agravo interno. Recurso a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0009388-53.2022.8.19.0000, em que é Agravante M. S. M. e Agravado Diretora da Diretoria de Recrutamento e Seleção de Pessoal da PMERJ.

Acordam os Desembargadores da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, julgando prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital que, nos autos do Mandado de Segurança (processo nº 0021436-41.2022.8.19.0001), que indeferiu a liminar, nos seguintes termos:

“... Trata-se de mandado de segurança impetrado por M. S. M. contra ato da Diretora de Recrutamento e Seleção da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, alegando que foi reprovada no exame social da seleção

para o Curso de Formação de Soldados da PMERJ/2014, visando à concessão de liminar que autorize a participação da impetrante nas demais etapas do concurso.

Com efeito, consta de pdf. 27 a decisão de reprovação da candidata justificada pelo Registro de Ocorrência nº 031-07084/2016-01, que gerou a ação por desacato nº 0000459-80.2017.8.19.0202.

Entretanto, a concessão da liminar torna-se inviável, uma vez que os documentos anexados aos autos, por si só, não demonstram a probabilidade do direito e o *periculum in mora* capazes de superar a necessidade das informações da autoridade coatora.

Impende ressaltar que não há nos autos prova pré-constituída da ilegalidade da medida considerando que o cargo de Policial Militar exige postura isenta.

Frise-se que o deferimento do pedido causará tratamento diferenciado entre os candidatos do certame, o que afeta ao Princípio da Isonomia.

Desta forma, a concessão da liminar torna-se inviável, uma vez que os documentos anexados aos autos, por si só, não demonstram o *fumus boni juris* capaz de superar a necessidade das informações da autoridade coatora.

"Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota DIEZ. Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado". (Manual de Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho, p. 85)

Assim, não estando presentes os requisitos

legais do "*fumus boni juris*" e do "*periculum in mora*", INDEFIRO A LIMINAR.

Notifique-se a autoridade coatora para apresentar informações no prazo de 10 dias corridos, na forma do art. 7º, I, da Lei nº 12.016/09.

Intime-se para, querendo, apresentar impugnação.

Decorrido o prazo legal, com ou sem manifestação, ao Ministério Público."

A agravada impetrou mandado de segurança alegando que foi reprovada no exame social da seleção para o Curso de formação de Soldados da PMERJ/2014, visando à concessão de liminar que autorize a participação da impetrante nas demais etapas do concurso. Aduz que a reprovação se deu apenas por possuir registro de ocorrência em seu nome, onde supostamente figurou como autora do fato, bem como em decorrência desta questão, fora submetida a processo criminal. No que tange ao R.O nº 031-07084/2016-01, em que pese o mesmo tenha gerado o termo circunstanciado no Juizado Especial Criminal de nº 0000459-80.2017.8.19.0202, salienta-se que este teve em sentença a extinção da punibilidade, após o pleno cumprimento da proposta de Transação Penal, conforme comprova a sentença em anexo. Diante deste fato, a agravante não possui condenação criminal transitada em julgado, visto que o processo ainda iria julgar a sua suposta conduta se encerrou sem análise do mérito, portanto, não há antecedentes criminais em seu desfavor, o que por si só já demonstra o "*fumus boni juris*", pois faz jus ao pleno gozo do direito a presunção da inocência.

Pugna pela concessão da medida liminar para possibilitar o prosseguimento nas etapas do certame, matriculando a mesma no curso de formação de soldados da PMERJ e, ao final, seja provido seu recurso, confirmando a liminar deferida.

Decisão de f. 19/21 deferindo a tutela antecipada recursal.

O agravado apresentou contrarrazões a f. 29/41.

O Ente Estadual interpôs agravo interno contra decisão, alegando que a agravante omitiu informações relevantes e faltou com a verdade no preenchimento do inventário pessoal, o que configura uma distinção da hipótese relacionada no aludido Tema nº 22 do STF, causa autônoma e suficiente para sua eliminação do concurso, pugnano pelo conhecimento e provimento do recurso.

A Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer a f. 65/75 pelo conhecimento e provimento do recurso, restando prejudicado o agravo interno interposto pelo Ente Estadual.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia sobre a legalidade do ato administrativo.

A reprovação da demandante da fase denominada Exame Social e Documental, em virtude da existência de um único registro de ocorrência contra si relativo à suposta infração penal de Desacato (índice 62).

É sabido que o que pode ser objeto de questionamento no tocante ao exame de investigação social são os critérios utilizados pela Administração Pública para a reprovação do candidato do certame.

Neste particular, ainda que se reconheça que a discricionariedade confere ao administrador certa liberdade para agir de acordo com a conveniência e oportunidade administrativa, tal discricionariedade não constitui campo para

a prática de abusos, encontrando-se, portanto, sujeita a certos limites, dentre os quais, a razoabilidade e a proporcionalidade.

O ato de reprovação em tela, calcado na motivação apresentada pela Administração Pública, revela manifesta falta de razoabilidade e desproporcionalidade administrativa, de modo a permitir a análise e ingerência por parte do Poder Judiciário, sem que se possa falar em indevida intromissão no mérito administrativo, tampouco, violação ao princípio da separação de poderes.

Ademais, há orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade da exclusão, mesmo na fase de investigação social, se inexistir condenação transitada em julgado, uma vez que o princípio da presunção de inocência incide tanto na esfera penal, quanto na administrativa.

Assim, o fato não pode ser considerado grave e não pode servir de embasamento para reprovação da candidata na fase de investigação social.

Neste sentido:

0054729-44.2018.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa - Des(a). SIRLEY ABREU BIONDI - Julgamento: 20/02/2019 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - Agravo de Instrumento. Liminar indeferida em Mandado de Segurança. Impetrante que busca a anulação de ato administrativo que o excluiu de concurso público para preenchimento de vaga de soldado da polícia militar do Estado do Rio de Janeiro. Decisão fundamentada, com esteio na ausência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Decisão que merece reforma. Impetrante reprovado em exame social por ter figurado como vítima de furto em boletim de ocorrência lavrado em 2012. Reprovação calcada na informação de que o agravante conduzia o veículo (motocicleta) sem a devida habilitação. Mera e única infração administrativa que não

justifica a exclusão do certame. *Fumus boni iuris* caracterizado. *Periculum in mora* também configurado, eis que o impetrante foi impedido de participar do Curso de Formação que está em andamento, e perderia a sua posição no certame. PROVIMENTO DO RECURSO.

0038244-03.2017.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa - Des(a). MAURO PEREIRA MARTINS - Julgamento: 30/08/2017 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE NEGOU EFEITO SUSPENSIVO. MANUTENÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA NO PRIMEIRO GRAU. REPROVAÇÃO DE CANDIDATO NO EXAME SOCIAL DO CONCURSO PARA INGRESSO NA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. INQUÉRITOS POLICIAIS EM SEU DESFAVOR. AGRAVADO QUE COMPROVA NÃO POSSUIR ANTECEDENTES CRIMINAIS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA QUE MILITA EM SEU FAVOR. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA E QUE NÃO SE REVELA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU ÀS PROVAS DOS AUTOS. ARGUMENTOS TRAZIDOS NO PRESENTE RECURSO QUE NÃO TÊM O CONDÃO DE ALTERAR O RESULTADO DO JULGADO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Assim, trata-se de infração de menor potencial ofensivo, inexistindo condenação penal e mesmo considerando verdadeiros os fatos imputados a impetrante, houve transação penal pelo Ministério Público nos autos do processo nº 0000459-80.2017.8.19.0202, que foi aceita e cumprida pela agravante, restando extinta sua punibilidade (docs. 55 e 71 do feito originário nº 0021436-41.2022.8.19.0001).

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, confirmando a tutela antecipada

deferida pelos fundamentos acima expostos. Restando prejudicado o agravo interno.

RIO DE JANEIRO, 23 DE JUNHO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. JOSÉ ROBERTO PORTUGAL COMPASSO
RELATOR**

**DANOS ELÉTRICOS CAUSADOS A EQUIPAMENTOS SEGU-
RADOS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA
DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. SEGU-
RADORA QUE ADIMPLIU A OBRIGAÇÃO ASSUMIDA
NO CONTRATO DE SEGURO. SUB-ROGAÇÃO NOS
DIREITOS DOS SEGURADOS. ENUNCIADO 254 DO
VERBETE SUMULAR DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. Ação pelo procedimento comum, com pedido regressivo. Demanda ajuizada por seguradora contra concessionária de energia elétrica. Danos elétricos causados aos equipamentos dos segurados, por alegada oscilação na respectiva rede. Sentença de procedência. Irresignação da ré. Responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviço público. Enunciado nº 254 da súmula de jurisprudência deste Tribunal de Justiça. Seguradora que, após o pagamento da indenização, sub-roga-se integralmente nos direitos e ações que competiam aos segurados. Inteligência do artigo 786 do Código Civil brasileiro. Laudos técnicos trazidos aos autos aptos a comprovar os fatos constitutivos do direito da autora. Ré que, a despeito de informar a regularidade da prestação de seu serviço e de aventar a possibilidade de que os defeitos tenham decorrido de outras causas, não produziu qualquer prova, em especial, técnica, nesse sentido. Inobservância dos artigos 205 e 210 da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL, vigentes à época dos sinistros. Concessionária, então, que

não se desincumbiu de comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora. Artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil. Precedentes. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0021825-91.2020.8.19.0002, em que é Apelante A. E. e S. S.A. e Apelada B. A. R. C. de S..

Acordam os Desembargadores da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

VOTO

1. Relatório lançado nos autos.
2. O recurso é tempestivo e estão presentes os demais requisitos à sua admissibilidade, em virtude do que deve ser conhecido.
3. Cinge-se a controvérsia recursal, sobre se comprovada, ou não, a pretensão regressiva, acolhida na origem, intentada por seguradora contra concessionária de prestação de serviço de energia elétrica, ante a demonstração do nexo de causalidade entre os danos narrados na inicial, decorrentes de oscilação de tensão na rede de energia elétrica; termo inicial dos juros de mora.
4. De início, deve ser ressaltado que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que ainda que se trate de ação regressiva, a responsabilidade do fornecedor de danos causados aos consumidores por defeitos na prestação do serviço de energia elétrica é de natureza objetiva (artigo 22 do CODECON):

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. (...) O entendimento desta Corte Superior é de que a respon-

sabilidade do fornecedor por danos causados aos consumidores por defeitos na prestação do serviço de energia elétrica é objetiva (AgRg no AREsp nº 318.307/PE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, DJe de 05/03/2014). (...) (AgInt no AREsp nº 1.337.558/GO, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 07/02/2019, DJe de 20/02/2019.)

5. É cediço que a seguradora sub-roga-se nos direitos dos segurados, pois adimpliu a obrigação assumida no contrato de seguro, efetuando o pagamento da indenização de sinistro (respectivos comprovantes nos índices 176 e 177), conforme dispõe o artigo 786 do Código Civil, o qual determina que, paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. Sendo assim, dispõe o enunciado nº 188 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, visto que o segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro.

6. Outrossim, deve ser ressaltado que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que ainda que se trate de ação regressiva, a responsabilidade civil do fornecedor de danos causados aos consumidores por defeitos na prestação do serviço de energia elétrica é de natureza objetiva (artigo 22 do CODECON), fundada, portanto, na teoria do risco do empreendimento, que não pode, por óbvio, ser imputado à seguradora (enunciado nº 254 do verbete sumular deste Tribunal de Justiça):

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SÚMULA Nº 182/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. NOVO EXAME DO RECURSO. AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA. SUB-ROGAÇÃO. RESSARCIMENTO DE DANOS. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. OSCILAÇÃO DE ENERGIA. DANO A EQUIPAMENTOS. RESPONSABILIDADE

OBJETIVA. NEXO DE CAUSALIDADE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (...)

O entendimento desta Corte Superior é de que a responsabilidade do fornecedor por danos causados aos consumidores por defeitos na prestação do serviço de energia elétrica é objetiva (AgRg no AREsp nº 318.307/PE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, DJe de 05/03/2014). (...) (AgInt no AREsp nº 1.337.558/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 20/02/2019.)

7. Compulsando os autos do processo, verifica-se que, juntamente com a peça inicial, a autora juntou laudos técnicos, quanto a cada um de seus segurados: C. do E. S. S. (índice 31) e M. R. L. (índice 36), nos quais tem-se atestado, respectivamente, decorrerem os eventos, por ela indenizados, de oscilação de tensão na rede de energia elétrica:

LAUDO TÉCNICO/REPARAMENTO

DADOS DA EMPRESA CONTRATADA

IL TECHNOOGIES INSTALAÇÕES LTDA.
 CNPJ: 18.954.353/0001-84
 R: RIO BONITO Nº 12
 BAIRRO: JD FLUMINENSE
 CEP: 24245-840
 TEL: 9 8837_9361

DADOS DO SOLICITANTE DO PEDIDO DE RESSARCIMENTO

NOME: CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO SÃO SEBASTIÃO CNPJ: 000.100.880/0001_78
 ENDEREÇO: RUA HILARIANO LIMA N 807
 MUNICÍPIO: SÃO GONÇALO
 BAIRRO: MUTUÁ
 CPF: 24461_010

DEFEITOS RECLAMADOS:

A CENTRAL DO SISTEMA DE INTERFONIA PREDIAL (PAX) PARAROU DE FUNCIONAR **DEPOIS DE UM PICO DE ENERGIA ELÉTRICA**, FAZENDO QUE OS MORADORES FICASSEM SEM COMUNICAÇÃO ENTRE ELES E VISITANTES TAMBÉM DIFICULTANDO A ENTRADAS DOS MESMOS NO CONDOMÍNIO.

DEFEITOS DETECTADOS:

FOI DETECTADO QUE A **PLACA FONTE E AS TRÊS PLACAS DE RAMAIS** FORAM DANIFICADAS POR DESCARGA ELÉTRICA, CAUSADA PELO PICO DE ENERGIA ELÉTRICA.

Frederico Silva Ferreira
 ASSINATURA DA REPRESENTANTE DA IL TECHNOOGIES INSTALAÇÕES LTDA ME.

Orçamento/Laudo Técnico	
Nome do atendente:	MARCELO PEREIRA DA SILVA
CPF:	27.895.426/0001-07
Endereço:	BRASILIA - DF
Telefone:	3013-3300
Assinatura do cliente:	YERSON DA SILVA
Comprovação	
Comprovação (fotos)	
Valor de obra:	R\$: _____
Valor de materiais:	R\$: _____
Total	
R\$: _____	
Parâmetros Técnicos sobre os danos constatados (causa e consequência):	
CAUSA PRIMÁRIA: CURTO-CIRCUITO DO DISPLAY LED CAUSANDO A QUEIMA DA TUBO A VÁLVULA, RESINA E LUBRIFICANTE COM A PERDA TOTAL DO EQUIPAMENTO.	
Marcelo Pereira da Silva CNPJ 27.895.426/0001-07	

8. Com efeito, ainda que produzidos unilateralmente, os laudos referenciados não perdem sua força probatória, afinal foram elaborados por pessoa jurídica diversa da apelada, se prestando, dessa forma, a demonstrar, minimamente, que os equipamentos foram danificados em decorrência de oscilação da rede elétrica, a resultar insubsistente, as demais alegações recursais, atinentes à inobservância da legislação de regência, como, inclusive, consignado na sentença impugnada (f. 211 do índice 208):

9. Nesse contexto, fica mantida a sentença de procedência, sobretudo, se considerado que a ré, a despeito de informar a regularidade da prestação de seu serviço e de aventar a possibilidade de que os defeitos tenham decorrido de outras causas, não produziu prova alguma nesse sentido, encargo que lhe incumbia, a teor dos artigos 205 e 210 da Resolução Normativa nº 414/2010 da ANEEL, vigentes à época dos sinistros, e indicados abaixo:

Art. 205. No processo de ressarcimento, a distribuidora deve investigar a existência do nexo de causalidade, considerando inclusive os registros de ocorrências na sua rede e observando os procedimentos dispostos no Módulo 9 do PRODIST (...)

Art. 210. A distribuidora responde, independente da existência de culpa, pelos danos elétricos causados a equipamentos elétricos instalados em unidades consumidoras, nos termos do art. 203.

Parágrafo único. A distribuidora só pode eximir-se do dever de ressarcir, quando:

I – comprovar a inexistência de nexo causal, nos termos do art. 205;

(...)

10. Sendo assim, não tendo a ré se desincumbido de comprovar a inoccorrência de sobretensão na rede elétrica nas dependências dos segurados da apelada, entende-se pela comprovação do nexo de causalidade entre o evento danoso e a queima dos equipamentos referenciados nos laudos técnicos, tendo em vista que não demonstrada qualquer excludente aplicável à espécie. A propósito:

Ação de regresso. Seguro. Pagamento da indenização securitária. Sub-rogação. Artigo 786 do Código Civil e Súmula nº 188 do STF. Sobrecarga elétrica. Dano ao elevador do segurado. Responsabilidade objetiva da concessionária de energia elétrica (art. 37, § 6º, da CF, e art. 14, *caput*, do CDC). Incidência das normas consumeristas, em razão da relação de consumo originária (segurado e concessionária). Jurisprudência do STJ. Nexo de causalidade demonstrado. Concessionária que não provou causa excludente de sua responsabilidade (art. 373, II, do CPC-15 e art. 14, § 3º, do CDC). Subrogada que tem direito ao ressarcimento da indenização securitária. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Sentença reformada. Apelação da seguradora provida pelo relator. (0282292-89.2019.8.19.0001 - Apelação. Des(a). BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO - Julgamento: 04/05/2022 - Décima Câmara Cível)

Apelação cível. Seguro. Direito de regresso. Danos causados a usuários por oscilação na tensão da energia elétrica. Prova do contrato de seguro, da regulação do sinistro e do pagamento da indenização devidamente realizada. Sub-rogação da apelada em todos os direitos e ações do segurado, na forma do artigo 786, do Código Civil de 2002. Incidência do artigo 14, § 3º do CDC. Aplicação da teoria do risco do empreendimento. Prova carreada aos autos, esclarecedora de que a queima dos aparelhos do condomínio segurado teve origem na oscilação da tensão elétrica fornecida pela concessionária ré. Falha no serviço devidamente caracterizada. Apelo improvido. (0136828-97.2020.8.19.0001 - Apelação. Des(a). CELSO LUIZ DE MATOS PERES - Julgamento: 16/02/2022 - Décima Câmara Cível)

11. De outro viés, isento de reparo o julgado, no que se refere ao termo inicial dos juros de mora, porquanto estabelecido a contar do efetivo desembolso. Para conferência:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. INTERRUÇÃO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA À INDÚSTRIA DE ALUMÍNIO. AÇÃO REGRESSIVA DAS SEGURADORAS PARA COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS CONTRA A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO EM FUNÇÃO DA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. (...) A interrupção no fornecimento de energia elétrica ocorreu por conta de um defeito em uma das peças que integrava a linha de transmissão, o que caracteriza fortuito interno, incapaz de afastar onexo causal. (...) Consoante o entendimento jurisprudencial desta Corte, na ação de reparação de danos ajuizada por seguradora contra o causador do sinistro, por sub-rogação, os juros de mora devem fluir a partir da data do efetivo desembolso, e não da citação. (...) (REsp nº 1.539.689/DF, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em

05/06/2018, DJe de 14/06/2018.)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE COISAS. AÇÃO DE REGRESSO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DO DESEMBOLSO. 1. Consoante o entendimento jurisprudencial desta Corte, na ação de reparação de danos ajuizada por seguradora contra o causador do sinistro os juros de mora devem fluir a partir da data do efetivo desembolso, e não da citação. 2. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no REsp nº 1.249.909/RS, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 19/02/2013, DJe de 22/02/2013.)

12. Por fim, foram fixados honorários advocatícios de sucumbência de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, majorados, nesta sede, em 1% (um por cento), ante a negativa de provimento à apelação, com fundamento no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil; ficando a ré condenada, por conseguinte, em 11% (onze por cento) daquele montante.

13. Pelo exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso, com acréscimo de 1% (um por cento), a título de verba honorária recursal, conforme item 12 acima.

RIO DE JANEIRO, 24 DE AGOSTO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. PATRICIA SERRA
RELATORA**

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CONSTRUÇÃO DESTRUIDA POR INUNDAÇÃO. INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE AO VALOR DO IMÓVEL. INCABÍVEL A INDENIZAÇÃO POR BENEFITORES EXISTENTES NO IMÓVEL. NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS COMPENSATÓRIOS.

EMENTA

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DESAPOSSA-

MENTO DE ÁREA PRIVADA, SOBRE A QUAL INCIDIU RESTRIÇÃO ADMINISTRATIVA EM RAZÃO DAS FORTES CHUVAS OCORRIDAS NA REGIÃO SERRANA, PARA CONSTRUÇÃO DE VIA PÚBLICA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DE AMBAS AS PARTES. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTADUAL QUE SE RECHAÇA. O INEA SE LIMITOU, DENTRO DE SUA ÁREA DE ATUAÇÃO, A VERIFICAR A VIABILIDADE AMBIENTAL DOS EMPREENDIMENTOS E AUXILIAR O ESTADO DO RIO DE JANEIRO NA RECUPERAÇÃO DAS REGIÕES ATINGIDAS PELAS CHUVAS DE JANEIRO/2011. PROVA PERICIAL CONCLUSIVA NO SENTIDO DE QUE PARTE SUBSTANCIAL DO IMÓVEL DA AUTORA FOI UTILIZADA PARA CONSTRUÇÃO DE VIA PÚBLICA. INCABÍVEL A INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS EXISTENTES NO IMÓVEL, HAJA VISTA QUE, AO TEMPO DO APOSSAMENTO PELO RÉU, A CONSTRUÇÃO ERGUIDA NO TERRENO ENCONTRAVA-SE COMPLETAMENTE DESTRUÍDA PELA INUNDAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS COMPENSATÓRIOS. AUSÊNCIA DE PERDA DE RENDA PELA DESAPROPRIAÇÃO REALIZADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 15-A, § 1º, DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41, DISPOSITIVO DECLARADO CONSTITUCIONAL PELO STF NOS AUTOS DA ADI Nº 2.332. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPCA-E, CONSOANTE DECIDIDO PELO STF POR OCASIÃO DA APRECIACÃO DO TEMA 810. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/2009) QUE, QUANTO AOS JUROS DE MORA, NÃO DEVE SER APLICADO NAS DEMANDAS ENVOLVENDO DESAPROPRIAÇÃO DIRETA OU INDIRETA, HAJA VISTA A EXISTÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA, QUAL SEJA, ART. 15-B DO DECRETO-LEI Nº 3365/41. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE DEVEM OBSERVAR PERCENTUAL ESTABELECIDO NO ART. 27, § 1º, DO DL Nº 3.365/41. RECURSO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. APELAÇÃO IN-

TERPOSTA PELO RÉU A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. AJUSTE, DE OFÍCIO, DOS JUROS MORATÓRIOS E DO PERCENTUAL DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0013302-83.2015.8.19.0061, em que são Apelantes Estado do Rio de Janeiro e M. S. V. de C. e Apelados Os Mesmos.

Acordam os Desembargadores que integram a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer dos recursos para: (i) negar provimento ao apelo interposto pela parte autora; (ii) dar parcial provimento ao recurso interposto pela parte ré a fim de afastar a condenação ao pagamento de juros compensatórios. De ofício, estabelecer que incidem sobre o valor da indenização juros de mora à razão de até seis por cento ao ano, na forma do art. 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41, com termo inicial no dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, bem como condenar ambas as partes ao pagamento de honorários fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, a ser pago em favor do patrono da parte contrária, observada gratuidade de justiça deferida à demandante. Mantém-se a sentença vergastada em seus demais termos. Assim decidem, na conformidade do relatório e voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas por Estado do Rio de Janeiro e M. S. V. de C. contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Teresópolis, que julgou procedente em parte o pedido (índice 359), cujo dispositivo ora se transcreve:

... Dito isto, JULGO PARCIALMENTE procedente

o pedido, extinguindo-se o feito na forma do art. 487, I do CPC para condenar o réu a indenizar a autora no valor correspondente ao imóvel sem benfeitorias, ao preço de mercado da data da ocupação.

Restou decidido no RE Nº 870.947/SE, que os juros de mora devem ser aplicados de acordo com os índices da caderneta de poupança e a correção monetária pelo índice do IPCA-E, conforme julgado abaixo transcrito:

NO STF DE REPERCUSSÃO GERAL - TEMA Nº 810 DO STF - RECURSO REPETITIVO - RESP. Nº 1.492.221 - PR (2014/0283836-2) NO STJ JUROS DE MORA - CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NAS CONDENAÇÕES ORIUNDAS DE RELAÇÃO JURÍDICA NÃO-TRIBUTÁRIA OS JUROS DE MORA DEVEM SER APLICADOS DE ACORDO COM OS ÍNDICES DA CADERNETA DE POUPANÇA, NA FORMA PREVISTA NO ART. 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97, COM A REDAÇÃO DADA PELO ART. 5º DA LEI Nº 11.960/09 - CORREÇÃO MONETÁRIA, OBEDIÊNCIA AO ÍNDICE DO IPCA-E, QUE ATUALMENTE SE CONSIDERA O MAIS ADEQUADO PARA RECOMPOR A PERDA DO PODER AQUISITIVO.

Condeno a autora em 50% das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação acima, na forma do p. 2º do art. 85 do CPC e suspendo a cobrança na forma do p. 3º do art. 98 do CPC.

Deixo de condenar o réu nas custas processuais ante a isenção legal. Condeno o Estado em honorários que fixo em 10% sobre o valor da condenação, na forma do p. 3º I e 4º I do CPC. Deixo de submeter ao duplo grau de jurisdição na forma do art. 496, p.3º, II do CPC. Pl.

Os embargos de declaração opostos foram acolhidos, conforme decisão de índice 378:

Recebo os embargos porque tempestivos e no

mérito acolho-os parcialmente em relação aos juros compensatórios, que devem incidir, em se tratando de desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel no valor de 12% ao ano, até a efetiva emissão do precatório. Quanto ao valor da indenização, mantenho como lançado, tratando-se de simples liquidação com base no laudo pericial. Pl.

Irresignado, o ESTADO DO RIO DE JANEIRO aduz (índice 385), em síntese, que: (i) é parte ilegítima para figurar no polo passivo, haja vista que os danos se deram por conta da ocorrência de um desastre natural, sendo certo que a conduta foi praticada pelo INEA, autarquia com autonomia administrativa e orçamento próprio para suportar as condenações por prejuízos decorrentes de sua atuação; (ii) tendo em vista a emergencial necessidade de execução de obras de controle de inundação e drenagem no Rio Príncipe, com curso d'água próximo ao imóvel da autora, tornou-se necessária a remoção do pouco que sobrou da casa em questão, cujos escombros atrapalhavam a execução da obra, conforme sólidas fundamentações apresentadas pela fiscalização das obras do Projeto Rios da Serra; (iii) não houve o propósito de apropriação de uma área privada, com vistas à sua afetação a uma finalidade pública, mas a mera execução de obras para a contenção do curso hídrico, a fim de se evitar maiores prejuízos aos moradores e ao meio ambiente da localidade. (iv) não é possível se cogitar em apossamento administrativo pelo Estado do Rio de Janeiro e/ou INEA, o que pressupõe a incorporação do imóvel ao patrimônio do ente público ou a afetação do bem a uma finalidade pública do ente federativo. (iv) acrescenta que o imóvel da autora não tinha mais condições de utilização para os seus fins, tanto que foi interditado - em caráter permanente - pelo Município de Teresópolis; (v) a sentença desconsidera fatores que influenciam

diretamente no preço do terreno e que o i. Perito afirmou categoricamente que não pôde aferir se houve efetivamente desapropriação indireta e qual o percentual do imóvel fora efetivamente atingido pelas obras públicas realizadas; (vi) não são cabíveis juros compensatórios, fixados para “compensar” o proprietário pela privação do bem, afetado a uma finalidade pública, pois a autora já se encontrava em estado de privação da posse do bem em função da interdição permanente decretada anteriormente pela municipalidade e dele não podia se utilizar para fins de moradia; (vii) o E. STF condiciona a incidência de juros compensatórios à comprovação de perda de renda com o desapossamento do imóvel, o que não teria sido provado pela autora.

Pugna pelo provimento do recurso a fim de que seja reformada a sentença para: (i) reconhecer a ilegitimidade passiva do Estado do Rio de Janeiro, extinguindo-se o feito sem resolução de mérito, na forma do art. 485, VI do CPC; (ii) subsidiariamente requer que seja julgada improcedente a pretensão autoral; (iii) por eventualidade, requer que a apuração do *quantum* indenizatório seja realizada mediante liquidação de sentença, bem como que seja determinada a exclusão da incidência de juros compensatórios ou que sejam fixados em 6% ao ano, em conformidade com precedente firmado por ocasião do julgamento do mérito da ADI nº 2.332.

A autora apelou no índice 400 alegando, em suma, que: (i) ressalta que a prova pericial de engenharia apurou que a edificação construída no terreno ainda estava erguida ao tempo em que o apelado se apossou do imóvel, sendo de bom padrão de acabamento e estando em boas condições de manutenção; (ii) poderia ter reconstruído sua casa se o imóvel não tivesse sido expropriado, já que permaneceram intactas suas fundações e parte da alvenaria após as fortes chuvas no local, não tendo ocorrido,

portanto, sua destruição total, apenas parcial; (iii) a destruição das benfeitorias no imóvel da apelante não ocorreu unicamente em razão de fato da natureza, mas também pela omissão da administração pública em conter o assoreamento do Rio Príncipe.

Requer a parte autora provimento do recurso para que seja o Estado condenado a indenizar também o valor das benfeitorias construídas no terreno de propriedade da apelante, conforme apurado pelo perito (R\$ 76.754,70 - f. 299). Subsidiariamente, requer que seja o apelado condenado a indenizar ao menos metade do valor das benfeitorias quantificadas pelo *expert*.

Contrarrazões ofertadas nos índices 419 e 426.

Manifestação da D. Procuradoria de Justiça no índice 450, pelo conhecimento de ambos os apelos e parcial provimento do recurso interposto pelo Estado do Rio de Janeiro.

VOTO

As apelações são tempestivas e estão satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade.

Afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo ente público, haja vista que, como bem salientado pelo D. Juízo na decisão de índice 142, o INEA se limitou, dentro de sua área de atuação, a verificar a viabilidade ambiental dos empreendimentos e auxiliar o Estado do Rio de Janeiro na recuperação das regiões atingidas pelas chuvas de janeiro/2011.

A demandante ajuizou a presente ação pretendendo a condenação do ente estadual a pagar-lhe indenização decorrente do desapossamento do imóvel em que residia por ocasião da tragédia provocada pelas fortes chuvas na região serrana do Estado do Rio de Janeiro em janeiro de 2011. Asseverou que o imóvel foi atingido pelas chuvas, tendo sido

primeiramente interditado pela Prefeitura de Teresópolis e posteriormente foi construída uma via pública no referido terreno, a despeito da observância do devido processo expropriatório.

Afirma o primeiro recorrente que não houve o propósito de apropriação de uma área privada com vistas à sua afetação a uma finalidade pública, mas a mera execução de obras para a contenção do curso hídrico, a fim de se evitar maiores prejuízos aos moradores e ao meio ambiente.

Compulsando-se os autos verifica-se que o imóvel foi interditado pelo Município de Teresópolis, porquanto dentro da área atingida pelas fortes chuvas ocorridas em 2011. A interdição não implicou em perda da propriedade, apenas inutilizou o imóvel em razão do risco à integridade física e à vida que ele representava aos seus moradores (índice 27 – f. 33/34).

Após a interdição o Estado iniciou obras no local para Controle de Inundação, Drenagem e Recuperação Ambiental dos Rios Príncipe e Imbuí/Paquequer, inclusive, construindo via pública, como se verifica das fotos contidas no índice 47.

Ora, tanto pelas alegações do próprio recorrente quanto pela prova pericial produzida sobre o crivo do contraditório restou demonstrado que parte substancial do imóvel da autora foi utilizada para construção de via pública, que, à toda evidência, reflete um interesse eminentemente público.

O l. perito subscritor do laudo de índice 211 consignou que a construção realizada pela autora havia sido destruída pela inundação/deslizamento, sendo que a área de terreno abrangida pelo desapossamento administrativo ensejou inutilidade do bem para fins residenciais.

Ainda em resposta aos fatos controversos definidos pelo juízo na decisão saneadora temos:

Assim se estabelece a controvérsia: a) a acessão construída no terreno (casa da autora) estaria ou não destruída, parcial ou totalmente, pela inundação/deslizamento, quando demoldada pelo Poder Público para realização das obras no local; b) caso estivesse parcialmente destruída, em que proporção ainda estaria intacta e qual seria o valor do remanescente da construção; c) após a demolição do imóvel, a construção de via pública inviabilizou a utilização do terreno, total ou parcialmente; d) se parcialmente, em que proporção e em quanto isso diminuía o valor do terreno.

a) À época pelas fotos acostadas nos autos temos que o imóvel estava totalmente destruído por ocasião da inundação/deslizamento;
b) Não aplicável pois estava totalmente destruído, apesar de algumas paredes restarem de pé.
c) A construção inviabilizou a utilização do terreno parcialmente;
d) Pela tipologia do terreno, por se tratar de um terreno de grande testada e de esquina com pouca profundidade, o mesmo deixou de ser atrativo para o fim que se destinava, ou seja residencial.

Portanto, diante de tudo o que dos autos conta, imperioso convir que a desapropriação indireta restou efetivamente configurada no caso em apreço.

No mesmo sentido, confira-se o precedente deste C. Colegiado:

ADMINISTRATIVO. INTERDIÇÃO DE IMÓVEL LOCALIZADO EM ÁREA DE RISCO DO MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS, APÓS A INCIDÊNCIA DE CHUVAS COM ELEVADOS ÍNDICES PLUVIOMÉTRICOS, NO MÊS DE JANEIRO DE 2011. PAGAMENTO DE ALUGUEL SOCIAL POR PERÍODO DETERMINADO, COM POSTERIOR INDEFERIMENTO DA INDENIZAÇÃO, SOB O ARGUMENTO DE QUE A AUTORA NÃO SE ENQUADRA NOS REQUISITOS DO DECRETO ESTADUAL Nº 44.520/2013. MEDIDA INJUSTA E VIOLADORA DO DIREITO DE PROPRIEDADE GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE (ART. 5º, XXII, DA CRFB). A HIPÓTESE SE ASSEMELHA À DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA, PORQUANTO O IMÓVEL FOI INTERDITADO DE MODO PERMANENTE E POSTERIORMENTE DEPREDADO PELA AÇÃO DE VÂNDALOS, SITUAÇÃO QUE INVIABILIZA O RETORNO DO PROPRIETÁRIO. INDENIZAÇÃO QUE SE IMPÕE, COM ESCOPO NOS ARTIGOS 5º, XXIV, DA CRFB E 35 DO DL Nº 3.365/41. QUANTUM INDENIZATÓRIO CORRETAMENTE FIXADO COM BASE NO DECRETO ESTADUAL Nº 43.415/2012, VEZ QUE É A NORMA QUE REGE O PROCESSO DE REALOCAÇÃO E AVALIAÇÃO DE BENFEITÓRIAS PARA EFEITO DE INDENIZAÇÃO EM CASOS DE INTERDIÇÃO DE

IMÓVEIS NAS CIRCUNSTÂNCIAS DESCRITAS NOS AUTOS. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. UNÂNIME.

(0018988-56.2015.8.19.0061 – Apelação - Des(a). GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO - Julgamento: 04/07/2018 - Décima Terceira Câmara Cível)

Na sentença vergastada o D. Juízo *a quo* condenou o réu a indenizar a autora no valor correspondente ao imóvel sem benfeitorias, ao preço de mercado da data da ocupação. Irresignada, pretende a segunda apelante a reforma do julgado para que seja o Estado condenado a indenizar também o valor das benfeitorias construídas no terreno de propriedade da apelante, conforme apurado pelo perito (R\$ 76.754,70 - f. 299).

Consoante laudo de índice 211, complementado pelos esclarecimentos de índice 289, constata-se que ao tempo do apossamento pelo réu a construção erguida no terreno encontrava-se completamente destruída pela inundação, que, vale frisar, não decorreu tão somente do assoreamento do Rio Príncipe, mas principalmente por fato imprevisível consistente no grande volume de chuvas que a tingiu a Região Serrana em janeiro/2011. Por esse motivo, não merece acolhida o apelo interposto pela demandante.

O C. STF ao apreciar a ADI 2332, acerca dos juros compensatórios na ação de desapropriação definiu que são constitucionais os §§ 1º, 2º e 4º, do art. 15-A, do Decreto-lei nº 3.365/1941, os quais determinam a não incidência dos juros compensatórios nas hipóteses em que (i) não haja comprovação de efetiva perda de renda pelo proprietário com a imissão provisória na posse, (ii) o imóvel tenha “graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero”, e (iii) sobre o período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação. Vejamos:

Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Regime Jurídico dos Juros Compensatórios e dos Honorários Advocatícios na Desapropriação. Procedência Parcial. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o controle judicial dos pressupostos constitucionais para a edição das medidas provisórias tem caráter excepcional, justificando-se apenas quando restar evidente a inexistência de relevância e urgência ou a caracterização de abuso de poder do Presidente da República, o que não ocorre no presente caso. 2. É constitucional o percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para a remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse do seu bem, na medida em que consiste em ponderação legislativa proporcional entre o direito constitucional do proprietário à justa indenização (art. 5º, XXIV, CF/88) e os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade (art. 37, *caput*, CF/88). 3. Declaração da inconstitucionalidade do termo “até” e interpretação conforme a Constituição do *caput* do art. 15-A, de maneira a incidir juros compensatórios sobre a diferença entre 80% do preço ofertado pelo ente público e o valor fixado na sentença. 4. Constitucionalidade dos §§ 1º, 2º e 4º, do art. 15-A, do Decreto-lei nº 3.365/1941, ao determinarem a não incidência dos juros compensatórios nas hipóteses em que (i) não haja comprovação de efetiva perda de renda pelo proprietário com a imissão provisória na posse (§ 1º), (ii) o imóvel tenha “graus de utilização da terra e de eficiência na exploração iguais a zero” (§ 2º), e (iii) sobre o período anterior “à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação”. Voto reajustado para expressar o entendimento da maioria. 5. É constitucional a estipulação de parâmetros mínimo e máximo para a concessão de honorários advocatícios, previstos no § 1º, do art. 27, do Decreto-lei

nº 3.365/1941. 6. Declaração da inconstitucionalidade da expressão “não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)” por inobservância ao princípio da proporcionalidade e por possibilitar violação reflexa ao justo preço na indenização do expropriado (art. 5º, XXIV, CF/88). 7. Ação direta julgada parcialmente procedente. Fixação das seguintes teses: “(i) É constitucional o percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para a remuneração pela imissão provisória na posse de bem objeto de desapropriação; (ii) A base de cálculo dos juros compensatórios em desapropriações corresponde à diferença entre 80% do preço ofertado pelo ente público e o valor fixado na sentença; (iii) São constitucionais as normas que condicionam a incidência de juros compensatórios à produtividade da propriedade; (iv) É constitucional a estipulação de parâmetros mínimo e máximo para a concessão de honorários advocatícios em desapropriações, sendo, contudo, vedada a fixação de um valor nominal máximo de honorários.”

(ADI nº 2.332, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2018, Acórdão Eletrônico DJe-080 DIVULG 15/04/2019 PUBLIC 16/04/2019)

Diante do julgamento da referida ADI pela Corte Suprema, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça editou três novas teses acerca das Súmulas nos 12, 70 e 102, tendo a proposta de revisão sido acolhida apenas em parte, uma vez que o órgão decidiu manter inalteradas a Tese nº 184 e a Súmula nº 141, cancelar a Súmula nº 408 e a Tese nº 283 e adequar a redação das Teses nos 126, 280, 281 e 282, conforme abaixo se transcreve:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS, MO-

RATÓRIOS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM AÇÕES EXPROPRIATÓRIAS. DECRETO-LEI Nº 3.365/1945, ARTS. 15-A E 15-B. ADI Nº 2.332/STF. PROPOSTA DE REVISÃO DE TESES REPETITIVAS. COMPETÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DAS TESES ANTERIORES À EMENDA Nº 26/2016. CARÁTER ADMINISTRATIVO E INDEXANTE. TESES Nos 126, 184, 280, 281, 282, 283 E SÚMULAS Nos 12, 70, 102, 141 E 408 TODAS DO STJ. REVISÃO EM PARTE. MANUTENÇÃO EM PARTE. CANCELAMENTO EM PARTE. EDIÇÃO DE NOVAS TESES. ACOLHIMENTO EM PARTE DA PROPOSTA. MODULAÇÃO. AFASTAMENTO.

1. Preliminares: i) a Corte instituidora dos precedentes qualificados possui competência para sua revisão, sendo afastada do ordenamento nacional a doutrina do *stare decisis* em sentido estrito (autovinculação absoluta aos próprios precedentes); e ii) não há que se falar em necessidade de sobrestamento da presente revisão à eventual modulação de efeitos no julgamento de controle de constitucionalidade, discussão que compete unicamente à Corte Suprema.

2. Há inafastável contradição entre parcela das teses repetitivas e enunciados de súmula submetidos à revisão e o julgado de mérito do STF na ADI nº 2.332, sendo forçosa a conciliação dos entendimentos.

3. No período anterior à Emenda Regimental nº 26/2016 (DJe 15/12/2016), as teses repetitivas desta Corte configuravam providência de teor estritamente indexante do julgamento qualificado, porquanto elaboradas por unidade administrativa independente após o esgotamento da atividade jurisdicional. Faz-se necessário considerar o conteúdo efetivo dos julgados para seu manejo como precedente vinculante, prevalecendo a *ratio decidendi* extraída do inteiro teor em caso de contradição, incompletude ou qualquer forma de inconsistência com a tese então formulada.

Hipótese incidente nas teses sob revisão, cuja redação pela unidade administrativa destoou em parte do teor dos julgamentos em recursos especiais repetitivos.

4. Descabe a esta Corte interpretar o teor de julgado do Supremo Tribunal Federal, seja em cautelar ou de mérito, sendo indevida a edição de tese repetitiva com pretensão de regular seus efeitos, principalmente com caráter condicional.

5. Cancelamento da Súmula nº 408/STJ ("Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória nº 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula nº 618 do Supremo Tribunal Federal."), por despicienda a convivência do enunciado com tese repetitiva dispondo sobre a mesma questão (Tese nº 126/STJ).

Providência de simplificação da prestação jurisdicional.

6. Adequação da Tese nº 126/STJ ("Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória nº 1.577, de 11/06/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001 e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da Súmula nº 618 do Supremo Tribunal Federal.") para a seguinte redação: "O índice de juros compensatórios na desapropriação direta ou indireta é de 12% até 11/06/97, data anterior à publicação da MP nº 1.577/97.". Falece competência a esta Corte para discutir acerca dos efeitos da cautelar na ADI nº 2.332, sem prejuízo da consolidação da jurisprudência preexistente sobre a matéria infraconstitucional.

7. Manutenção da Tese nº 184/STJ ("O valor dos honorários advocatícios em sede de desapropriação deve respeitar os limites impostos pelo artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei

nº 3.365/41 qual seja: entre 0,5% e 5% da diferença entre o valor proposto inicialmente pelo imóvel e a indenização imposta judicialmente."). O debate fixado por esta Corte versa unicamente sobre interpretação infraconstitucional acerca da especialidade da norma expropriatória ante o Código de Processo Civil.

8. Adequação da Tese nº 280/STJ ("A eventual improdutividade do imóvel não afasta o direito aos juros compensatórios, pois esses restituem não só o que o expropriado deixou de ganhar com a perda antecipada, mas também a expectativa de renda, considerando a possibilidade do imóvel ser aproveitado a qualquer momento de forma racional e adequada, ou até ser vendido com o recebimento do seu valor à vista.") à seguinte redação: "Até 26/09/99, data anterior à publicação da MP 1901-30/99, são devidos juros compensatórios nas desapropriações de imóveis improdutivos.". Também aqui afasta-se a discussão dos efeitos da cautelar da ADI nº 2.332, mantendo-se a jurisprudência consagrada desta Corte ante a norma anteriormente existente.

9. Adequação da Tese nº 281/STJ ("São devidos juros compensatórios quando a propriedade se mostrar impassível de qualquer espécie de exploração econômica seja atual ou futura, em decorrência de limitações legais ou da situação geográfica ou topográfica do local onde se situa a propriedade.") ao seguinte teor: "Mesmo antes da MP 1901-30/99, são devidos juros compensatórios quando a propriedade se mostrar impassível de qualquer espécie de exploração econômica atual ou futura, em decorrência de limitações legais ou fáticas.".

De igual modo, mantém-se a jurisprudência anterior sem avançar sobre os efeitos da cautelar ou do mérito da ADI nº 2.332.

10. Adequação da Tese nº 282/STJ ("Para aferir a incidência dos juros compensatórios em imóvel improdutivo, deve ser observado o princípio do *tempus regit actum*, assim como acontece na fixação do percentual desses juros. As restrições contidas nos §§ 1º e 2º do art. 15-A, inseridas pelas MP's nº 1.901-30/99 e nº 2.027-38/00 e reedições, as quais vedam a incidência de juros compensatórios em propriedade improdutivo, serão aplicáveis, tão somente, às situações ocorridas após a sua vigência.") à seguinte redação: "i) A partir de 27/09/99, data de publicação da MP nº 1.901-30/99, exige-se a prova pelo expropriado da efetiva perda de renda para incidência de juros compensatórios (art. 15-A, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41); e ii) Desde 05/05/2000, data de publicação da MP nº 2.027-38/00, veda-se a incidência dos juros em imóveis com índice de produtividade zero (art. 15-A, § 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/41)". Dispõe-se sobre a validade das normas supervenientes a partir de sua edição.

Ressalva-se que a discussão dos efeitos da ADI nº 2.332 compete, unicamente, à Corte Suprema, nos termos da nova tese proposta adiante.

11. Cancelamento da Tese nº 283/STJ ("Para aferir a incidência dos juros compensatórios em imóvel improdutivo, deve ser observado o princípio do *tempus regit actum*, assim como acontece na fixação do percentual desses juros. Publicada a medida liminar concedida na ADI nº 2.332/DF (DJU de 13/09/2001), deve ser suspensa a aplicabilidade dos §§ 1º e 2º do artigo 15-A do Decreto-Lei nº 3.365/41 até que haja o julgamento de mérito da demanda."), ante o caráter condicional do julgado e sua superação pelo juízo de mérito na ADI nº 2.332, em sentido contrário ao da medida cautelar anteriormente deferida.

12. Edição de nova tese: "A discussão acerca da eficácia e efeitos da medida cautelar ou do julgamento de mérito da ADI nº 2.332 não comporta revisão em recurso especial.". A providência esclarece o descabimento de provocação desta Corte para discutir efeitos de julgados de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

13. Edição de nova tese: "Os juros compensatórios observam o percentual vigente no momento de sua incidência.". Evidencia-se a interpretação deste Tribunal sobre a matéria, já constante nos julgados repetitivos, mas não enunciada como tese vinculante própria.

14. Edição de nova tese: "As Súmulas nº 12/STJ (Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios), nº 70/STJ (Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença) e nº 102/STJ (A incidência dos juros moratórios sobre compensatórios, nas ações expropriatórias, não constitui anatocismo vedado em lei) somente se aplicam às situações havidas até 12/01/2000, data anterior à vigência da MP nº 1.997-34.".

Explicita-se simultaneamente a validade dos enunciados à luz das normas então vigentes e sua derrogação pelas supervenientes.

Providência de simplificação normativa que, ademais, consolida em tese indexada teor de julgamento repetitivo já proferido por esta Corte.

15. Manutenção da Súmula nº 141/STJ ("Os honorários de advogado em desapropriação direta são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente.").

16. Cabe enfrentar, de imediato, a questão da modulação dos efeitos da presente decisão, na medida em que a controvérsia é bastante antiga, prolongando-se há mais de 17 (dezesete) anos pelos tribunais do país. Afasta-se

a modulação de efeitos do presente julgado, tanto porque as revisões limitam-se a explicitar o teor dos julgamentos anteriores, quanto por ser descabido a esta Corte modular, a pretexto de controle de efeitos de seus julgados, disposições que, a rigor, são de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, por versarem sobre consequências do julgamento de mérito de ADI em disparidade com cautelar anteriormente concedida.

17. Proposta de revisão de teses repetitivas acolhida em parte.

(Pet nº 12.344/DF, relator Ministro OG FERNANDES, Primeira Seção, DJe de 13/11/2020.)

Portanto, como adequadamente destacado pela D. Procuradoria de Justiça no parecer de índice 450, não há que se falar em perda de renda pela desapropriação realizada, porquanto tratava-se, no momento do desapossamento (18/01/2012, conforme f. 06 da petição inicial), de imóvel inutilizado pela Defesa Civil em decorrência das chuvas ocorridas em 12/01/11.

Logo, deve ser afastada a condenação do ente ao pagamento de juros compensatórios, pois a parte autora não comprovou perda de renda, como exige o artigo 15-A, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, dispositivo declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 2.332. *In verbis*:

Art. 15A No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.

§ 1º Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário.

No que tange aos juros de mora e correção monetária incidentes no caso em apreço, merece pequeno ajuste a sentença prolatada, o que se faz com fulcro no verbete da súmula nº 161 desta E. Corte de Justiça.

O STF, no bojo do RE nº 870.947 (Tema nº 810), fixou o entendimento no sentido da constitucionalidade da incidência, nas condenações em face da fazenda pública, de juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Quanto à correção monetária, estabeleceu-se que o referido dispositivo se mostra inconstitucional.

O STJ, por sua vez, no que tange à incidência de juros e correção monetária nas condenações envolvendo a Fazenda Pública fixou, por ocasião da apreciação do Tema nº 905, o seguinte entendimento:

1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (com redação dada pela Lei nº 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária.

No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às

situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

[...]

2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (com redação dada pela Lei nº 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

[...]

3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas.

No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (com redação dada pela Lei nº 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.

(Tema 905 - Discussão: aplicabilidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora. – REsp nº 1.495.146/MG, nº 1.492.221/PR e nº 1.495.144/RS – Data: 22/02/2018)

Como se pode verificar, o entendimento adotado por ocasião da apreciação do TEMA

nº 810 pelo STF e 905 pelo STJ, sobre a constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (com redação dada pela Lei nº 11.960/2009) e sua incidência nas condenações envolvendo a fazenda pública, não deve ser aplicado nas demandas envolvendo desapropriação direta ou indireta, haja vista a existência de normas específicas sobre o tema.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRETENSÃO DE APLICABILIDADE DO ART. 1.º-F DA LEI Nº 9.494/1997. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES FIRMADOS EM REPERCUSSÃO GERAL E EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AGRAVO INTERNO. PRETENSÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. COMINAÇÃO DE MULTA.

1. A teor do REsp nº 1.495.144/RS, de minha relatoria, escudado no julgamento do RE nº 870.947/SE, de relatoria do Em. Min. LUIZ FUX, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, bem como às condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas, relativamente a juros moratórios, em razão da especificidade e da especialidade do Decreto-Lei nº 3.365/1941.

2. O agravo interno que se apresenta contrário a precedente firmado pelo sistema de repercussão geral e de recursos repetitivos é manifestamente improcedente, desafiando a reprimenda aludida no art. 1.021, §§ 4º e 5º, do CPC/2015.

3. Agravo interno não provido, com a condenação do agravante ao pagamento de multa de cinco por cento sobre o valor atualizado da causa, em razão do reconhecimento do caráter de manifesta improcedência.

(AgInt no AREsp nº 374.184/PR, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 27/06/2018.)

Assim, o termo *a quo* para incidência da correção monetária deve ser a data do laudo de avaliação do bem expropriado, adotando-se como índice o IPCA-E, na forma estabelecida no Tema nº 810 do C. STF e nº 905 do STJ, já que o Decreto-Lei nº 3.365/41 não determina aplicação de índice diverso.

No que tange aos juros moratórios, a sentença merece reparo, visto que estabeleceu sua incidência na forma da Súmula nº 70 do STJ, ou seja, desde o trânsito em julgado da sentença.

Ocorre que conforme entendimento firmado pelo STJ ao apreciar REsp nº 1.118.103/SP, julgado como recurso representativo da controvérsia (Tema nº 210), o termo inicial dos juros moratórios em desapropriações é o dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, à razão de até seis por cento ao ano, na forma do art. 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41.

No mesmo sentido, confira-se a orientação deste Colegiado em casos análogos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO, CUJA SENTENÇA JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO PARA DECLARAR INCORPORADO AO PATRIMÔNIO DO ESTADO EXPROPRIANTE O IMÓVEL DESCRITO NA INICIAL MEDIANTE O PAGAMENTO DO VALOR DA VERBA INDENIZATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DO ESTADO EXPROPRIANTE QUANTO À APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.960/2009, BEM COMO ACERCA

DE SUA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTOS DAS CUSTAS JUDICIAIS. Inaplicabilidade da Lei nº 11.960/2009 em razão da especificidade e da especialidade do Decreto-Lei nº 3.365/1941. Tema nº 905 do STJ. Incidência da correção monetária a partir da data de avaliação do bem expropriado. No que tange ao termo inicial para incidência dos juros moratórios, a sentença merece pequeno reparo, visto que estabeleceu sua incidência na forma da Súmula nº 70 do STJ, ou seja, desde o trânsito em julgado da sentença. Ocorre que, conforme entendimento firmado pelo STJ ao apreciar Resp nº 1.118.103/SP, julgado como recurso representativo da controvérsia (Tema nº 210), o termo inicial dos juros moratórios em desapropriações é o dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito. Por outro lado, devem incidir sobre o valor da indenização, a partir da data da efetiva imissão na posse do imóvel, juros compensatórios no percentual de 12% ao ano, conforme a Súmula nº 618 do STF, haja vista que expropriação ocorreu em período não abrangido pela incidência da MP nº 1.577/97. Por fim, a sentença merece retoque no tocante à condenação do Estado ao pagamento das custas judiciais, visto que o ente público goza de isenção, nos termos do art. 17, IX, da Lei Estadual nº 3.350/99. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

(0002396-82.2014.8.19.0024 – Apelação - Des(a). VALÉRIA DACHEUX NASCIMENTO - Julgamento: 12/05/2022 - Décima Terceira Câmara Cível)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO, EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, AJUIZADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DECISÃO DO JUÍZO A QUO QUE, ANTE A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA APRESENTADA PELO ESTADO, DE-

TERMINOU QUE O CONTADOR JUDICIAL ELABORASSE NOVOS CÁLCULOS, OBSERVANDO O DETERMINADO NA SENTENÇA QUANTO AOS JUROS DE MORA E COMPENSATÓRIOS, ALÉM DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. EM RESPEITO À COISA JULGADA, E, FACE À OMISSÃO NA SENTENÇA QUANTO À CORREÇÃO MONETÁRIA, DETERMINOU QUE A CONDENAÇÃO DEVERÁ SER CORRIGIDA MONETARIAMENTE ATÉ DEZEMBRO/2002 COM OS ÍNDICES PREVISTOS NO MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL, COM INCIDÊNCIA DO IPCA-E A PARTIR DE JANEIRO/2001, E, APÓS ESSA DATA, PELO IPCA-E ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO ESTADO. REQUER A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA, COM APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41 AOS CÁLCULOS A SEREM EFETUADOS PELO CONTADOR, OU SEJA, JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O PAGAMENTO DEVERIA SER FEITO, E JUROS COMPENSATÓRIOS DE ATÉ 6% AO ANO, A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O PAGAMENTO DEVERIA SER FEITO. DECISÃO QUE NÃO MERECE REFORMA. O JUÍZO A QUO FUNDAMENTOU A DECISÃO NO TEMA Nº 905 DO STJ, O QUAL DEDICA UM ITEM EXCLUSIVO ÀS DESAPROPRIAÇÕES, NO SENTIDO DE QUE "No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (com redação dada pela Lei nº 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital." O REFERIDO TEMA Nº 905 DÁ MARGEM AO MAGISTRADO PARA APLICAÇÃO DE ÍNDICES DIVERSOS, EM DETRIMENTO DA COISA JULGADA, ATRAVÉS DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO. DESTARTE, CABÍVEL

A EXEGESE DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41, QUE REGULA A SISTEMÁTICA ESPECÍFICA RELATIVA ÀS DESAPROPRIAÇÕES DE UTILIDADE PÚBLICA. ADEMAIS, A QUESTÃO DOS JUROS MORATÓRIOS FOI DEFINIDA PELO STJ NO JULGAMENTO DOS TEMAS Nos 210 E 211, QUE DETERMINARAM A APLICAÇÃO DO ART. 15-B DO DECRETO-LEI Nº 3.365/1941 COMO ÚNICA FORMA DE PRESERVAÇÃO DO ART. 100 DA CRFB. EMBORA O REFERIDO DECRETO-LEI SEJA SILENTE NO QUE TANGE À CORREÇÃO MONETÁRIA, CERTO É QUE ELA DEVE SER APLICADA POR SE TRATAR DE MERA MANUTENÇÃO DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA, NÃO SIGNIFICANDO QUALQUER ACRÉSCIMO, INEXISTINDO, PORTANTO, ÓBICE PARA QUE SEJA MANTIDA NOS TERMOS DA DECISÃO ATACADA, QUE SE BASEOU NOS TEMAS DE REPERCUSSÃO GERAL PERTINENTES, A TEOR DO REsp nº 1.495.146. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ E DESTA CORTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(0053492-67.2021.8.19.0000 - Agravo De Instrumento - Des(a). JUAREZ FERNANDES FOLHES - Julgamento: 25/08/2021 - Décima Terceira Câmara Cível)

Há regra especial sobre os honorários nas demandas de desapropriação, qual seja, o art. 27, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, que estabelece que os honorários do advogado serão fixados entre meio e cinco por cento incidente sobre o valor depositado e o efetivo valor da indenização.

Por tais fundamentos, conhece-se dos recursos para: (i) negar provimento ao apelo interposto pela parte autora; (ii) dar parcial provimento ao recurso interposto pela parte ré a fim de afastar a condenação ao pagamento de juros compensatórios. De ofício, estabelecer que incidem sobre o valor da indenização juros de mora à razão de até seis por cento ao ano, na forma do art. 15-B

do Decreto-Lei nº 3.365/41, com termo inicial no dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, bem como condenar ambas as partes ao pagamento de honorários fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, a ser pago em favor do patrono da parte contrária, observada gratuidade de justiça deferida à demandante. Mantém-se a sentença vergastada em seus demais termos.

RIO DE JANEIRO, 31 DE AGOSTO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. FERNANDO FERNANDY FERNANDES
RELATOR**

IMPUGNAÇÃO QUANTO AO EXCESSO DE COBRANÇA. TARIFA DE ENERGIA. PROVA TÉCNICA PRODUZIDA. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. INSTALAÇÃO DE TERMINAL DE LEITURA INDIVIDUAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL.

DECISÃO

APELAÇÃO CÍVEL. ENERGIA ELÉTRICA. Alegação de consumo destoante. Tese demonstrada pelo laudo pericial. Refaturamento. Restituição do excesso pago em dobro, consoante entendimento do STJ (EAREsp nº 600.663/RS). Instalação de Terminal de Leitura Individual. Dano moral não caracterizado. Equívocos no faturamento insuficientes à configuração de lesão de caráter imaterial. Aplicação dos verbetes nos 192 e 230, da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal. Ausência de interrupção no fornecimento ou inscrição de nome nos cadastros restritivos de crédito. Sucumbência mínima da autora. Recurso parcialmente provido.

Trata-se de uma Apelação Cível nº 0036208-68.2017.8.19.0038, proposta por V. C. M. B. de Q. em face de Light Serviços de Eletricidade S.A. A demandante impugna tarifas de energia desde 20/12/2016, ao fundamento de que não refletem o consumo da unidade. Argumenta que

superam o valor médio de R\$ 170,00, cobrado até então, correspondente a 200kWh. Atribui a divergência à instalação de *chip* eletrônico no mês de novembro de 2016. Menciona que parcelou a conta de dezembro de 2016, no valor de R\$ 326,87, juntamente com de novembro de 2016, no valor de R\$ 175,96, para obstar a interrupção do fornecimento. Pede, em tutela provisória, manutenção do fornecimento, revisão das faturas impugnadas e instalação de medidor eletromecânico em substituição ao eletrônico com *chip*, ou a instalação de equipamento, que permita a verificação e controle diário do consumo, em local de fácil acesso, bem como, em caráter definitivo, desconstituição do parcelamento contratado e condenação da demandada à restituição em dobro do indébito e ao pagamento de indenização por dano moral.

Gratuidade de justiça deferida na pasta 77.

Em resposta, pasta 83, a demandada sustenta a legitimidade das tarifas impugnadas, pois refletem o real consumo da unidade, aferido por medidor eletrônico. Menciona a precariedade das instalações elétricas internas, a realização de obras e o empréstimo de energia a terceiro, como possíveis causas para a majoração das tarifas. Refuta o cabimento da inversão do ônus da prova e restituição de valores, além da configuração de dano moral.

Laudo pericial na pasta 288.

A sentença da pasta 329 julgou a pretensão improcedente e condenou a demandante ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade de justiça deferida.

Inconformada com a sentença, a demandante recorre na pasta 364 e pugna reforma. Reedita, nas razões de apelo, o que deduziu na inicial. Assinala que o perito atestou a irregularidade

das leituras de novembro de 2016 a novembro de 2019, porquanto superiores à estimativa do consumo mensal de 166kWh. Obtempera que a ré não participou da vistoria pericial, o que impediu a aferição do medidor instalado no alto do poste. Anota que a ré não instalou Terminal de Leitura Individual, necessário ao acompanhamento do consumo, conforme indicado no laudo.

Contrarrazões na pasta 383.

É o relatório.

A causa de pedir consiste no excesso das cobranças realizadas pela ré a partir de dezembro de 2016.

A prova técnica produzida comprova a tese parcialmente, pois atesta que as leituras de novembro de 2016 a novembro de 2019 superam a carga instalada de 165 kWh (pasta 288, f. 302). Na ausência de fundamento técnico passível de infirmar a conclusão do trabalho pericial, esta deve prevalecer, na linha do que dispõe o enunciado nº 155, da Súmula deste Tribunal (“mero inconformismo com as conclusões da prova pericial, desacompanhado de fundamentação técnica, não autoriza sua repetição”). Via de consequência, cabível a determinação à ré de recálculo das faturas vencidas entre dezembro de 2016 e novembro de 2019, para o patamar de 165 kWh indicado no laudo (pasta 288, f. 295), e a devolver o excesso pago pela usuária.

A restituição do indébito deve ser em dobro, conforme entendimento do STJ, no EAREsp nº 600.663/RS (DJe 30/03/2021), no sentido de que “a repetição em dobro, prevista no parágrafo único do art. 42 do CDC, é cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva, ou seja, deve ocorrer independentemente da natureza do elemento volitivo”. Sublinhe-se que somente os indébitos não decorrentes de prestação de serviço público, cobrados antes da publicação daquele julgamen-

to, não estão sujeitos aos seus efeitos, devido à modulação aplicada pelo STJ.

Considerando que as obrigações de recálculo e restituição engloba a única fatura impugnada incluída no parcelamento da pasta 38, não há fundamento para o cancelamento deste parcelamento.

Em outro aspecto, a pretensão de substituição do medidor eletrônico situado no poste não merece prosperar, pois não apresentava anormalidade em 28/01/2021, quando realizada vistoria pericial (pasta 288, f. 291).

Devida, contudo, a condenação da ré a instalar Terminal de Leitura Individual, para viabilizar o acompanhamento do consumo, em local de fácil acesso pela autora, nos termos do art. 243, da Resolução Aneel nº 1.000/2021.

Cabível, ainda, a condenação da ré a se abster de interromper o fornecimento.

De outro giro, não está caracterizado o dano moral, dado que meros equívocos no faturamento, ainda que ocasionem certo transtorno ao consumidor, não são suficientes para a caracterização de lesão de caráter imaterial.

Referida lesão configura-se apenas quando se desdobram em transtornos, passíveis de ofender a dignidade da parte, a exemplo da interrupção do abastecimento e da inscrição do nome nos cadastros restritivos de crédito. O desvio produtivo, não obstante entendimentos contrários, não caracteriza dano moral, mas pode configurar, tão somente e em tese, lucro cessante, o que, sequer, foi alegado.

A conclusão é extraída dos verbetes nos 192 e 230, da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal, vazados nos seguintes termos:

“A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás configura dano moral”

“Cobrança feita através de missivas, desacompanhada de inscrição em cadastro restritivo de crédito, não configura dano moral, nem rende ensejo à devolução em dobro”.

Sucedo que as cobranças recalculáveis não acarretam lesão extrapatrimonial, a excluir a configuração do dano moral.

Diante da sucumbência mínima do demandante, responde a demandada pela integralidade das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Ante o exposto, na forma do art. 932, do CPC, dou parcial provimento ao recurso, para condenar a ré a manter o fornecimento do serviço, instalar Terminal de Leitura Individual, refaturar o consumo para a 165 kWh de dezembro de 2016 a novembro de 2019, restituir o montante pago em excesso em dobro, corrigido desde cada desembolso e acrescido de juros a contar da citação ou do desembolso quanto às faturas seguintes à citação, e a pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios, estes de 10% sobre o valor da causa.

RIO DE JANEIRO, 14 DE SETEMBRO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. CARLOS EDUARDO DA FONSECA PASSOS
RELATOR**

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. AGENTES PÚBLICOS. PODER DE POLÍCIA. LICENÇA AMBIENTAL QUE NÃO CONSTA NOS AUTOS. ILEGALIDADE DE CONSTRUÇÃO.

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICENÇA AMBIENTAL. PODER DE POLÍCIA. Cientificar e sugerir constituem atos sucessivos do poder de polícia e, como tais, podem ser delegados até para particulares. Nesse contexto, inexistente nulidade quando tais atos são praticados por agentes ocupantes de cargo em comissão.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000759-02.2012.8.19.0078, em que é Apelante Instituto Estadual do Meio Ambiente – INEA e Apelada EPS Manguinhos Empreendimentos Imobiliários Ltda,

Acordam os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido, invertendo-se os encargos da sucumbência.

RELATÓRIO

Recurso de apelação tempestivamente interposto contra sentença que julgou procedente o pedido, declarando a nulidade da Notificação nº 0985 e do Auto de Constatação nº 0753, uma vez que lavrados por agente público nomeado para o cargo de agente ambiental em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Eis parte da fundamentação da sentença:

“... A parte ré justifica a utilização de servidor comissionado para atividades fiscalizatórias com o conteúdo do art. 70, § 1º, Lei Federal nº 9.605/1998, segundo o qual: "São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha".

Ocorre que tal dispositivo legal deve ser interpretado à luz da normativa constitucional, sobretudo a norma insculpida no art. 37, II e V - "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de

acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (...) as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento".

Nota-se, portanto, que não há óbice para o exercício de atividade de fiscalização por ocupante de cargo comissionado, desde que as funções sejam limitadas à chefia/direção do setor ou assessoramento. No caso dos autos, a nomeação de servidor demissível *ad nutum* para o cargo de agente ambiental viola frontalmente o princípio do concurso público, já que se trata de posto subordinado e, em razão disso, somente passível de preenchimento após o provimento efetivo por meio de aprovação em certame.

...

Dito isso, não se nega a necessidade premente de fiscalização de atividades que sejam potencialmente causadoras de degradação ambiental, no entanto, é de fácil percepção que o poder de polícia conferido ao INEA (Decreto Estadual nº 42.050/2009), não autoriza os seus membros a agir à margem do ordenamento jurídico, por mais nobres que sejam suas intenções (princípio da legalidade estrita).

Assim, não pode o órgão ambiental, por meio de conduta ilícita, buscar a correta observação da lei. Em suma: EM MATÉRIA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, OS FINS NÃO JUSTIFICAM OS MEIOS. ...”

Inconformado, o INEA recorre argumentando que os atos impugnados não foram dirigidos à apelada, mas sim a antiga proprietária dos imóveis

mencionados na notificação, motivo pelo qual o feito deveria ser extinto sem resolução do mérito.

De toda sorte, reitera os argumentos pela legitimidade dos atos impugnados, pois presentes os requisitos previstos na Lei Federal nº 9605/98, em seu art. 70, § 1º, que autoriza funcionário de órgão ambiental integrante do SISNAMA e designado para as atividades de fiscalização.

Requeru, de forma subsidiária, o decote da sentença no tocante à condenação ao pagamento da taxa judiciária ao fundamento de se estabelecer confusão.

As contrarrazões não foram apresentadas (f. 770).

A Procuradoria de Justiça, a f. 777, oficiou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal.

Depreende-se dos autos, que a apelada adquiriu os lotes de terreno nº 19, 19-B, 19-C, 19-D e 19-E, localizados na Enseada do Gancho, Praia de Manguinhos, no Município de Armação dos Búzios, para dar continuidade ao projeto imobiliário destinado à construção de 5 (cinco) Condomínios edifícios, sucedendo, portanto, o proprietário anterior e prosseguindo com os atos de edificação.

Nesse contexto, não há que se falar em ilegitimidade ativa para pleitear a anulação dos atos administrativos, eis que é a apelada quem irá suportar seus efeitos.

Portanto, ultrapassada a questão preliminar.

Dispõe o § 1º, do art. 70, da Lei nº 9.605/98, que:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole

as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha.

Nesse aspecto, esclarece o recorrente que o agente estatal responsável pela notificação nº 0985 e do Auto de Constatação nº 0753 ocupava o cargo comissionado de adjunto I na época da lavratura, conforme nomeação publicada no D.O Ano XXXVI, nº 208, quarta-feira, dia 17/11/2010, sendo a notificação lavrada no dia 19/08/2011 e o Auto de Constatação no dia 22/08/2011.

Portanto, cinge-se a controvérsia recursal quanto à possibilidade de ocupante de cargo em comissão efetuar ato de fiscalização.

A Lei nº 9.605 entrou em vigor em 1998, e embora sob a égide da Constituição da República de 1988, utilizou a expressão funcionário.

Nesse aspecto, considerando que o INEA é pessoa jurídica de direito público, seus funcionários são agentes públicos que tem poderes e prerrogativas especiais conferidas em Lei.

E a Lei Federal nº 9.605/98 atribuiu o exercício do poder de polícia de forma ampla, sem mencionar a figura do servidor público efetivo, visando dar maior amplitude à difícil tarefa de salvaguardar o meio ambiente, determinando apenas a designação para a prática dos atos voltados à fiscalização.

Ressalte-se, ainda, que os atos praticados pelo agente ambiental, ocupante de cargo de natureza precária, foram apenas autos de constatação e de

notificação de ilícito ambiental, os quais deram origem ao procedimento administrativo que resultou na ordem de suspensão da atividade desenvolvida pela apelada.

A notificação nº 985, f. 22, científica o notificado da decisão tomada pelo INEA, de paralisar a atividade até que fosse apresentada a devida licença.

Ao passo que o auto de constatação nº 753, f. 23, sugere penalidade tendo em vista o descumprimento à ordem de paralização.

Portanto, atos sucessivos do poder de polícia anteriormente exercício por servidor do INEA, motivo pelo qual inexistente mácula nos atos administrativos impugnados.

Sobre o tema leciona

“... a doutrina e a jurisprudência predominante têm afirmado o dogma da impossibilidade de delegação do poder de polícia a particulares, tendo em vista que o exercício de autoridade por um particular em *determineo* dos demais colocaria em risco o princípio da igualdade. A indelegabilidade não impede, todavia, o exercício privado de atividade materiais acessórias, prévias ou posteriores ao poder de polícia. (Ex. fiscalização das normas de trânsito por meio de equipamentos eletrônicos, a demolição de obras irregulares por particulares contratados pelo Poder Público ou a expedição de atos vinculados expedidos por máquinas, como ocorre com os parquímetros que emitem autos de infração). Nesses casos, não há qualquer margem de liberdade decisória ao particular. Nesse sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello, Diógenes Gasparini e Marçal Justen Filho. (Rafael Carvalho Rezende Oliveira, no Curso de Direito Administrativo, 3ª edição, pág. 259).

Portanto, observado o devido processo legal em sede administrativa, inexistente mácula nos atos administrativos impugnados.

Além disso, como bem salientou a douta Procuradoria de Justiça, o alvará concedido à apelada não a dispensou da obrigação de obter autorização por parte dos órgãos de fiscalização estaduais e federais.

Acresce-se, ainda, a existência de condicionantes de validade específica constantes na Licença Municipal de Instalação, que determinam no item 13 que aquela só poderia ocorrer em local desprovido de vegetação (índice 83, f. 96).

13. Implantar o canteiro de obras em área desprovida de vegetação e dotá-lo de infra-estrutura de esgotamento sanitário, abastecimento de água de coleta de lixo;

Portanto, a licença municipal foi mais restritiva quanto à supressão de vegetação, pois nem a delimitou no tocante ser nativa ou não.

Logo, por se tratar de supressão de vegetação nativa, conforme constatado nos autos lavrados pelo agente ambiental, compete ao INEA a atribuição de conceder essa autorização (Decreto nº 42.050/2009, em seu art. 5º), ainda que existisse a licença municipal, esta estaria em desconformidade com a legislação vigente.

Por sua vez, a autorização do INEA não consta dos autos.

Nesse contexto, inequívoca a ilegalidade da construção por não haver licença para supressão de vegetação, de qualquer ente, seja municipal, estadual ou federal.

Por esses motivos, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido, invertendo-se os encargos da sucumbência.

RIO DE JANEIRO, 06 DE SETEMBRO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA
RELATOR

PLANO DE SAÚDE. AUTORIZAÇÃO E CUSTEIO DE MEDICAMENTOS À BASE DE CANABIDIOL. RISCO DE DANO GRAVE. ROL DA ANS PASSÍVEL DE MITIGAÇÃO.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA. AUTORIZAÇÃO E CUSTEIO DE MEDICAMENTO IMPORTADO À BASE DE CANABIDIOL E ATENDIMENTO DOMICILIAR DE FISIOTERAPIA E FONOAUDIOLOGIA. REQUISITOS CONFIGURADOS. PROBABILIDADE DO DIREITO. PERIGO DE DANO. TEMA Nº 990 DO STJ. FORNECIMENTO PELO PLANO DE SAÚDE DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO. DISTINÇÃO. PRINCÍPIO ATIVO DO MEDICAMENTO JÁ REGISTRADO. ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA JULGADOS PELA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ SEGUNDO OS QUAIS O ROL É TAXATIVO, EM REGRA, MAS PASSÍVEL DE MITIGAÇÃO DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE TRATAMENTO EFICAZ NO ROL. SÚMULAS TJRJ Nos 211 E 340. PRAZO PARA CUMPRIMENTO JUSTIFICADO PELA URGÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CUSTEIO DO MEDICAMENTO AO INVÉS DA IMPORTAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. Concessão de tutela de urgência para autorização e custeio de medicamento importado à base de canabidiol e dos atendimentos domiciliares de fisioterapia e fonoaudiologia pleiteados por idosa acamada acometida de Alzheimer avançado e de epilepsia de difícil controle refratária ao tratamento. Insurgência da operadora do plano de saúde fundada na ausência de registro do medicamento, limitação contratual e ausência de previsão do fornecimento no rol de procedimentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde. Presença dos requisitos para concessão da tutela de urgência. Probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Tema nº

990 do STJ (REsp nº 1.712.163/SP e nº 1.726.563/SP): “As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA”. Aplicação que não se justifica, pois já registrado o princípio ativo do medicamento. Ineficácia dos medicamentos disponíveis no Brasil. Reembolso integral dos atendimentos domiciliares de fonoaudiologia e fisioterapia. Ausência de demonstração de plano da existência de profissionais credenciados aptos a prestar o atendimento com as peculiaridades descritas. Prazo para cumprimento justificado pela urgência. Possibilidade de custeio ou importação do medicamento pela operadora do plano de saúde. Manutenção da decisão agravada. Conhecimento e desprovemento do recurso.

que o réu autorize e custeie o medicamento e os procedimentos na forma descrita a f. 59, 60 e 61, no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00...”

Aduz a agravante não ser obrigada ao fornecimento de medicamento não registrado na Anvisa por força do Tema nº 990 do STJ (Recursos Especiais nos 1.712.163/SP e 1.726.563/SP), de observância obrigatória pelo juízes e tribunais, como dispõe o artigo 927, III do CPC.

Afirma exclusão contratual e legal de medicamentos via oral para uso domiciliar que não sejam antineoplásicos e de controle de efeitos adversos adjuvantes, nem medicamentos ministrados durante a internação domiciliar, em substituição à internação hospitalar (artigos 10, VI e §§ 1º e 4º e 12º da Lei nº 9.656/98, 1º e 4º, III da Lei nº 9.961/00 e 2º e 17º parágrafo único da RN nº 465/2021 da ANS), aplicável a produtos à base de canabidiol, que sequer são medicamentos. Alega que o produto pleiteado não tem bula por não ser registrado, mas somente folheto explicativo. Invoca julgados do STJ e parecer técnico da ANS. Ressalta que a autorização para importação não equivale a registro do medicamento na Anvisa. Refere-se ao Tema nº 500 do STF, que afasta o dever do Estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa, devendo a ação, nesse caso, ser proposta em face da União. Sustenta que o rol de cobertura estabelecido pela ANS é taxativo, como decidido pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.733.013 e que o fornecimento fora dos limites estabelecidos vulnera o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Nega a urgência do fornecimento, pois a autorização de importação é datada de 2019, o laudo médico, de 21/06/2021, e a ação só foi distribuída em 23/11/2021. Alega risco de dano grave ou de difícil reparação devido ao custo elevado do produto, que jamais será recuperado em caso de improcedência do pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0095241-64.2021.8.19.0000, em que é Agravante UNIMED-RIO Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda e agravada S. A. M. representada por sua filha M. M. S. de M..

Acordam os Desembargadores da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer o recurso e negar-lhe provimento, na forma do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto da decisão do Juízo da 7ª Vara Cível Regional de Jacarepaguá da Comarca da Capital prolatada nos seguintes termos (000088 do processo nº 0049210-56.2021.8.19.0203): “...Defiro a gratuidade de justiça à autora. Anote-se onde couber. Presentes os requisitos legais, tendo em vista a relação contratual entre as partes (f. 51) e o estado de saúde da autora, DEFIRO o pedido de antecipação de tutela e determino

Sustenta impossibilidade de cumprimento da decisão diante da imprescindibilidade de autorização sanitária excepcional da Anvisa para importação, assinatura do termo de consentimento pelo paciente e de receituário tipo B (azul) de numeração controlada válida, somente passíveis de obtenção pelo paciente ou seu representante legal.

Quanto às sessões de fisioterapia e fonoaudiologia, nega prescrição médica de atendimento domiciliar ou que tenha havido recusa, ao mesmo tempo em que argumenta tratar-se de assistência domiciliar, ausente prescrição de internação domiciliar (*home care*), a qual é excluída da cobertura contratual, não sendo devido reembolso integral de atendimento por profissionais de livre escolha, não credenciados.

Insurge-se contra o valor arbitrado para a multa diária e o prazo fixado para cumprimento, aduzindo a necessidade de 45 (quarenta e cinco) dias para a importação, já que assegurado o prazo de 21 (vinte e um) dias úteis para autorização de procedimentos de alta complexidade pela Resolução ANS nº 259/2011. Requer a concessão do efeito suspensivo e o provimento do recurso.

Foi indeferido o efeito suspensivo pleiteado (000053).

Contrarrazões (000062) em prestígio da decisão agravada.

Parecer da Procuradoria de Justiça (000089) pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

O recurso deve ser conhecido, pois presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

NÃO ASSISTE RAZÃO À AGRAVANTE.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão que determinou à ora agravante que autorize e custeie em favor da agravada o medicamento canabidiol USA HEMP 6.000 MG 3 ml ao dia, 40 frascos por mês, pelo

período de 2 (dois) anos, conforme prescrição médica, bem como o atendimento domiciliar de fisioterapia e fonoaudiologia.

A decisão recorrida está em conformidade com a norma descrita no artigo 300 do CPC, que exige para a concessão da tutela de urgência a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Constata-se risco de dano grave não em desfavor da recorrente, cujo eventual prejuízo será de ordem patrimonial, não demonstrado perigo de irreversibilidade, mas da ora agravada, idosa nascida em 16/11/1943, usuária do plano coletivo empresarial Unimed Ômega Plus acometida de Alzheimer avançado e epilepsia refratária às medicações disponíveis no Brasil que apresentou melhora clínica após o uso de canabidiol e para quem foram prescritos os tratamentos de fisioterapia e de fonoaudiologia devido ao quadro neurodegenerativo.

Não se justifica, tampouco, que o atendimento ao direito da agravada tenha de ser postergado para depois da dilação probatória, como pretende a recorrente, devido ao tempo decorrido entre a data da prescrição médica e da autorização de importação da Anvisa e a propositura da ação.

Não assiste razão à agravante.

Decorre da aplicação da Lei nº 9.656/98, em consonância com o artigo 51 da Lei nº 8.078/90, serem consideradas abusivas e, portanto, nulas de pleno direito, as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade”.

Sendo assim, as cláusulas limitativas não podem desvirtuar os fins do contrato a ponto de resultar na impossibilidade do próprio tratamento necessário à manutenção da saúde do contratante ou de seus dependentes, devendo

ser interpretadas da forma mais favorável ao consumidor, incidindo, no caso, o Enunciado nº 340 da Súmula deste Tribunal: “Ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor, revela-se abusiva a que exclui o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento da doença coberta pelo plano.”

Ademais, a não previsão no rol de cobertura obrigatória da ANS não poderia obstar o atendimento do tratamento prescrito pelo médico assistente, cujo juízo técnico deve prevalecer, não se justificando óbice aos tratamentos prescritos para a ora agravada.

Nesse sentido o entendimento jurisprudencial desta Corte, consolidado na Súmula nº 211: “Havendo divergência entre o seguro saúde contratado e o profissional responsável pelo procedimento cirúrgico, quanto à técnica e ao material a serem empregados, a escolha cabe ao médico incumbido de sua realização.”

O Tema nº 990 do STJ (Recursos Especiais nos 1.712.163/SP e 1.726.563/SP), segundo o qual “as operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA”, não se aplica à hipótese, já que o canabidiol, princípio ativo do medicamento pleiteado, está registrado e que a ANVISA forneceu especificamente para a agravada autorização de importação válida, inicialmente, até 11/02/2022 (000071) e mais recentemente até 20/05/2024 (000476), em conformidade com as resoluções sobre medicamentos à base de canabidiol (RDC nº 17/2015, RDC nº 327/2019 e RDC nº 335/2020, alterada pela RDC nº 570/2021).

No mesmo sentido:

Agravado de Instrumento. Ação de obrigação de fazer. Decisão liminar que defere pedido

de fornecimento de medicamento importado indicado pelo médico assistente. Fixação de multa por descumprimento. Recurso da administradora do plano pela suspensão da decisão e redução da multa imposta. Alegação de entendimento jurisprudencial quanto à inexistência de obrigação ao fornecimento de medicamento não reconhecido pela ANVISA. Indeferimento da tutela liminar recursal. Interposição de Agravo Interno em face da decisão monocrática. Questão superada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento, em sede de recurso repetitivo, sobre o tema nº 990 quanto a ausência de obrigação do plano de saúde fornecer medicamento não registrado pela agência reguladora. Princípio ativo do medicamento requerido já registrado pelo órgão regulador. Imposição de multa por descumprimento em conformidade com a legislação vigente. Fornecimento de medicamento em uso domiciliar não encontrado em farmácias e drogarias que se assemelha ao serviço parcial de *home care*. Prazo para cumprimento da obrigação que deve ser revisto. Provimento parcial do recurso.

(0045943-40.2020.8.19.0000 - Agravo de Instrumento. Des(a). CLAUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA - Julgamento: 12/05/2021 - Sétima Câmara Cível)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. MENOR PORTADOR DE EPILEPSIA REFRACTÁRIA. MEDICAMENTO. *REVIVID CBD WHOLE* ASSOCIADO AO *REVIVID CBD PURE*. TRATAMENTO EM CARÁTER EMERGENCIAL E CONTÍNUO. TUTELA DEFERIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão, que, nos autos da ação de obrigação de fazer, deferiu o pedido de tutela de urgência para determinar à parte ré que autorize o tratamento solicitado, para determinar que a ré forneça o medicamento *REVIVID CBD*

WHOLE 3000mg/60ml, 2ml ao dia, associado ao *Revivid CBD Pure* 6000mg/60ml, 2ml ao dia, uso regular, nos termos da prescrição médica, fixado o prazo de 05, sob pena de multa de R\$ 5.000,00.

2. Em linha de cognição sumária, a probabilidade do direito restou consubstanciada na comprovação de que a parte autora, de apenas quatro anos, apresenta quadro de epilepsia refratária e agenesia do corpo caloso resistente aos tratamentos medicamentosos testados no Brasil, necessitando em caráter extremamente emergencial do tratamento com uso contínuo e regular do *REVIVID CBD WHOLE* 3000mg/60ml, 2ml ao dia, associado ao *Revivid CBD Pure* 6000mg/60ml, 2ml ao dia, conforme deixa claro o laudo médico acostado aos autos.

3. Com efeito, tem-se que o caso não é de aplicação do Tema nº 990, que limitou a obrigatoriedade de fornecimento dos planos os medicamentos registrados na ANVISA, vez que há normas específicas sobre medicamentos à base de Canabidiol (RDC nº 17/2015, RDC nº 327/2019 e RDC nº 335, de 24/01/2020 da ANVISA), sendo esta última específica quanto à importação por pessoa física para uso medicinal.

4. Extraí-se ainda do laudo médico que foram esgotadas todas as possibilidades terapêuticas para o tratamento da doença, sendo ela resistente aos tratamentos medicamentosos testados no Brasil, o que justificou a prescrição pelo médico do *REVIVID CBD WHOLE* 3000mg/60ml, 2ml ao dia, associado ao *Revivid CBD Pure* 6000mg/60ml, 2ml ao dia. Parte autora que comprovou possuir autorização de importação pela ANVISA em seu nome, bem como ser segurada do plano agravante, além de ser o seu representante hipossuficiente.

5. Logo, a ausência de registro do fármaco na

ANVISA não pode ser invocada para afastar a cobertura do medicamento prescrito por seu médico. Aplicação da súmula nº 211 desta Corte.

6. Presentes os requisitos autorizadores da tutela de urgência. Precedentes.

7. Levando em consideração o poder econômico da parte ré, a natureza da lide e a gravidade do possível dano a ser causado na hipótese de descumprimento da medida, mostra-se razoável e proporcional o valor fixado a título de multa cominatória, representando para a parte ré uma efetiva coação ao cumprimento da ordem, bastando, tão somente, que ela cumpra a decisão judicial para afastar a cominação imposta.

8. Desprovimento do Recurso.

(0051477-28.2021.8.19.0000 - Agravo de Instrumento. Des(a). MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO - Julgamento: 23/07/2021 - Oitava Câmara Cível)

Impende mencionar que a Terceira Turma do STJ também aplicou a técnica da distinção entre o referido Tema nº 990 e a hipótese tratada no REsp nº 1.923.107, sob o fundamento de que a permissão para importação fornecida pela ANVISA milita em favor da segurança do medicamento e exclui a ilicitude de sua aquisição:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. OBRIGAÇÃO DE A OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE CUSTEAR MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO NA ANVISA. TEMA Nº 990. APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO (*DISTINGUISHING*) ENTRE A HIPÓTESE CONCRETA DOS AUTOS COM A QUESTÃO DECIDIDA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL DA CLÁUSULA CONTRATUAL. DANO MORAL NÃO CONFIGU-

RADO. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de ressarcimento cumulada com compensação por danos morais ajuizada em 30/09/2016, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 28/11/2019 e atribuído ao gabinete em 16/09/2021. Julgamento: CPC/15.

2. O propósito recursal consiste em decidir sobre (i) a obrigação de a operadora de plano de saúde custear medicamento importado para o tratamento da doença que acomete o beneficiário, o qual, apesar de não registrado pela ANVISA, possui autorização para importação em caráter excepcional; e (ii) o cabimento da compensação por dano moral.

3. Segundo o entendimento consolidado pela 2ª Seção no julgamento do REsp nº 1.712.163/SP e do REsp nº 1.726.563/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos, "as operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA" (Tema nº 990 - julgado em 01/09/2020, DJe de 09/09/2020).

4. A autorização da ANVISA para a importação excepcional do medicamento para uso hospitalar ou sob prescrição médica, é medida que, embora não substitua o devido registro, evidencia a segurança sanitária do fármaco, porquanto pressupõe a análise da Agência Reguladora quanto à sua segurança e eficácia, além de excluir a tipicidade das condutas previstas no art. 10, IV, da Lei nº 6.437/77, bem como nos arts. 12 c/c 66 da Lei nº 6.360/76.

5. Necessária a realização da distinção (*distinguishing*) entre o entendimento firmado no precedente vinculante e a hipótese concreta dos autos, na qual o medicamento (CYTOGAM) prescrito à beneficiária do plano de saúde, embora se trate de fármaco importado ainda não registrado pela ANVISA, teve a sua importação

excepcionalmente autorizada pela referida Agência Nacional, sendo, pois, de cobertura obrigatória pela operadora de plano de saúde.

6. A orientação adotada pela jurisprudência desta Corte é a de ser possível, em determinadas situações fáticas, afastar a presunção de dano moral na hipótese em que a recusa de cobertura pelo plano de saúde decorrer de dúvida razoável na interpretação do contrato, por não configurar conduta ilícita capaz de ensejar o dever de compensação.

7. Hipótese em que a atuação da operadora está revestida de aparente legalidade, a afastar a ocorrência do ato ilícito caracterizador do dano moral.

8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp nº 1.886.178/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 25/11/2021, DJe 29/11/2021)

Cumpra, igualmente, realizar a distinção entre a presente hipótese e a tratada no Tema nº 500 do STF, no sentido de que "as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União", eis que aplicável a demandas em face dos entes federativos, tratando o presente recurso de fornecimento por plano de saúde.

Nesse sentido:

Contrato de plano de saúde. Tutela de urgência. Paciente portadora de doença degenerativa crônica da coluna cervical. Tratamento prescrito negado pela prestadora de serviços. Produto derivado de Cannabis não registrado na ANVISA. Nabix 10.000. Taxatividade do rol de procedimentos e eventos da ANS. Decisão da Segunda Seção do STJ. EREsp nº 1.886.929 e EREsp nº 1.889.704. Possibilidade de cobertura quando observadas as premissas

estabelecidas no precedente. Ausência de registro na ANVISA que não impede o fornecimento do produto indispensável à saúde da agravada. Autorização para importação concedida pela agência reguladora. RDC n° 327/2019 e RDC n° 660/2022. Custeio do medicamento importado pelo plano de saúde. Cabimento. Tema n° 500 do STF. Tema n° 990 do STJ. *Distinguishing*. Probabilidade do direito e perigo de dano demonstrados. Incidência das Súmulas nos 210 e 211 deste TJRJ. Multa pelo descumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela que não é excessiva. Prazo adequado. Imprescindibilidade do fornecimento. Precedentes do STJ e do TJ-RJ. Agravo de instrumento da empresa-ré desprovido pelo relator.

(0052969-21.2022.8.19.0000 - Agravo de Instrumento. Des(a). BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO - Julgamento: 21/07/2022 - Décima Câmara Cível)

Não se desconhece o entendimento da Quarta Turma do STJ no julgamento do REsp n° 1.733.013-PR no sentido que defende a recorrente, de que o rol mínimo de procedimentos obrigatórios previsto no artigo 10 da Lei n° 9.656/98 e regulamentado pela Resolução Normativa n° 428/2017 da ANS é taxativo.

Ressalte-se, no entanto, que o recurso não foi afetado ao rito dos recursos repetitivos e que no julgado o próprio Ministro Relator, LUIS FELIPE SALOMÃO, reconhece o dissenso jurisprudencial acerca do tema entre a Terceira e a Quarta Turmas daquele Tribunal Superior.

Tal dissídio ensejou o julgamento de embargos de divergência (EREsp n° 1886929/SP e EREsp n° 1889704/SP), espécie recursal não elencada no rol do artigo 927 do CPC, que versa sobre precedentes vinculantes, tendo a Segunda Seção do STJ decidido que, em regra, o rol é taxativo,

podendo o custeio do tratamento ser imposto à operadora do plano de saúde, por exceção, se não houver tratamento eficaz abrangido pelo rol, conforme as seguintes premissas:

1. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar é, em regra, taxativo;
2. A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol;
3. É possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra rol;
4. Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva *ad causam* da ANS.

Quanto à alegada exclusão contratual e legal de fornecimento de medicamentos via oral para uso domiciliar, é infirmada diante da ineficácia dos medicamentos já utilizados, como atesta a prescrição médica (000060

e 000474 do processo nº 0049210-56.2021.8.19.0203).

No mesmo sentido:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DA OPERADORA SOB O ARGUMENTO DE QUE O TRATAMENTO PRESCRITO NÃO POSSUI COBERTURA CONTRATUAL. ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS. USO DOMICILIAR. MÉTODO PRESCRITO PELO MÉDICO. RECUSA DE COBERTURA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA TERCEIRA TURMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09/03/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. O entendimento dominante nesta Corte é de que é abusiva a recusa de custeio do medicamento prescrito pelo médico responsável pelo tratamento do beneficiário, ainda que ministrado em ambiente domiciliar e independentemente de figurar no rol da ANS, tendo em vista a natureza meramente exemplificativa deste.

3. Em que pese a existência de precedente da eg. Quarta Turma entendendo ser legítima a recusa de cobertura com base no rol de procedimentos mínimos da ANS, esta eg. Terceira Turma, no julgamento do REsp nº 1.846.108/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado aos 02/02/2021, reafirmou sua jurisprudência no sentido

do caráter exemplificativo do referido rol de procedimentos.

4. Agravo interno não provido.

(AglInt no REsp nº 1.949.033/SP, Relator Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 27/06/2022, DJe de 29/06/2022.)

No que tange ao reembolso integral dos tratamentos de fisioterapia e fonoaudiologia, a agravante não demonstrou, de plano, possuir profissionais credenciados aptos a prestar os referidos tratamentos no domicílio da agravada, idosa e acamada, na forma da prescrição dos profissionais particulares (000059 e 000061).

O prazo de 10 (dias) fixado para cumprimento se mostra adequado, eis que não se trata de procedimento de alta complexidade e a decisão determina à agravante que “autorize e custeie o medicamento e os procedimentos na forma descrita a f. 59, 60 e 61”, não especificando que esta tenha de importar o produto prescrito, o que pode ser providenciado pela agravada mediante pagamento por parte da agravante, como aventado na inicial da ação, por exemplo, não se mostrando exorbitante o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) arbitrado para a multa diária, diante da relevância do direito que visa a garantir.

A decisão agravada, portanto, deve ser mantida em todos os seus efeitos, pois assente no direito à saúde, na lei e no contrato.

Do exposto, o voto é no sentido de conhecer o recurso e negar-lhe provimento, mantendo a decisão agravada em todos os seus termos.

RIO DE JANEIRO, 31 DE AGOSTO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA

RELATOR

PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REPARADOR. CIRURGIA BARIÁTRICA. RECURSO CONTRÁRIO AS SÚMULAS N° 59, 210 E 258 DO TJRJ. DECISÃO AMPARADA NO DIREITO A SAÚDE. LAUDOS PSICOLÓGICOS E MÉDICOS. IMPRESCINDIBILIDADE DO PROCEDIMENTO.

DECISÃO MONOCRÁTICA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEMANDA VISANDO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REPARADOR APÓS CIRURGIA BARIÁTRICA. PRETENSÃO CUMULADA COM REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEFERIMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA. ACERTO DA DECISÃO. RECURSO QUE ENCONTRA ÔBICE NAS SÚMULAS N° 59, 210 E 258 DESTE TRIBUNAL. RECURSO NÃO PROVIDO LIMINARMENTE.

1. O recurso é contrário às Súmulas n° 59, 210 e 258 deste Tribunal, sendo, portanto, hipótese de decisão monocrática por esta Relatora, com fundamento no art. 932, IV, “a”, CPC.

2. Não cabe ao segundo grau de jurisdição, a revisão da decisão interlocutória concessiva ou não, da tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, a não ser que tal decisão se apresente flagrantemente teratológica, contrária à lei, notadamente no que diz respeito à probabilidade do direito invocado, ou à prova dos autos (Súmula TJRJ n° 59).

3. Imprescindível o procedimento prescrito pelo médico para que a agravada possa apresentar uma melhora em sua qualidade de vida, sendo certo que a reparação cirúrgica possui o objetivo de restabelecer o estado psicológico, físico e funcional da paciente, revelando-se correta a decisão concessiva da tutela de urgência.

4. Súmula n° 210 deste Tribunal: “Para o deferimento da antecipação da tutela contra seguro saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo

contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade”.

5. Súmula TJRJ n° 258: “A cirurgia plástica, para retirada do excesso de tecido epitelial, posterior ao procedimento bariátrico, constitui etapa do tratamento da obesidade mórbida e tem caráter reparador”.

6. Recurso conhecido, mas não provido. Decisão liminar pelo Relator. Aplicação do art. 932, IV, “a”, do CPC. Prejudicada a análise do pedido de efeito suspensivo.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento n° 0064317-36.2022.8.19.0000, vergastando decisão, proferida em demanda visando cumprimento de obrigação de fazer (procedimento cirúrgico reparador após cirurgia bariátrica) c/c pretensão por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), decisão que, entendendo presentes as condições do art. 300 do C.P.C., deferiu a tutela de urgência requerida para determinar que a Ré, ora Agravante, procedesse à cobertura integral das cirurgias requeridas no relatório médico anexado aos autos, devendo, ainda, fornecer todo e qualquer material e/ou medicamento requisitado pelo médico e inerente ao tratamento cirúrgico, indicando também três médicos de sua rede credenciada, todos especialistas em cirurgia plástica reparadora pós-bariátrica, no prazo de dez dias, sob pena de incidência de multa cominatória única de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e penhora do valor em caso de descumprimento.

Argumenta a Empresa Agravante que: a) a afirmação da médica não encontra respaldo em literatura nacional ou internacional, uma vez que a cura para transtornos mentais não é feita por cirurgia plástica, não tendo apresentado estudo clínico com relevância estatística que corroborasse suas afirmações e sendo a conclusão do relatório da cirurgiã plástica e do laudo psicológico, malé-

fica do ponto de vista assistencial, uma vez que promete algo que não pode cumprir e parece uma tentativa de ludibriar o magistrado da existência de doença mental que não foi comprovada; b) todas as operadoras de saúde estão sujeitas às regras estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), sendo que há um rol de procedimentos com cobertura contratual assegurada; c) todos os procedimentos não são cobertos pelo rol de procedimentos e eventos de saúde da ANS (RN 465/2021), além de serem procedimentos cirúrgicos com finalidade estética, ou seja, não visam a restauração parcial ou total da função de órgãos ou parte do corpo humano lesionada, seja por enfermidade, traumatismo ou anomalia congênita (art. 17, parágrafo único, inciso II, RN nº 465/2021, da ANS) e, por conseguinte, não têm cobertura contratual; d) o rol da ANS e suas diretrizes apresentam o rol de procedimentos obrigatórios, que é rigidamente cumprido, não se podendo impor responsabilidade por procedimentos que não são obrigatórios, sob pena de prestigiar uma parte em detrimento de outra.

Há pedido de efeito suspensivo (índex 02-21, f. 20, item V, letra “b”).

O recurso, interposto no dia 22/08/2022, é adequado (art. 1015, I, CPC) e tempestivo (aviso de recebimento juntado em 22/08/2022, índex 75 dos autos principais), com custas recolhidas no índex 24.

É o relatório. DECIDO.

Sem razão a Empresa Agravante. O recurso é contrário às Súmulas nº 59, 210 e 258 deste Tribunal, com ver-se-á a seguir, sendo, portanto, hipótese de decisão monocrática por esta relatora, com fundamento no art. 932, IV, “a”, CPC.

Com efeito, a outorga ou não da medida, ora impugnada, constitui ato *officium judicis*, adstrito ao juízo discricionário do magistrado da causa, proferida para uma situação de perigo de morosi-

dade (*pericolo di tardività*, segundo Calamandrei), gerador de risco de dano irreparável ou de difícil reparação para o direito substancial da parte.

Nesse contexto, via de regra, não cabe ao segundo grau de jurisdição, a revisão da decisão interlocutória concessiva ou não, da tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, a não ser que tal decisão se apresente flagrantemente teratológica, contrária à lei, notadamente no que diz respeito à probabilidade do direito invocado, ou à prova dos autos.

Esse o entendimento da Súmula nº 59 desta Corte de Justiça:

Somente se reforma a decisão concessiva ou não, da tutela de urgência, cautelar ou antecipatória, se teratológica, contrária à lei, notadamente no que diz respeito à probabilidade do direito invocado, ou à prova dos autos.

VERBETE SUMULAR REVISADO (Acórdão publicado em 14/07/2017). Referência: Processo Administrativo nº 0021798-56.2016.8.19.0000 – Julgamento em 03/07/2017 – Relator: Desembargador CAMILO RIBEIRO RULIERE.

Votação por maioria. Redação anterior: “Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos”.

No caso em exame, a decisão guerreada, conquanto proferida com base em cognição não exauriente, não se revela teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos, na medida em que a decisão agravada está amparada no direito à saúde constitucionalmente garantido (art. 196 CF) e nos laudos psicológico e médico juntados no índex 31-36 e 37-38 dos autos principais, respectivamente, concluindo o primeiro que:

[...] a insegurança, constrangimento, bem como as limitações pessoais, físicas e sociais que

o excesso de pele tem causado, justificam e intensificam a importância da realização da cirurgia plástica reparadora neste momento, para que a avaliada consiga corrigir [sic] o excesso de peles causados [sic] pela obesidade e se beneficiar do emagrecimento.

O laudo médico (índice 37-38 dos autos principais), por sua vez, afirma que a autora, ora agravada, foi submetida a uma cirurgia de gastroplastia redutora (cirurgia bariátrica), em janeiro de 2021, em razão de obesidade mórbida e comorbidades associadas ao sobrepeso e que, devido à perda de quarenta e oito quilos, houve um acúmulo de grande quantidade de sobra de pele em diversas regiões de seu corpo, causando transpiração do tecido epitelial, assaduras e dermatites de repetição devido ao excesso de dobras, além de dificultar a higienização e possibilitar a ocorrência de inflamações e infecções no tecido.

Vê-se, portanto, a imprescindibilidade do procedimento prescrito pelo médico para que a agravada possa apresentar uma melhora em sua qualidade de vida, sendo certo que a reparação cirúrgica possui o objetivo de restabelecer o estado psicológico, físico e funcional da paciente, revelando-se correta a decisão concessiva da tutela de urgência.

Oportuna aqui a menção do teor da Súmula nº 210 deste Tribunal:

Para o deferimento da antecipação da tutela contra-seguro saúde, com vistas a autorizar internação, procedimento cirúrgico ou tratamento, permitidos pelo contrato, basta indicação médica, por escrito, de sua necessidade.

Referência: Processo Administrativo nº. 0013657- 24.2011.8.19.0000. Julgamento em 22/11/2010. Relator: Desembargadora LEILA MARIANO. Votação por unanimidade.

Ademais, como observou a Juíza que proferiu a decisão agravada, é pacífico no âmbito deste

Tribunal que as cirurgias de reconstrução pós-bariátrica não possuem caráter estético, posto que apenas contemplam a continuidade do tratamento de obesidade mórbida, tratamento necessário, terapêutico e complementar para restabelecer a integridade física e psíquica da paciente submetida à prévia gastroplastia redutora, atraindo a aplicação do verbete da Súmula TJRJ nº 258, segundo o qual:

A cirurgia plástica, para retirada do excesso de tecido epitelial, posterior ao procedimento bariátrico, constitui etapa do tratamento da obesidade mórbida e tem caráter reparador.

No sentido do texto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA PARA COMPELIR A RÉ A AUTORIZAR A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA, TIDO COMO REPARADOR. LAUDO MÉDICO QUE CORROBORA A NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. AS CIRURGIAS DE RECONSTRUÇÃO PÓS-BARIÁTRICA CONSTITUEM ETAPA DO TRATAMENTO DA OBESIDADE MÓRBIDA E TEM CARÁTER REPARADOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO DETERMINAR QUE A PARTE RÉ AUTORIZE/CUSTEIE A CIRURGIA REPARADORA DESCRITA NO LAUDO, COM O FORNECIMENTO DOS INSUMOS NECESSÁRIOS À REALIZAÇÃO DA CIRURGIA, NO PRAZO DE CINCO DIAS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 1.000,00.

(TJ/RJ, 0068253-06.2021.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO, Des(a). GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO - Julgamento: 17/02/2022 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL. Data de Publicação: 22/02/2022 (*))

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. NEGATIVA DE CUSTEIO PELO PLANO DE SAÚDE DE PRÓTESES E CIRURGIA REPARADORA

DE MAMA DECORRENTE DE CIRURGIA BARIÁTRICA. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU A TUTELA ANTECIPADA PARA DETERMINAR QUE A RÉ AUTORIZE O REFERIDO PROCEDIMENTO, NO PRAZO DE TRINTA DIAS, SOB PENA DE MULTA ÚNICA DE R\$1.000,00 (UM MIL REAIS) RECURSO DA PARTE RÉ, SUSTENTANDO A EXCLUSÃO CONTRATUAL DA CIRURGIA E O CARÁTER IRREVERSÍVEL DA MEDIDA. COM EFEITO, O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS RESP Nº 1.870.834/SP E RESP Nº 1.872.321/SP, DA RELATORIA DO MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, QUE DETERMINOU A AFETAÇÃO DO TEMA OBJETO DOS AUTOS (DEFINIÇÃO DA OBRIGATORIEDADE DE CUSTEIO PELO PLANO DE SAÚDE DE CIRURGIAS PLÁSTICAS EM PACIENTE PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA), DETERMINANDO A SUSPENSÃO DO PROCESSAMENTO DE TODOS OS PROCESSOS PENDENTES, INDIVIDUAIS OU COLETIVOS, QUE VERSEM ACERCA DA QUESTÃO E TRAMITEM NO TERRITÓRIO NACIONAL (ART. 1.037, II, DO CPC/2015), EXCETUADA A CONCESSÃO DE TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA, QUANDO PRESENTES SEUS REQUISITOS. DIAGNÓSTICO PTOSE MAMÁRIA BILATERAL COM MUSCULATURA PEITORAL VISÍVEL, PÓS BARIÁTRICA, INDEX. 81, RESTANDO COMPROVADA A RECUSA DA RÉ, CONCERNENTE À AUTORIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO, NA VIA ADMINISTRATIVA, ÍNDEX. 85. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS Nº 258 E 341 DO TJRJ. PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DO ARTIGO 300 DO CPC. SÚMULA Nº 59 DO TJRJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(TJ/RJ, 0064449-30.2021.8.19.0000 - Agravo de Instrumento, Des(a). SANDRA SANTARÉM CARDINALI - Julgamento: 17/02/2022 - Vigésima Sexta Câmara Cível).

Diante destas considerações, conheço o recurso, mas nego-lhe provimento liminarmente, com fundamento no art. 932, IV, "a", do CPC, prejudicada a análise do pedido de efeito suspensivo.

Comunique a decisão à Juíza da causa.

Intimem-se as partes.

RIO DE JANEIRO, 29 DE AGOSTO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. MAFALDA LUCCHESI
RELATORA

PROFISSIONAL LIBERAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. VIOLAÇÃO AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. DANO MORAL CONFIGURADO.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PROFISSIONAL LIBERAL. DENTISTA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA (ART. 14, § 4º, DO CDC). VIOLAÇÃO AO ART. 4º, § 1º, DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/15). DANO MORAL CONFIGURADO. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA REDUZIDA EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR Nº 343 DO TJRJ.

- Apela o réu, alegando, em suma, a ausência de ato ilícito capaz de ensejar o dever de indenizar, haja vista o comportamento contraditório da primeira autora e a possibilidade de renúncia do profissional ao atendimento do paciente.

- Trata-se de relação consumerista, regida pelo CDC, cujo artigo 14, § 4º, atribui responsabilidade civil subjetiva ao profissional liberal, devendo restar comprovado o dano, a conduta ilícita (descumprimento de dever legal ou contratual) e o nexa causal entre ambos.

- *In casu*, há demonstração cabal de que o réu, de fato, praticou um ato discriminatório contra a segunda autora, ao proibir a secretária de marcar nova consulta para a referida paciente.

- Ao contrário do que entende o réu, o áudio adunado aos autos é apto à comprovação dos fatos narrados na exordial, pois revela a determinação do réu, dono da clínica onde as demandantes realizavam tratamentos odontológicos, para que sua funcionária encerrasse a ficha clínica da segunda autora, imediatamente após o incidente ocorrido com o celular de outra cliente.

- Não há que se admitir a tese de exclusão de responsabilidade do réu, pelo fato de a primeira autora ter voltado à clínica após os fatos narrados. Isso porque o retorno se deu para continuidade de um tratamento de clareamento dentário, com outro profissional dentista, razão pela qual não tem o condão de excluir a condenação de natureza moral.

- Tampouco socorre ao apelante invocar o direito a não prosseguir com o tratamento da segunda autora, com fulcro no artigo 5º, V do Código de Ética Odontológica, porque, no caso específico destes autos, a recusa se deu imediatamente após o episódio narrado, ou seja, em razão de a segunda apelada ter danificado o aparelho celular de uma paciente que aguardava na sala de espera, configurando prática vedada pelo art. 4º, § 1º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não se desincumbindo do ônus do art. 373, II, do CPC.

- Não há como se considerar o fato narrado banal, a ponto de configurar um mero aborrecimento, haja vista a humilhação e a angústia geradas às autoras diante da negativa de atendimento à segunda autora, na frente de outras pessoas e por motivo inequivocamente preconceituoso, acarretando-lhes grave abalo moral. Precedentes.

- Dano moral configurado. Verba indenizatória reduzida para a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para primeira autora; e R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para segunda autora.

PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0007930-76.2019.8.19.0203 em que figura como Apelante M. L. de M. J. e Apeladas R. de C. G. de C. e J. G. de C..

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Quarta Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de ação indenizatória por danos morais c/c dano moral reflexo/ricochete ajuizada por R. de C. G. de C. e J. G. de C., representada por sua genitora, em face de M. L. de M. J., sustentando a legitimidade ativa da primeira autora para pleitear dano moral reflexo c/c ricochete.

Narra a primeira autora que levou sua filha especial, ora segunda autora, para tratamento emergencial, na clínica do réu, em razão da massa colocada no dente da segunda autora (Jessica) ter caído, deixando buraco no dente aberto.

Prosegue dizendo que as autoras realizaram tratamento odontológico na clínica, com a colocação de flúor, limpeza e demais procedimentos há 02 (dois) anos.

Diz a primeira autora que, ao se dirigir à recepção para agendar o retorno da segunda autora para continuidade ao tratamento, a segunda autora pegou o celular de uma terceira pessoa que estava no saguão de espera da clínica e jogou no chão, vindo a quebrar a tela do aparelho em questão.

Continua dizendo que, ciente de todo ocorrido, a primeira autora se comprometeu a consertar e pagar todo o valor necessário pelo celular, explicando que a segunda autora era especial e que não teria noção do ato cometido.

Relata que o réu, após o ocorrido, disse à primeira autora que não queria mais atender a segunda autora na clínica.

Acrescenta ao relato que, na frente das autoras e de outros pacientes, o réu determinou à secretária Claudia que promovesse a baixa e o cancelamento da ficha da segunda autora, solicitando à primeira autora que procurasse uma clínica odontológica especializada em portadores de deficiências mentais.

Mencionam que sofreram danos à imagem e à honra, havendo ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana bem como aos direitos de personalidade.

Requerem a procedência do pedido autoral para condenar o réu ao pagamento da quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de dano moral sofrido pela segunda autora, bem como o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), por danos morais reflexos ou em ricochete sofridos pela primeira autora.

Decisão que defere a gratuidade de justiça às autoras e determina o cumprimento do artigo 319, inciso VII do CPC (índice 46).

Manifestação das autoras (índice 52), com documentos (índice 54/55/56/60).

Despachos, determinando a citação da parte ré (índice 64 e 83).

Juntada de mandado de citação positiva da parte ré lavrada por OJA (índice 96/97).

Contestação do réu, impugnando, em sede preliminar, o valor da causa, porque se encontra equivocado eis que o pedido indenizatório formulado pelas autoras foi no valor de dezoito mil reais (índice 99), com os documentos de f. 101/132.

Réplica (índice 143).

Instadas em provas, as partes se manifestaram (índice 156 e 163).

Decisão determinando a juntada da contestação em sua integralidade (índice 166).

Manifestação da parte ré (índice 175). Contestação ofertada pelo réu, refutando os fatos narrados na peça inicial. Reconhece que as autoras estiveram na clínica para atendimento. Narra que o réu que se encontrava em sua sala, quando escutou barulho, seguindo do choro da paciente R. F. da S., relatando que a segunda autora puxou o aparelho celular de sua mão, tendo jogado o mesmo no chão, causando a quebra da tela do aparelho. Prossegue a narrativa dizendo que, em particular, o réu que se dirigiu até à primeira autora e perguntou se havia alguma solução para o ocorrido, sendo respondido pela autora que já havia combinado o conserto do aparelho. Menciona o réu que, em particular, lamentou o fato bem como ressaltou a necessidade da responsável segunda autora aumentar a vigilância sobre a sua filha. Refuta a alegação de que foi ofensivo e que conversou com a primeira autora para zelar pela integridade física da segunda autora, bem como amenizar eventuais transtornos em seu consultório. Afirma que mencionou a possibilidade consultório odontológico especializado eis que possui espaço e estrutura para receber pacientes com necessidade especiais. Assevera que a conversa com a parte autora se deu de forma particular e pacífica. Pontua o réu que atende outros pacientes portadores de necessidade especiais, de forma compreensiva e atenciosa. Aponta que a segunda autora era paciente do réu por aproximadamente 02 anos. Relata que exerce a profissão de dentista há 28 (vinte e oito) anos, acrescentando que seu consultório nunca se envolveu em qualquer dissabor com

seus pacientes. Impugna o pedido de inversão de ônus da prova bem como o dever de indenizar em razão da ausência de ato ilícito praticado pelo réu. Por fim, requer a improcedência do pedido (índex 176).

Réplica (índex 193).

Manifestação do réu. (índex 207) Documento que instruiu a peça (índex 209).

Manifestação do Ministério Público, opinando favoravelmente ao recebimento da peça de bloqueio, sem oposição às provas requeridas pelas partes (índex 211).

Decisão saneadora que deixa decretar a revelia do réu, acolhe a impugnação ao valor da causa, fixando-a em R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), e, ainda, defere a produção de prova documental suplementar bem como prova oral requerida pelas partes, com o depoimento pessoal da primeira autora, invertendo o ônus da prova (índex 213).

Ciente o Ministério Público da audiência designada (índex 225).

Realizada audiência de conciliação, instrução e julgamento, sendo ouvido uma informante e uma testemunha. Além da desistência do depoimento pessoal da primeira autora. (índex 257/259/260) Oitiva de testemunha R. F. da S. e da informante C. S. A. da C. (índex 263).

Alegações finais da parte autora e do réu (índex 268 e 272).

Parecer do Ministério Público, opinando pela procedência do pedido autoral (índex 281).

Decisão enviando os autos ao Grupo de Sentença (índex 285).

Sentença proferida, em sede de Grupo de Sentença, pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Regional de Jacarepaguá, Dra. Claudia Leonor Jourdan Gomes Bobsin, nos seguintes termos (índex 301):

(...) “Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido, extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC para condenar o Réu a indenizar a segunda autora na quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e a primeira autora no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), ambos os valores corrigidos monetariamente a contar da publicação da sentença e juros legais desde a citação.

Condeno o Réu, ainda, ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, os quais arbitro em dez por cento sobre o valor da condenação de acordo com o art. 85, parágrafo 2º do CPC.

Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se.

Pl.”

Recurso de apelação ofertado pelo réu, refutando a existência de ato ilícito capaz de ensejar o dever de indenizar. Impugna condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Afirma o comportamento contraditório da primeira autora. Por fim, requer o provimento do recurso, com a reforma da sentença para julgar a improcedência da pretensão autoral (índex 329).

Certificada a tempestividade do recurso de apelação (índex 336).

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (índex 345).

Parecer do Ministério Público, opinando pela manutenção da sentença (índex 362).

É o relatório.

VOTO

Recebo o recurso em seus regulares efeitos, diante da presença dos requisitos intrínsecos e extrínsecos para sua admissibilidade.

Após examinar os elementos constantes dos autos, conclui-se que a sentença deve ser mantida tal como lançada aos autos.

O cerne recursal gira em torno da existência ou não de falha na prestação do serviço ofertado pelo réu, capaz de ensejar sua condenação à indenização por danos morais.

Inexiste dúvida quanto à natureza da relação consumerista no caso em comento, eis que consumidor é todo aquele que utiliza o serviço como destinatário final (art. 2º da Lei nº 8.078/1990), e fornecedor, a pessoa jurídica que presta serviços mediante remuneração (art. 3º, e seu § 2º, da Lei nº 8.078/1990).

Embora se trate de relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14, § 4º, atribui responsabilidade civil subjetiva ao profissional liberal, ou seja, há de restar comprovado o dano, a conduta ilícita (descumprimento de dever legal ou contratual) e o nexo causal entre ambos.

In casu, o Juízo *a quo* julgou adequada e justamente a lide, com correta análise das provas adunadas aos autos, haja vista a demonstração cabal de que o réu, de veras, praticou um ato discriminatório contra a segunda autora, ao proibir a secretária de marcar nova consulta para a referida paciente.

Ao contrário do que entende o réu, o *link* de f. 157 é apto à comprovação dos fatos narrados na exordial, tendo em vista que revela a determinação do réu, dono da clínica onde as demandantes realizavam tratamentos odontológicos, para que sua funcionária encerrasse a ficha clínica da segunda autora, imediatamente após o incidente ocorrido com o celular de outra cliente (https://1drv.ms/u/s!AnxuMH_UMwV-IH6egjTGmhbdfo-3?e=pDwh1W).

Não há que se falar em exclusão de responsabilidade, como pretende o réu, pelo fato de a

primeira autora ter voltado ao seu consultório após os fatos narrados. Isso porque o retorno se deu para continuidade de um tratamento de clareamento dentário, com outro profissional dentista, razão pela qual não tem o condão de excluir a condenação objeto dos presentes autos judiciais, de natureza moral.

Tampouco socorre ao apelante invocar o direito a não prosseguir com o tratamento da segunda apelada, com fulcro no artigo 5º, V do Código de Ética Odontológica, Aprovado pela Resolução CFO-118/2012, (https://website.cfo.org.br/wp-content/uploads/2018/03/codigo_etica.pdf), sob o argumento de que, ocorrendo fatos que, a critério do profissional, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o Cirurgião-Dentista pode renunciar ao atendimento do paciente¹.

Isso porque, no caso específico destes autos, a recusa se deu imediatamente após o episódio narrado, ou seja, em razão da quebra, pela segunda apelada, do aparelho celular de outra paciente que aguardava na sala de espera do consultório, configurando prática vedada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, *in verbis*:

Lei nº 13.146/15

“Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º **Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão**, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, **impedir ou anular o reconhecimento**

1 “Art. 5º. Constituem direitos fundamentais dos profissionais inscritos, segundo suas atribuições específicas: (...) V - renunciar ao atendimento do paciente, durante o tratamento, quando da constatação de fatos que, a critério do profissional, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional.”

ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.”

Note-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê até mesmo a aplicação de penalidades em razão de práticas discriminatórias, tal como a que restou cabalmente configurada nestes autos².

Por conseguinte, não se desincumbiu o réu-apelante do ônus do art. 373, II, do CPC/2015: “O ônus da prova incumbe: (...) II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”, sendo forçosa, pois, a admissão da tese exordial e a manutenção da sentença recorrida.

Impende seja dito, que não há como se considerar o fato narrado banal, a ponto de configurar um mero aborrecimento, haja vista a humilhação e a angústia geradas às demandantes diante da negativa de atendimento à segunda autora, na frente de outras pessoas, por motivo inequivocamente preconceituoso, acarretando-lhes grave abalo moral.

Consubstanciado o dano extrapatrimonial, no caso em comento, passemos à análise do *quantum debeatur*, tendo em vista que o apelante se insurgiu contra o valor fixado na sentença a tal título.

Considerando que inexistem critérios legais acerca do valor devido para a reparação por dano moral, deve o julgador arbitrá-lo de acordo com sua convicção, observando os princípios gerais da razoabilidade, da proporcionalidade, em consonância com o caráter punitivo-pedagógico da condenação.

Outrossim, o juiz, ao arbitrar o dano moral,

2 “Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.”

deve pautar-se pela reprovabilidade da conduta ilícita, pela duração e intensidade do sofrimento da vítima e, igualmente, pela capacidade econômica do responsável pela conduta lesiva e pelas condições pessoais do ofendido, em respeito ao artigo 5º, V, da CRFB/88.

Atualmente, a jurisprudência vem buscando não deixar a vítima de atos ilícitos sem ressarcimento, de modo que a verba indenizatória seja fixada em valor suficiente para compensar o dano sofrido, mas sem gerar o enriquecimento sem causa do consumidor.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho: “a indenização deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano”³.

Nessa linha de raciocínio, afigura-se excessivo o valor arbitrado na sentença, devendo ser reduzida a verba indenizatória para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em relação à primeira autora, e, no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), para a segunda autora, consoante princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sopesando-se a intensidade do sofrimento das vítimas, o grau de participação do réu na produção do dano, bem como o caráter dúplice da reparação (compensatório e punitivo-pedagógico), sem que este configure fonte de lucro para a parte ofendida, com assento no verbete sumular nº 343 deste Tribunal de Justiça⁴.

Nesse sentido, confira-se o entendimento deste Tribunal em situações similares, como se extrai dos julgados a seguir colacionados:

0025595-86.2020.8.19.0004 - APELAÇÃO -

3 *In Cavalieri Filho, Sérgio, Programa de Responsabilidade Civil.*

4 “A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação.”

Des(a). HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES - Julgamento: 29/03/2022 - QUINTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RECUSA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE EM AUTORIZAR E CUSTEAR O TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR INDICADO PARA O AUTOR EM VIRTUDE DE SER PORTADOR DE TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. 1) A parte autora alega que nada obstante a existência de indicação médica para realização de tratamento multidisciplinar, em razão de ser portador de transtorno do espectro autista, a empresa ré não autorizou tal procedimento, o que atenta contra a legislação consumerista. 2) Se há cobertura da enfermidade que acomete o recorrido, como no caso sob apreciação, não se mostra razoável a exclusão de determinada opção terapêutica para o seu tratamento, através de tratamento multidisciplinar, ao argumento de não estar incluído no rol de procedimentos obrigatórios da ANS. Essa limitação, além de desnaturar o objeto do contrato, na medida em que é ínsita à natureza desse tipo de ajuste a cobertura de todos os procedimentos necessários para a manutenção e preservação da saúde do beneficiário, acaba por colocar o consumidor em situação de grande desvantagem. 3) A conduta da seguradora demandada ao recusar o custeio do mencionado tratamento, quando sua necessidade está devidamente comprovada por laudo elaborado pelo médico assistente se mostra ilícita. 4) Assim, a operadora de plano de saúde deve custear o mencionado tratamento multidisciplinar, assim como imprescindível que a indicação do prestador observe a proximidade com a residência da criança, aqui compreendido no mesmo bairro, ou bairro limítrofe, sob pena de serem ineficazes, observando-se o que dispõe o art. 1º, § 2º, Lei nº 12.764/2012 que considera a pessoa com transtorno do espectro autista

como pessoa com deficiência para todos os efeitos legais, bem como o que determina o artigo 25 da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, Decreto nº 6.949/2009. 5) Quanto à ocorrência do dano imaterial, segundo o disposto na Súmula nº 339 deste e. Tribunal a recusa indevida ou injustificada, pela operadora de plano de saúde, de autorizar a cobertura de tratamento médico enseja reparação a título de dano moral. 6) O valor arbitrado a tal título (R\$ 5.000,00) mostra-se consentâneo com o dano experimentado pela parte autora, razão pela qual deve ser mantido, nos termos da Súmula nº 343 desta Corte Estadual de Justiça. 7) Recurso ao qual se nega provimento.

0006051-40.2019.8.19.0007 - APELAÇÃO - Des(a). ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO - Julgamento: 19/08/2021 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS. SENTENÇA (ÍNDIX 516) QUE CONFIRMOU PARCIALMENTE OS TERMOS DA TUTELA DE URGÊNCIA, A QUAL DETERMINOU QUE A RÉ RESTABELECESSE O ACOMPANHAMENTO NECESSÁRIO PARA O QUADRO MÉDICO DA MENOR E CONDENOU A DEMANDADA AO PAGAMENTO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS DE R\$ 8.000,00 À PRIMEIRA AUTORA E DE R\$ 4.000,00 AOS SEUS GENITORES (SEGUNDO E TERCEIROS DEMANDANTES). RECURSOS DA REQUERIDA E DOS REQUERENTES AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. Cuida-se de demanda na qual menor e seus pais pleitearam que a Escola Suplicada voltasse a medir e aplicar insulina na aluna, portadora de diabetes *mellitus* tipo 1, e, ainda, compensação por danos morais. Como causa de pedir, aduziram que a criança, com dez anos, é aluna da Instituição desde 2016, sendo que algum funcionário da Ré sempre efetuava

a medição da taxa glicêmica e aplicava a insulina, quando necessário, contudo, depois de certo evento, se recusou a fazê-lo, situação que impediu a menina de frequentar a escola. Alegaram que, em agosto de 2018, os alunos receberam convite para excursão em sítio, a cinco quilômetros da cidade de Resende, em dia no qual não haveria aula, mas apenas passeio, com realização de atividades lúdicas e aprofundamento dos conhecimentos sobre animais. Asseveraram que a mãe procurou a coordenadora para confirmar quem acompanharia a menor no passeio, quando foi surpreendida pela informação de que a Instituição de Ensino não teria condições de atender à aluna, motivo pelo qual protocolaram requerimento escrito. Mencionaram que, quando a genitora se dirigiu à tesouraria do Colégio para efetuar o pagamento da passagem, a funcionária alegou que tinha recebido ordem de não aceitar o pagamento, situação que causou muita frustração à mãe, que teve crise de choro, o que foi presenciado por outras duas responsáveis. Asseveraram que, em reunião realizada, a Escola informou que recebeu telefonema de inspetora de Secretaria Estadual de Educação, motivo pelo qual não poderia realizar o procedimento no passeio, podendo, no entanto, abrir exceção para permitir que algum familiar acompanhasse a aluna no passeio, desde que arcasse com o custo da passagem, o que foi recusado pelos genitores, ao argumento de que ambos estariam trabalhando e, ainda, que a presença de algum pai ou familiar da menina poderia trazer constrangimento. Contaram que o genitor apresentou representação junto à Promotoria de Justiça, tendo sido aberto inquérito civil para apuração dos fatos e determinada inspeção na Escola visando apurar se estaria cumprindo as exigências,

no que concerne à Lei de Inclusão. Frisaram que, no primeiro dia de aula de 2019, a Requerida informou que não mais faria a medição da glicose e que a criança estaria por conta e risco dos seus familiares, permitindo-se que os pais contratassem alguém para se dirigir à Escola e realizar a mencionada aferição. Acrescentaram que não basta medir e aplicar a insulina, sendo necessário o acompanhamento da menor e que, em virtude da negativa, a menor estaria impossibilitada de frequentar as aulas. Sobre o tema, vale destacar que, conforme mencionado na r. sentença, o art. 58, § 1º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, prevê que deve haver quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial". Assim sendo, nas palavras do r. Juízo *a quo*: [...] imperiosa a educação inclusiva não só aos portadores de deficiência física e intelectual, mas também aos menores com saúde debilitada e que necessitam de cuidados especiais durante o período em que estão na escola [...]. De outro lado, segundo ressaltado pela I. Procuradoria de Justiça, a educação é direito fundamental e humano inalienável, nos termos dos artigos 1º, inciso III e 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Assim, a fim de não prejudicar o ensino, o aluno tem direito a acompanhamento especializado durante o horário escolar. No mesmo sentido, prevê o art. 205, da CRFB: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Igualmente, o art. 206, da CRFB, determina que o ensino será ministrado com base nos

princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. O art. 53, da Lei federal nº 8.069/1990, e o art. 58, § 1º, da Lei federal nº 9.394/1996, também contém disposições semelhantes. No caso em apreço, os Requerentes lograram êxito em demonstrar, por intermédio do laudo médico, juntado no índex 25, que a menor sofre de diabetes tipo 1, doença crônica sem cura conhecida, o tratamento se baseia em múltiplas doses de insulina ao longo do dia, em cada refeição de acordo com glicemia e a quantidade de carboidratos ingerida. Nesse cenário, não pode a Instituição de Ensino se recusar a indicar funcionário para efetuar a medição e aplicar insulina, quando necessário, devendo, portanto, nas palavras do Ministério Público providenciar os mecanismos que permitam aos seus alunos o acesso ao direito fundamental à educação. Sob outro aspecto, o evento narrado violou os direitos da personalidade dos Suplicantes e gerou sofrimento na criança, que seu viu impedida de frequentar à Instituição de Ensino por determinado período, e nos seus genitores, que presenciaram a exclusão da filha do ambiente escolar. Levando-se em conta as circunstâncias deste caso, em especial que a menor ficou quase dois meses impossibilitada de assistir às aulas, é de se concluir que o valor de R\$ 8.000,00, fixado em favor da criança, e o de R\$ 4.000,00, em proveito dos pais, para compensação pelo dano moral, atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e não deve ser alterado.

Por conta de tais fundamentos, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para reduzir a indenização por danos morais, no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para a primeira autora; e R\$ 4.000,00 (quatro

mil reais), para a segunda autora. No mais, mantida a sentença.

RIO DE JANEIRO, 31 DE AGOSTO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. MARIA HELENA PINTO MACHADO
RELATORA**

RESCISÃO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA PELO AUTOR. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANOS MORAIS CONFIGURADOS.

EMENTA

Apelações Cíveis. Direito do Consumidor. Ação de rescisão contratual c/c ressarcimento por danos moral e material. Sentença que julgou procedente em parte os pedidos. Atraso na entrega do imóvel. Parte ré, fornecedora de bens e de serviços, que responde objetivamente pelos danos sofridos pelos consumidores decorrentes da falha na prestação do serviço. Réus que não comprovaram nenhuma das hipóteses de excludente de sua responsabilidade. Data contratada para a entrega do bem fixada em 30/11/2016, com o prazo de tolerância de 180 dias. Inadimplemento contratual do fornecedor. Valores da condenação que devem ser corrigidos na forma determinada na sentença. Desvio produtivo de consumo. Dano moral configurado. Fixação do *quantum* indenizatório em observância aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Dano material não comprovado. Recursos aos quais se nega provimento. Manutenção da sentença.

Acordam os Desembargadores da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em decisão unânime, em negar provimento aos recursos, na Apelação Cível nº 0019932-78.2019.8.19.0203, nos termos do voto do Desembargador Relator.

VOTO

Adota-se o relatório de f. 461/464, como parte integrante da presente decisão, na forma regimental.

Os recursos são adequados e tempestivos, ostentando os demais requisitos de admissibilidade recursal, deles, conheço, nos seguintes termos:

No caso em exame a parte autora pleiteou a rescisão do compromisso de compra e venda, em razão do atraso na entrega de imóvel, bem como ressarcimento por danos materiais e morais.

Embora a parte ré argumente de forma diversa, a questão em debate deve ser resolvida à luz das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor, visto que as partes se enquadram nas hipóteses previstas nos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90.

Portanto, a parte ré, fornecedora de bens e de serviços, responde objetivamente pelos danos sofridos pelo consumidor decorrentes da falha na prestação do serviço, somente se eximindo de tal responsabilidade se demonstrada à inexistência do defeito ou fato exclusivo do consumidor ou de terceiros (art. 3º, *caput* e art. 14, § 3º da Lei nº 8.078/90).

É pacífico o entendimento de que se considera inadimplente a construtora e compromissária vendedora quando não faz entrega do imóvel no prazo previsto no contrato. Sendo certo que os réus não comprovaram nenhuma das hipóteses de excludente de sua responsabilidade, previstas nos artigos acima citados.

Assim, no mérito, incontroverso o atraso na conclusão das obras e entrega do imóvel, a sentença deve ser mantida, uma vez que em conformidade com as provas carreadas aos autos, bem como com a jurisprudência dominante em julgamentos de casos análogos.

No caso em exame, a data contratada para a entrega do bem foi fixada em 30/11/2016, com o prazo de tolerância de 180 dias. Contudo a parte ré não comprova o cumprimento do prazo contratado, sendo latente o inadimplemento do fornecedor no cumprimento do contrato.

Em relação aos valores da condenação, embora exista inconformismo de ambos os litigantes, a sentença não deve sofrer reparos. Mesmo com entendimento jurisprudencial relativo à possibilidade de inversão de cláusula penal em desfavor dos fornecedores devido a inadimplemento, no caso em tela, diante da rescisão contratual, não ocorre a incidência da multa moratória, uma vez que o objeto do contrato deixa de ser exigível.

Em relação ao pedido de ressarcimento por danos morais, tenho que correto o entendimento do Juízo, tendo ocorrido o desvio produtivo de consumo, devidamente caracterizado. Ficou, assim, configurado o dano moral no caso em tela, sendo inconteste que a data-limite do prazo de entrega do imóvel não foi efetivamente cumprida pelos réus.

Na fixação do valor referente a tal indenização, deve o julgador ater-se aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Assim, o valor da indenização não pode significar ônus desproporcional para quem paga ou fonte de enriquecimento sem causa para quem recebe.

Tenho que o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) arbitrado na sentença como compensação pelos danos morais observou tais princípios, não havendo razão jurídica para qualquer reparo.

Em relação aos danos materiais alegados, os mesmos não podem ser presumidos e, uma vez não comprovados efetivamente nos autos, inexistente a possibilidade de condenação dos réus à reparação pelos mesmos.

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento aos recursos, mantendo-se a sentença na forma como foi lançada.

RIO DE JANEIRO, 06 DE ABRIL DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. CLÁUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA
RELATOR**

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATAÇÃO DE SEGURO VIAGEM. NÃO RAZOABILIDADE DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SITUAÇÃO DE EXTREMA VULNERABILIDADE. PRECÁRIO ATENDIMENTO DISPENSADO PELA CLÍNICA ESTRANGEIRA. DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS.

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL – CONTRATAÇÃO DE SEGURO VIAGEM COM COBERTURA PARA DESPESAS MÉDICAS E HOSPITALARES, ASSIM COMO PARA O CASO DE INTERRUPTÃO DE VIAGEM E REGRESSO SANITÁRIO AO BRASIL – AUTOR QUE SENTIU FORTES DORES NO PULMÃO DIREITO, SENDO ATENDIDO EM CLÍNICA ESPANHOLA INDICADA PELA SEGURADORA ONDE, POR DUAS OCASIÕES, FEZ EXAMES CLÍNICOS E RECEBEU TRATAMENTO PALIATIVO, COM DIAGNÓSTICO DE “SOBREINFECÇÃO RESPIRATÓRIA AGUDA” (PNEUMONIA ATÍPICA), PRESCRIÇÃO MÉDICA DE USO DE ANTIBIÓTICOS E RECOMENDAÇÃO DE RETORNO AO PAÍS PARA A REALIZAÇÃO DE ESTUDOS MAIS DETALHADOS SOBRE O SEU REAL ESTADO CLÍNICO, VINDO A SER INTERNADO NO HOSPITAL SAMARITANO, APÓS CHEGAR AO PAÍS, COM QUADRO DE “PNEUMONIA E DERRAME PLEURAL DIREITO SEPTADO”, SENDO SUBMETIDO A DOIS PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS, NO PERÍODO DE DOIS DIAS, PARA CONTER O AGRAVAMENTO DE SEU QUADRO CLÍNICO E CURÁ-LO DA ENFERMIDADE – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS QUE NÃO SE REVELA RAZOÁVEL, PORQUANTO

COLOCA O CONSUMIDOR, QUE OPTOU POR SE CERCAR DAS GARANTIAS DE UM SEGURO BASTANTE ABRANGENTE, EM SITUAÇÃO DE EXTREMA VULNERABILIDADE, AINDA MAIS QUANDO SE VERIFICA QUE A PERMANÊNCIA DO AUTOR NA ESPANHA PODERIA IMPLICAR NA PIORA DO SEU QUADRO, EM VIRTUDE DO PRECÁRIO ATENDIMENTO DISPENSADO PELA CLÍNICA ONDE FOI ATENDIDO, ACRESCIDO DA NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO OU INTERVENÇÃO CIRÚRGICA NO BRASIL, CIRCUNSTÂNCIA CAPAZ DE IMPOR À RÉ O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR VALOR MUITO SUPERIOR AO PLEITEADO, APROXIMANDO-SE OU SUPERANDO O TETO CONTRATADO – DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS PELOS PREJUÍZOS, ANGÚSTIA E RISCO DE VIDA DECORRENTES DO EVENTO – VERBA INDENIZATÓRIA ADEQUADAMENTE ARBITRADA – DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0227433-26.2019.8.19.0001, da Primeira Vara Cível da Comarca da Capital, em que são Apelantes e Apelados Assist Card do Brasil Ltda. e A. A. T. B..

Acordam os Desembargadores da Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em, por unanimidade de votos, negar provimento aos recursos.

Relatório a f. 644/646.

A r. sentença proferida não merece reforma. A leitura dos autos revela que o “Bilhete Seguro Viagem” que instrui a exordial, com vigência prevista para o período compreendido entre 29 de novembro de 2017 e 28 de novembro de 2018, apresenta uma relação das coberturas contratadas, dentre as quais encontram-se as “Despesas Médicas, Hospitalares e/ou Odontológicas Complementares em Viagem ao Exterior”, as de “Regresso Sanitário” e as de “Regresso

Antecipado” do contratante – f. 23/25, Índex 022 –, com capitais segurados de USD 970.000 (novecentos e setenta mil dólares), USD 150.000 (cento e cinquenta mil dólares) e USD 1.500 (mil e quinhentos dólares), respectivamente, sendo certo que, no Boletim de Atendimento de Urgência acostado a f. 27/28 – Índex 026 –, datado de 07 de outubro de 2018 e perfeitamente compreensível, ainda que escrito em espanhol, o médico atendente descreve que o autor estivera internado na Clínica Creu Blanca – indicada pela ré –, por seis dias consecutivos, no período de 30 de setembro a 05 de outubro do mesmo ano, quando recebeu alta com recomendação de tratamento auxiliar, tendo retornado à referida clínica, dois dias depois, uma vez que sentia fortes dores no pulmão direito, sendo diagnosticado, desta feita, como portador de “pneumonia atípica”, com necessidade de estudos mais detalhados sobre o seu real estado clínico, utilização regular dos antibióticos prescritos e o retorno a seu país para a realização de estudos médicos acurados e tratamento específico para a enfermidade. Nesse contexto, é de se observar que o autor esteve internado em clínica recomendada pela autora, durante seis dias, findos os quais recebeu alta hospitalar mesmo estando acometido de “sobreinfecção respiratória aguda”, consoante se depreende do primeiro Boletim de Atendimento de Urgência trazido aos autos pela própria seguradora, junto com a peça de contestação – f. 157/158, Índex 157 –, tendo o seu estado de saúde se agravado em 07 de outubro de 2018 quando, após novo atendimento na clínica onde estivera, foi detectada a existência de uma “pneumonia atípica”, seguida de liberação para tratamento minucioso em seu país, valendo salientar que, ao chegar no Brasil, foi internado no Hospital Samaritano, em 11 de outubro de 2018, com quadro de “pneumonia e derrame pleural direito septado”, sendo submetido a dois procedimentos cirúrgicos, no intervalo de dois

dias, para conter o agravamento de seu quadro clínico e curá-lo da enfermidade. Com efeito, é por demais consabido que uma simples crise respiratória pode muitas vezes não ensejar a necessidade de internação, proporcionando dores de intensidade pouco igualáveis em relação a outras enfermidades, de modo que tal quadro, por si só, embora não venha a comprometer a vida de uma pessoa, tem desdobramentos imprevisíveis e inviabiliza as atividades cotidianas quando assume proporções de natureza infecciosa, tal como ocorre no caso em tela, com diagnóstico final de pneumonia seguida de derrame pleural. Na hipótese dos autos, restou evidenciado que o autor e sua esposa foram obrigados a regressar imediatamente ao país, tendo em vista que, mesmo sendo atendido na emergência de clínica espanhola e ter o seu estado clínico momentaneamente controlado em razão das nebulizações e medicamentos ministrados, a origem do problema não fora solucionada no exterior, sendo necessário que retornassem ao Brasil para a realização de exames que comprovassem não apenas a causa mas, sobretudo, a gravidade do evento. Saliente-se, por oportuno, que a seguradora sequer trouxe aos autos documento probatório de que tenha autorizado a clínica espanhola a realizar a sugerida aspiração do líquido pleural, conforme recomendação de f. 162 dos autos – Índex 157 –. Nesse trilhar, por óbvio que a interpretação restritiva das cláusulas contratuais, tal como deseja a ré, não se revela razoável porquanto coloca o consumidor, que optou por se cercar das garantias de um seguro bastante abrangente, em situação de extrema vulnerabilidade, ainda mais quando se verifica que a permanência do autor na Espanha poderia implicar na piora do seu quadro, em virtude do precário atendimento dispensado pela clínica onde foi atendido, acrescido da necessidade de internação ou intervenção cirúrgica no Brasil, circunstância capaz de impor à ré o pagamen-

to de indenização por valor muito superior ao pleiteado, aproximando-se ou superando o teto contratado, de maneira que o retorno se mostrou, ao final, uma solução prudente e até mesmo mais benéfica para a seguradora, não havendo que se cogitar da alegada falha exclusiva da clínica que prestou os serviços médicos ao autor, na medida em que a mesma foi indicada pela ré, estando as despesas ressarcitórias a que foi condenada em conformidade com os valores cobertos e descritos no “Bilhete Seguro Viagem”, devendo, pois, ser mantido o montante fixado a título de dano material, o mesmo ocorrendo em relação à indenização arbitrada por danos morais, eis que configurada a responsabilidade da ré pelos fatos ocorridos no exterior, os quais fugiram à normalidade do cotidiano, pela falta de assistência médica adequada imposta ao autor em um país estrangeiro, frustrando sua legítima expectativa de aproveitar ao máximo os dias de sua viagem, bem como pelos transtornos e aflição experimentados, diante do agravamento de seu quadro clínico e da necessidade de retorno ao país de origem para cuidar satisfatoriamente de sua saúde, à vista do iminente risco de vida, afigurando-se correta a verba indenizatória fixada – R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) –, pois hábil a compensar as agruras vividas e em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo, como corolário da manutenção da r. sentença de procedência, ser majorados os honorários sucumbenciais para 11% (onze por cento) sobre o valor da condenação, na forma do disposto no artigo 85, parágrafo décimo-primeiro, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, é de se negar provimento aos recursos.

RIO DE JANEIRO, 05 DE JULHO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. ADRIANO CELSO GUIMARÃES

RELATOR

TRAVAMENTO DE PORTA GIRATÓRIA. SITUAÇÃO VEXATÓRIA. PERTENCES RETIRADOS. NÃO INGRESSO NA AGÊNCIA. LIMITE DO DEVER DE CAUTELA ULTRAPASSADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PROVAS CONSISTENTES. REPARAÇÃO MORAL DEVIDA.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRAVAMENTO DE PORTA GIRATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA PARTE RÉ, BUSCANDO A REFORMA DA SENTENÇA, PARA VER JULGADO IMPROCEDENTE OS PEDIDOS OU SUBSIDIARIAMENTE, REDUÇÃO DO DANO MORAL. PORTA GIRATÓRIA DOS BANCOS QUE VISAM GARANTIR A SEGURANÇA DAS PESSOAS QUE ALI CIRCULAM E, EM RAZÃO DISSO, SÃO DOTADAS DE DETECTORES DE METAL, SENDO A SUA INSTALAÇÃO PERMITIDA POR FORÇA DA LEI Nº 7.102/83. NO CASO EM ESPÉCIE OS PREPOSTOS AGIRAM DE FORMA DESARRAZOADA, IMPONDO SITUAÇÃO VEXATÓRIA A AUTORA, QUE APÓS RETIRAR TODOS OS PERTENCES DE SUA BOLSA, FOI IMPEDIDA DE INGRESSAR NA AGÊNCIA. PROVA TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL, CONSISTENTE EM VÍDEO, COMPROVAM A TESE DA AUTORA. PARTE RÉ QUE NÃO CONSEGUIU COMPROVAR QUALQUER FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DA AUTORA. REPARAÇÃO MORAL QUE É DEVIDA QUANDO ATINGIDA A DIGNIDADE PESSOAL E QUE RESTOU COMPROVADA NOS AUTOS. DANO MORAL ARBITRADO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), QUE MERECE PEQUENA REDUÇÃO. PARA A FIXAÇÃO DA VERBA, DEVE SE OBSERVAR O PODER ECONÔMICO DO OFENSOR, A CONDIÇÃO ECONÔMICA DO OFENDIDO, A GRAVIDADE DA LESÃO E SUA REPERCUSSÃO, PARA QUE NÃO HAJA ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU MESMO DESPRESTÍGIO AO CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO DA INDENIZAÇÃO. DANO MORAL REDUZIDO PARA R\$ 6.000,00 (SEIS MIL REAIS). PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0000281-07.2018.8.19.0038, em que constam como Apelante Itaú Unibanco S/A e Apelada E. P. de M..

Acordam os Desembargadores que integram a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de ação do Obrigação de Fazer cumulada com indenizatória ajuizada por E. P. de M. em face de Itaú Unibanco S/A.

Na forma regimental, adoto o relatório da sentença (índice 000240).

“Trata-se a presente de ação obrigacional com danos morais entre as partes acima epigrafadas, em que se pretende reparação moral em razão de ato ilícito imputado ao réu.

Nos termos da inicial, alega a autora que sofreu constrangimentos quando ao tentar ingressar em uma das agências bancárias do réu, na data de 23/10/2017, teve seu acesso barrado pelo travamento da porta giratória; que, atendendo à solicitação do segurança, retirou de sua bolsa os objetos metálicos, e tentou novamente o ingresso, o que não foi possível diante de outro travamento, além de ouvir deboches dos seguranças e gerente presentes, que agiram com grosseria e rispidez com ela.

Exordial e documentos a f. 03/33.

AJG deferida a f. 36.

Em sua contestação de f. 45/78, o réu sustenta, em síntese, a legitimidade da utilização de portas giratórias como instrumento de segurança para o bom funcionamento bancário; a ausência de verossimilhança das alegações da parte autora, bem como provas de que tenha havido

excesso na conduta do segurança da agência bancária; a inexistência de falha na prestação de serviço diante do atendimento regular e dissabor que não acarreta indenização por danos morais, pugnano pela improcedência dos pleitos autorais.

Saneadora lançada a f. 111/113, com inversão do ônus e determinação de apresentação de imagens internas do réu. Manifestação do réu a f. 139 alegando não mais possuir as imagens de vídeo de segurança interna.

AJ realizada a f. 178/179, continuada a f. 216. Encerrada a instrução processual, vieram-me os presentes autos. Relatei. Decido.”

A sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Nova Iguaçu julgou o pedido, nos seguintes termos:

“...Em sendo assim, à vista do exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO indenizatório formulado, condenando o réu ao pagamento de indenização por danos morais causados à autora, que arbitro em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Atualização monetária desde a presente data e juros legais desde a citação.

JULGO EXTINTO o pedido obrigacional diante da perda superveniente do interesse de agir, ocasionada pela inversão do ônus da prova.

Condeno o réu ao pagamento das despesas processuais e, levando-se em consideração a indenização fixada, atento às diretrizes do artigo 85, § 2º do CPC, condeno a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Via de consequência, JULGO EXTINTO o presente feito, com resolução de seu mérito, nos moldes do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Publique-se e intime-se.

Preclusas as vias impugnativas, dê-se baixa e arquivem-se.”

A ré interpõe Apelação (índex 000264), objetivando a reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido. Alega que a vídeo apresentado, deveria ter sido anexado a inicial. Reitera a alegação de que as imagens do sistema do apelante são descartadas depois de 90 dias. Que não restaram comprovados os fatos narrados na inicial, ausência de dano moral e subsidiariamente, sua redução.

Contrarrrazões da parte autora (índex 000275), em prestígio da sentença proferida, requerendo seja negado provimento ao recurso da parte ré.

É o relatório.

VOTO

Primeiramente, cabe analisar a admissibilidade do recurso, diante da nova Sistemática Processual Civil e considerando a certidão cartorária (índex 000134), recebo o recurso nos seus efeitos devolutivo e suspensivo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual conheço do recurso interposto.

Pontue-se, inicialmente, que a questão trazida a julgamento evidencia uma relação de consumo nos moldes dos artigos 2º e 3º do CDC, motivo pelo qual a demanda será julgada consoante os princípios e normas do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor.

Tem-se que a controvérsia trazida pelo recurso da parte ré está em verificar se houve ou não falha na prestação do serviço decorrente do travamento da porta giratória quando a autora tentou ingressar em sua agência bancária, se restou configurado dano moral capaz de ensejar indenização, e ainda quanto ao próprio valor a este arbitrado.

Sobre as relações de consumo, a Lei nº 8.078/90 abandonou o conceito clássico da responsabilidade civil subjetiva, adotando a Teoria do Risco do Empreendimento, fundada na responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços pelos riscos decorrentes de sua atividade lucrativa.

A responsabilidade da ré é objetiva, na forma do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, sendo necessária a demonstração do ato ilícito causador de dano, e, além disso, a demonstração do nexo causal entre o dano e o referido ato. Esses são requisitos, sem os quais não existe o dever de responder.

Sobre o tema leciona SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

“Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorrente do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.” (Programa de Responsabilidade Civil, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 514).

Em que pese os argumentos do apelante, tem-se que não merece prosperar o apelo.

No caso vertente, se observa que a autora, que é correntista do banco réu, e, ao tentar ingressar em uma das agências do apelante, ocorreu o travamento da porta giratória, fato este que, por

si só, não enseja constrangimento. Contudo, no caso dos presentes autos, a dinâmica ocorrida, ultrapassou os limites de qualquer dever de cautela, como se explicará.

As agências bancárias possuem porta giratória visando garantir a segurança das pessoas que ali circulam e, em razão disso, as mesmas são dotadas de detectores de metal, sendo a sua instalação permitida por força da Lei nº 7.102/83, a qual dispõe sobre a segurança dos estabelecimentos financeiros.

Entretanto, do exame dos autos, se observa que houve o travamento da porta giratória e mesmo após a parte apelada retirar todos os pertences de sua bolsa, permaneceu, sem qualquer justificativa, impedida de ingressar na agência, e apesar de ter sido chamado a gerente da agência, esta não solucionou o impasse.

Nesse sentido, é evidente que a apelada passou por grave constrangimento, pois vários outros clientes conseguiram ingressar na agência enquanto a recorrida permanecia do lado de fora exposta a exigências desarrazoadas, com inegável situação vexatória.

Apesar de veemente ter a parte ré questionado que os vídeos apresentados pela autora deveriam ter sido anexados na inicial, é inquestionável que tal prova pode ser carreada e produzida quando da dilação probatória, portanto pertinente os vídeos anexados aos autos (indexador 000298), que aliás são claros em corroborar a tese sustentada na inicial, pois demonstram que a autora, ora apelada, foi realmente impedida de adentrar na agência, pelos prepostos do recorrente, mesmo depois de retirar todos os seus pertences da bolsa.

Além dos vídeos reproduzidos em audiência e anexados aos autos, o depoimento da testemunha constante do indexador 000178, igualmente, corrobora a tese da parte autora e a situação vexatória, a qual a mesma foi exposta.

Destaque-se que o apelante instado a apresentar o vídeo do seu sistema de segurança da agência, onde os fatos ocorreram, não o apresentou, sob a justificativa, que apenas são mantidos por 90 (noventa) dias e veja-se que o Banco réu, mesmo tomando conhecimento do evento ocorrido, não teve a mínima cautela em manter o aludido vídeo.

Vale sublinhar, que além dos transtornos causados por não permitir o ingresso da autora na agência bancária da ré, necessitou se deslocar até outra agência para conseguir realizar o pagamento do plano de saúde, que somente no Itaú poderia ser pago, conforme comprovação nos autos, conforme indexador 00018.

Nesse passo, tem-se que o réu não conseguiu comprovar qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora.

É de comum sabença que a reparação moral é devida quando é atingida a dignidade pessoal.

No caso em comento, pelas razões já expostas restou devidamente configurado o dano moral, sendo inegável o sofrimento injusto causado a autora, passando por transtornos que ultrapassaram o mero aborrecimento, além do vexame na porta da agência bancária.

Cabe, portanto, quantificar o valor do dano moral, sendo certo que a matéria é delicada, ficando sujeita à ponderação do julgador, que deve sempre observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, haja vista que, embora o art. 5º, inciso V, da Constituição da República tenha assegurado a indenização por dano moral, não estabeleceu os parâmetros para a fixação.

Também devem ser observados, para a fixação da verba, o poder econômico do ofensor, a condição econômica do ofendido, a gravidade da lesão e sua repercussão, não se podendo olvidar da moderação, para que não haja enriquecimento

ilícito ou mesmo desprestígio ao caráter punitivo-pedagógico da indenização.

Ademais, tal montante deve ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, tem-se que a sentença recorrida merece pequeno ajuste para reduzir o valor para R\$ 6.000,00, adequando-se melhor aos princípios acima descritos.

Oportuno colacionar precedentes desta Corte de Justiça, sobre o tema:

Apelação Cível. Pretensão do autor de recebimento de indenização por dano moral, sob o fundamento, em síntese, de que o preposto do réu não permitiu que entrasse em uma de suas agências e que ficou preso na porta giratória, mesmo após informar ao vigilante que possuía uma prótese metálica. Sentença de procedência do pedido. Inconformismo do demandado. Relação de Consumo. Responsabilidade Civil Objetiva. Incidência da Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça. Na espécie, a análise das provas dos autos indica que o demandante, contando à época com 83 (oitenta e três) anos de idade e já possuindo conta corrente na instituição financeira há 20 (vinte) anos, não obstante informar a respeito de sua prótese metálica e levantar a sua blusa, ficou retido na porta giratória e impedido de adentrar na agência. Com efeito, a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, que dispõe sobre a segurança para estabelecimentos financeiros, legitima a instalação de portas giratórias, a fim de identificar possíveis riscos à segurança dos clientes e funcionários, sendo certo que a simples retenção em tais mecanismos, por si só, não constitui ato ilícito a amparar o pleito reparatório. Precedentes desta Colenda

Corte. *In casu*, não obstante tenha o banco sido instado a exibir as imagens do circuito de segurança, referentes ao dia e horário do ocorrido, deixou ele de fazê-lo. Inércia do réu, sem qualquer justificativa, que atrai a aplicação da sanção prevista no artigo 400 do Código de Processo Civil, consubstanciada na presunção de veracidade do que se pretendia infirmar. Descumprimento do comando do artigo 373, inciso II, do mesmo diploma legal. Falha na prestação do serviço evidenciada. Dano moral configurado. Excesso cometido na abordagem do consumidor, que se deu de forma vexatória, fato esse que, evidentemente, acarretou-lhe angústia, insegurança e abalo. Precedentes deste Egrégio Tribunal. Verba indenizatória, arbitrada em R\$ 6.000,00 (seis mil reais), que não comporta a redução pretendida. Manutenção do decisum recorrido. Recurso a que se nega provimento, majorando-se os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre *quantum* fixado pelo Juízo *a quo*, na forma do artigo 85, § 11º do Código de Processo Civil. (0032402-81.2018.8.19.0202 - Apelação. Des(a). GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA - Julgamento: 10/12/2020 - Décima Segunda Câmara Cível)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. AGÊNCIA BANCÁRIA. Travamento e revista vexatória de cliente na porta giratória do banco réu. Correntista impedido de ingressar na agência do Banco Itaú de Vista Alegre por determinação dos seguranças e da gerência. Sentença procedente. Danos morais fixados em R\$ 6.000,00, computando-se correção monetária desde a sentença e juros moratórios desde a data do fato. Recurso de apelação ofertado pelo banco réu. Manifesta falha na prestação dos serviços. Em razão dos riscos inerentes à atividade financeira, para sua própria proteção, bem como de funcionários e

clientes, as agências bancárias são obrigadas, nos termos da Lei nº 7.102/83, a utilizar sistemas e procedimentos de segurança em relação aos que pretendem ingressar nas suas dependências, inclusive a utilização de porta giratória. Entretanto, a exigência de revista pessoal para ingressar em agência bancária após o travamento da porta giratória além de proibida pelo art. 1º da Lei Estadual nº 3.771/2002 constitui constrangimento e meio vexatório imposto ao consumidor. Conduta reiterada do réu que merece ser prontamente repudiada pelo Judiciário. Caráter dúplice (pedagógico-punitivo) dessa espécie indenizatória. *Quantum* indenizatório fixado com prudência e razoabilidade. Juros moratórios devidos na razão de 1% ao mês desde a citação e não a contar da data do fato, por se tratar de ilícito decorrente de uma relação contratual. Correção monetária devida desde a sentença. Recurso contrário a jurisprudência deste E. TJRJ, o que atrai a regra do art. 932, IV, "a", do CPC e do artigo 31, VIII, do REGITRJ. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO, CORRIGINDO-SE DE OFÍCIO O TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS SOBRE O DANO MORAL, PARA QUE ESTES INCIDAM DESDE A CITAÇÃO. (0012176-31.2018.8.19.0210 - Apelação. Des(a). FERDINALDO DO NASCIMENTO - Julgamento: 12/09/2020 - Décima Nona Câmara Cível).

Destarte, merece parcial acolhida a pretensão recursal, tão somente, para reduzir o valor arbitrado ao dano moral.

Diante destas considerações, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, tão somente, para reduzir o dano moral, para o valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais). No mais, fica mantida a sentença, como lançada.

RIO DE JANEIRO, 06 DE SETEMBRO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. FERNANDA FERNANDES COELHO ARRÁBIDA PAES
RELATORA**

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

FURTO SIMPLES. PROVA DE MATERIALIDADE E AUTORIA. INAPLICÁVEL O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRIMARIEDADE DO AGENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNITÁRIOS.

EMENTA

APELAÇÃO. FURTO SIMPLES. 1. Denúncia que imputa a A. F. S. a conduta, praticada na data de 03/07/2020, consistente em subtrair do estabelecimento empresarial C., localizado no bairro Neves, Comarca de São Gonçalo, para si, 13 (treze) materiais de limpeza e higiene pessoal descritos no auto de apreensão acostado à f. 13, avaliados em R\$ 371,07 (trezentos e setenta e um reais e sete centavos) de propriedade do referido estabelecimento. 2. Sentença que absolve a ré na forma do artigo 386, III, do CPP. 3. Recurso Ministerial que pugna pela condenação da ré na forma do artigo 155, *caput*, do CP, considerando inequívocas a materialidade e autoria delitivas, bem como inaplicável o princípio bagatelar. 4. Pedido ministerial que deve ser acolhido, mas em parte, tendo em vista que, uma vez comprovada a materialidade delitiva e a autoria respectiva, e ainda que não seja inexpressiva a lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, pelo valor da *res* considerada em seu conjunto superior a 1/3 (um terço) do salário mínimo nacional, nada obsta que seja reconhecido o furto privilegiado na espécie, considerando a primariedade da agente, abrindo-se espaço ao arbítrio motivado do juiz para substituição da pena de reclusão por detenção e diminuição à razão de 1/3 (um terço) dada a natureza dos bens objetos de subtração (que não são de primeira necessidade). 5. Condenação da ré pelo crime do artigo 155, *caput*, e § 2º do CP, às penas de 08 (oito) meses de pena privativa de liberdade e pagamento de 06 (seis) dias-multa, à razão unitária mínima

de lei, impondo-se o regime aberto. 6. Quebra da fiança. 7. Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços comunitários pelo tempo da condenação à razão de uma hora por dia de condenação em entidade a ser indicada pelo juízo da execução que se revela cabível. 8. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0132594-72.2020.8.19.0001, onde figuram como Apelante o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Apelada A. F. S.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõem a Colenda Quarta Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em Sessão realizada no dia 30/08/2022, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do eminente Des. Relator.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da 03ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo que, julgando improcedente a pretensão punitiva estatal, absolveu A. F. S. quanto à prática do crime tipificado no artigo 155, *caput*, do CP, na forma do artigo 386, III, do CPP.

Pretende o *Parquet* Estadual a condenação da ré nas iras do crime de furto simples, considerando ser inequívoca a prova da materialidade e da autoria e que a hipótese dos autos não contempla aplicação do princípio da insignificância, dado o valor em conjunto dos bens subtraídos, que superam 10 % (dez por cento) do valor do salário-mínimo nacional.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço-o.

Com efeito, a decisão objurgada reconhece como incontestado a autoria delitiva, muito embora a testemunha ouvida em juízo tenha afirmado que não se recordava da ré. E prossegue a sentença considerando ser socialmente adequada a aplicação do princípio da bagatela ao caso concreto.

Em primeiro lugar, verifico que, de fato, a materialidade do crime patrimonial imputado decorre não apenas do auto de apreensão dos materiais de propriedade do estabelecimento comercial que estavam em poder da ré (e-doc. 00017), como também verifico constar do indexador 00026 o relatório descritivo de bens e respectivos preços unitários, que somados alcançam a cifra de R\$ 371,07 (trezentos e setenta e um reais e sete centavos).

A increpada restou liberada pela autoridade policial sob fiança (e-doc 00039) e intimada para comparecimento aos atos processuais, restou ausente, momento em que sua revelia fora decretada (e-doc. 000143).

De fato, inquirida em Juízo, a testemunha J. M. S. relata a dinâmica delitiva, esclarecendo que a ré teria pegado alguns produtos e os colocados em sua bolsa, enquanto outros deles manteve em mãos para pagamento em caixa, quando o alarme disparou e a mesma fora abordada, constatando-se o flagrante. Vejamos:

J. M. S. (registro audiovisual, e-doc. 000148, f. 150) – Que lembra que seu chefe passou informação sobre a senhora que colocou alguns itens na bolsa e outros estavam em mãos. Que ela passou pelo caixa e passou pela antena de alarme. Que a central informou que havia alguns itens dentro do bolsa. Que foi feita a abordagem cordialmente e ela informou que não tinha condições de pagar. Que ela passou pelo caixa sem pagar. Que ela foi abordada na praça de alimentação. Que não conhecia a ré. Que não se recorda os itens, nem da ré.

Note-se que o panorama flagrancial, associado aos demais elementos de prova reunidos nos autos, revela a autoria de forma inequívoca, tal como aduziu a sentença recorrida.

O desfecho sentencial com reconhecimento da adequação social do princípio bagatela causa estranheza, porque, apesar inverteu-se a posse, ainda que por breve período de tempo, até a interveniência do funcionário do estabelecimento furtado, já na área de alimentação do centro comercial em que se localiza o estabelecimento lesado.

Em primeiro plano não há que se falar em adequação social da conduta violadora do patrimônio, porque não socialmente tolerada e, para fins de afastamento da tipicidade da conduta, a jurisprudência vem se debruçando sobre a análise de requisitos de ordem objetiva e subjetiva para desconsiderar a tipicidade da conduta, enquanto reunião da tipicidade formal com a tipicidade material.

No caso concreto, além de considerar que a conduta encontra amoldamento típico no artigo 155, *caput*, do CP, sob enfoque formal, não verifico que a mesma represente necessariamente ínfima ou inexpressiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

O bem jurídico atingido está dentro do estrato de proteção da norma penal e, no caso concreto, a conduta em exame não se reveste de mínima ofensividade ou de inexpressividade da lesão enquanto resultado.

E é importante destacar que a Augusta Corte Constitucional, debruçando-se sobre o tema, já havia se manifestado acerca dos requisitos para o reconhecimento da bagatela, tais como ofensividade mínima da conduta do agente, reduzido grau de reprovabilidade; inexpressividade da lesão jurídica e ausência de periculosidade social.

No caso em tela, não é apenas o valor da coisa, avaliada indiretamente em R\$ 371,07 (trezentos e setenta e um reais e sete centavos)

que justifica o reconhecimento da insignificância, quando o desvalor da conduta não se apresente diminuto, considerado o grau de sua reprovabilidade pelo fato de o agente dissimuladamente efetuar pagamento de poucos produtos (a saber, duas unidades de produtos consistentes em máscara avulsa – produtos cosméticos e de higiene – em valor total de R\$ 11,98 – onze reais e noventa e oito centavos; veja e-doc. 00025) e passar pelo caixa do estabelecimento com treze unidades de produtos de higiene que havia colocado no interior de sua bolsa, sendo depois abordada ainda na praça de alimentação existente dentro do centro comercial na posse dos produtos subtraídos.

Embora possa parecer de pequena monta, ao tempo do crime, considerando o salário-mínimo em R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais), o valor da res subtraída representava praticamente 1/3 (um terço) daquele índice, não devendo ser considerado inexpressiva a lesão ao bem jurídico.

Logo, não entendo aplicável ao caso concreto a bagatela ou insignificância, muito embora seja viável, pelo quadro documental dos autos e pelo pequeno valor da coisa, ser reconhecido o privilégio.

Assim é que entendo merecer acolhimento a pretensão recursal ministerial, impondo-se a condenação da ré A. F. S., nas iras do artigo 155, *caput*, e § 2º do CP.

Na forma do artigo 68 do CP, passo à dosimetria.

Na primeira etapa de fixação da pena, não são verificadas circunstâncias judiciais desfavoráveis à agente, eis que não ultrapassam a esfera normal do tipo penal imputado, razão pela qual fixo a pena em 01 (um) ano de pena privativa de liberdade e pagamento de 10 (dez) dias-multa à razão unitária mínima de lei, penas que se mantém inalteradas na etapa intermediária de

fixação da pena. Considerando a dinâmica delitiva, a restituição da res e natureza dos bens subtraídos (sequer considerados de primeira necessidade), entendo possível na hipótese a diminuição da pena em 1/3 (um terço) em decorrência do privilégio previsto no artigo 155, § 2º do CP, de modo a perfazer o total sancionatório de 08 (oito) meses de pena privativa de liberdade e pagamento de 06 (seis) dias-multa, à razão unitária mínima de lei.

Com escoras na autorização legal, substituo a pena de reclusão por pena de detenção e fixo o regime aberto, na forma do artigo 33, § 2º, “c” do CP.

Substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços comunitários, na forma do artigo 44, § 2º e 46, §§ 1º a 3º do CP, em entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação.

Deixo de fixar *quantum* indenizatório mínimo conforme artigo 387, IV, do CPP, à míngua de pedido e submissão ao contraditório.

Julgo quebrada a fiança, na forma do artigo 341, I, do CPP, competindo a análise da sua perda total ao juízo da execução.

Condeno a ré ao pagamento das custas processuais na forma do artigo 804 do CPP.

Com o trânsito em julgado, oficie-se ao TRE-RJ, na forma do artigo 15, III, da CRFB/88, comunicando-se ainda ao IFP, ao INI e ao SEI, bem como ao distribuidor, e demais medidas de estilo a serem adotadas quando do cumprimento deste acórdão.

Ante o exposto, voto pelo parcial provimento do recurso para condenar a ré pelo crime do artigo 155, *caput*, e § 2º do CP, às penas de 08 (meses) de detenção e pagamento de 06 (seis)

dias-multa à razão unitária mínima de lei, em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços comunitários pelo tempo da condenação em entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução.

Pl.

RIO DE JANEIRO, 30 DE AGOSTO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. JOÃO ZIRALDO MAIA
RELATOR

HABEAS CORPUS. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 171 DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. NÃO VERIFICAÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INDÍCIOS DE AUTORIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

EMENTA

HABEAS CORPUS. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Paciente denunciada pela inclusão indevida de 184 (cento e oitenta e quatro) pessoas em plano de saúde empresarial, sendo sabedora de que tais pessoas não faziam jus ao benefício, auferindo, com esse expediente, vantagem ilícita decorrente dos valores recebidos a título de comissionamento.

Indícios de autoria que, de acordo com exame perfunctório dos elementos do inquérito constante dos anexos deste *writ*, foram extraídos da juntada aos autos de relatório de auditoria da operadora de planos de saúde, bem como de outros elementos de inquérito, tais como as oitivas de representantes de pessoas jurídicas que afirmaram que pessoas incluídas como beneficiários do plano de saúde não eram funcionários das empresas.

Indícios de autoria que se encontram demonstrados.

Pleito de trancamento da ação penal. A declaração de nulidade da denúncia na via estreita do *habeas corpus* é medida excepcional. Precedentes.

Denegação da ordem. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0058942-54.2022.8.19.0000, sendo Impetrante Dr. Pedro Luciano de Lemos Franco Filho (OAB/RJ 125.128) e Paciente A. S. M. e Autoridade Coatora o Juízo de Direito da 20ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

Acordam, por unanimidade, os Desembargadores que compõem a Egrégia Terceira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Custas *ex lege*.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo Dr. Pedro Luciano de Lemos Franco Filho (OAB/RJ 125.128) em favor de A. S. M., que foi denunciada pela suposta prática do crime previsto no artigo 171, *caput*, do Código Penal.

Esclarece o impetrante que, nos termos da denúncia, a paciente, na qualidade de responsável pela Contém Administradora de Seguros Ltda., obteve vantagem ilícita em prejuízo dos sócios da U. C. T. M. R. L., induzindo-os e mantendo-os em erro, mediante fraude, porque captou e intermediou as inclusões indevidas de 184 (cento e oitenta e quatro) beneficiários em planos de saúde empresarial tipo ágil 200, sem que os mesmos tivessem tal direito, e desse modo auferiu ilicitamente valores a título de comissionamento.

Aduz que, no curso da instrução do processo, a autoridade coatora autorizou a oitiva

de todas as pessoas arroladas pela defesa da paciente na resposta à acusação. Contudo, na audiência de instrução e julgamento achou por bem indeferir a oitiva das testemunhas já arroladas.

Argumenta que o direito constitucional da paciente à ampla defesa e contraditório foi limitado por essa providência judicial.

Aduz que foi designado o dia 04/08/2022 para a continuação da audiência de instrução e julgamento, mas a serventia não providenciou, em tempo hábil, a expedição de ofício à U. para atendimento da diligência requerida pela defesa e deferida pelo juízo, a fim de que fossem encaminhados os dados pessoais e toda a documentação eventualmente existente quanto às tratativas comerciais que são objeto de apuração na ação penal. Por tais razões, a defesa da paciente requereu à autoridade coatora a retirada do feito de pauta. No entanto, sobreveio despacho da autoridade coatora indeferindo o pedido de retirada de pauta e concedendo a defesa somente a oportunidade de se manifestar em alegações finais.

Refere que em decorrência do encerramento da instrução haverá a perda de uma chance probatória para a defesa, pois somente com o acesso aos documentos solicitados à U. é que a paciente poderá exercer irrestritamente a sua defesa.

Ademais, objeta que a denúncia é claramente inepta, pois embora o Ministério Público tenha tido acesso ao inquérito policial, instaurado em 05/10/2010, a denúncia somente foi oferecida em 22/03/2018, e mesmo assim sem os documentos necessários que configurassem a justa causa para a propositura da ação penal, que, a despeito disso, foi instaurada.

Diante do exposto, requer a concessão liminar da ordem para que seja determina-

do à autoridade coatora que se abstenha de realizar audiência de instrução e julgamento, em especial aquela já designada para o dia 04/08/2022, até que a defesa da paciente tenha acesso aos documentos requeridos. Postula, ao final, o trancamento da ação penal, pela ausência de justa causa, diante da falta de indícios razoáveis de autoria e materialidade.

Por decisão monocrática deste Desembargador, o pedido liminar foi indeferido (doc.000108).

Informações prestadas pela autoridade coatora (doc. 000118).

A Procuradoria Geral de Justiça (doc. 000127) em seu parecer, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

A paciente responde a ação penal pela suposta prática do crime do artigo 171, *caput*, do Código Penal.

Nos termos da denúncia, a paciente captou e intermediou as inclusões indevidas de 184 (cento e oitenta e quatro) pessoas em planos de saúde empresarial sem que tais pessoas tivessem direito a tal, e, por esse expediente, auferiu ilicitamente valores a título de comissionamento. Desse modo, obteve vantagem ilícita em prejuízo dos sócios da U., induzindo-os e mantendo-os em erro, mediante fraude.

O impetrante questiona a imputação dos fatos à paciente, por ausência de identificação de todas as pessoas e falta de juntada de todos os documentos que pudessem confirmar a prática do crime.

Quanto à presença de outras pessoas supostamente implicadas na prática delitiva, vale mencionar o trecho da denúncia que refere a existência de beneficiários não identificados das condutas:

Restou apurado nos autos que as pessoas que se beneficiaram dos planos-empresa firmados pelos denunciados não tinham conhecimento das inclusões indevidas e também foram vítimas da denunciada Andrea, tendo em vista que tiveram seus dados empresariais utilizados sem autorização e/ou seus benefícios suspensos ante a descoberta das fraudes.

(Denúncia – doc. 000002 do procedimento originário)

Ao tempo da denúncia, o Ministério Público efetivamente não tinha todos os documentos necessários para a comprovação dos fatos, tanto é que foi expedido, a requerimento do Ministério Público, ofício à U. a fim de que informasse os dados pessoais e eventual documentação de pessoas mencionadas no inquérito, bem como documentos:

[...] 2) Oficie-se à U. para que encaminhe cópia dos dados pessoais e eventual documentação que possua referente às pessoas mencionadas às (antigas) folhas 170/193, 204/235 e 246/268 (índex 153/305), bem como os documentos que porventura instruem os contratos de índex 23, 109^a a 129^a folha (antigas folhas 82/102), no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais). Em caso de inércia, expeça-se mandado de busca e apreensão. [...]

(Transcrição da decisão de 26/05/2022 do procedimento originário – informações – doc. 000118 – n° 04)

A decisão liminar indeferiu o pedido de suspensão da audiência, posto que já tinha havido a designação da continuação do ato para 08/11/2022, e avaliou a alegação de ausência de justa causa para a denúncia:

[...] Quanto à ausência de justa causa, constata-se que o procedimento criminal se iniciou com *notitia criminis* ajuizada pela U., instruída com farta documentação de auditoria interna da lesada apontando falsificações e toda série de ilícitos (doc. 000023 a 000250 do procedimento originário) além da colheita de provas adicionais pela autoridade policial (doc. 000392 a 000451; doc. 000462 a 000494); doc. 000591 a 000601 do procedimento originário) que instruíram a denúncia e justificaram o recebimento da denúncia (doc. 000635 do procedimento originário). [...]

(Decisão liminar – doc. 000108)

A princípio, e sem fazer um exame da prova porque não se dispõe da íntegra dos elementos do inquérito nem se conhece o resultado da diligência de busca e apreensão, constata-se que o relatório da auditoria interna da U. apontou o seguinte:

Com base no exame das guias de recolhimento do FGTS apresentadas pela C. C. C. A. S. L. (cód. 4.752), quando da implantação dos contratos mencionados neste relatório, constatamos que a documentação era inidônea, uma vez que o número de PIS dos titulares inclusos nas guias não coincide com a base de dados do site do Ministério da Previdência Social.

Ficou evidenciado que todas as inclusões para os produtos Ágil 50 e 200 tiveram a finalidade de obtenção de isenções de carências e o imediato atendimento para eventos de alto custo, gerando prejuízo, em comparação entre os preços contratados (PJ) e aqueles que deveriam estar sendo pagos no plano I individual/familiar (PF), bem como custos com a utilizações da rede médica, impostos, comissionamentos e despesas administrativas.

(doc. 000023 do procedimento originário)

A relação de pessoas incluídas indevidamente constou do relatório de auditoria acima mencionado (doc. 000064 do procedimento originário).

A par do citado relatório de auditoria, o inquérito que instruiu os autos contém declarações das testemunhas M. B. I. (doc. 000416 do procedimento originário) e A. L. B. S. (doc. 000421 do procedimento originário), que informaram que contrataram planos individuais de saúde, empresariais, para as pessoas jurídicas que representam, e foram surpreendidos com a inscrição de 52 e de 60 funcionários, respectivamente. A testemunha I. mencionou que as pessoas cadastradas em plano de saúde não fazem parte da empresa (doc. 000433 do procedimento originário).

Para a instauração da ação penal não se requer a existência de prova cabal da autoria e materialidade, mas apenas de indícios suficientes. Logo, a alegação de ausência de justa causa pela falta de documentos relacionados à inclusão indevida de beneficiários nos planos de saúde não se sustenta, pois tal prova pode ser produzida ao longo da instrução, com a juntada dos documentos e a concessão de oportunidade à defesa para contraditá-los.

No que se refere à desnecessidade de prova cabal de autoria para o oferecimento da denúncia é tranquila a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Uma vez que a denúncia descreve as condutas delituosas do Acusado, relatando, em linhas gerais, os elementos indispensáveis para a demonstração da existência dos crimes em tese praticados, bem assim os indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, de modo a permitir o amplo exercício do direito de defesa, não se pode impedir o Estado, antecipadamente, de exercer a função jurisdicional, coibindo-o de realizar o levantamento

dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC nº 651.112/PE, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 23/08/2022, DJe de 30/08/2022.) (*omissis*)

O trancamento de investigações policiais, procedimentos investigatórios, ou mesmo da ação penal, constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a existência de causas de extinção de punibilidade ou ausência de indícios mínimos de autoria ou de prova de materialidade.

(AgRg no HC nº 744.670/SP, Relator Ministro JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 02/08/2022, DJe de 09/08/2022.) (*omissis*)

Esta Corte Superior pacificou o entendimento segundo o qual, em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado - de plano e sem necessidade de dilação probatória - a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade, o que não ocorre na hipótese, na qual qualquer conclusão no sentido da inexistência de elementos aptos a embasar o ajuizamento da ação penal demanda o exame aprofundado de provas, providencia incabível no âmbito do *habeas corpus* e do recurso ordinário dele derivado.

Agravo regimental conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.

(AgRg no RHC nº 155.426/GO, Relator

Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 02/08/2022, DJe de 08/08/2022.) (omissis)

Nessas circunstâncias, não se vê, também, qualquer inépcia na incoativa a justificar a rejeição imediata da peça exordial, com o trancamento da ação penal.

Submetendo a denúncia aos parâmetros do heptâmero de Quintiliano⁽¹⁾, vejo que ali está narrado o que aconteceu, isto é, a inclusão indevida de 184 (cento e oitenta e quatro) pessoas em planos de saúde empresarial tipo Ágil 200 sem que tais pessoas fizessem jus, a data dos fatos, a saber, entre 28/06/2008 e 09/01/2009; a perfeita individualização das pessoas envolvidas, a saber, a paciente e o corréu J. R., a localidade onde o crime ocorreu e a sua finalidade, que era locupletamento econômico, descrevendo, também suficientemente, o elemento subjetivo.

No mais, a decisão que recebeu a denúncia, acima transcrita, está suficientemente fundamentada, e por isso não padece de qualquer vício. Na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou-se o entendimento de inexigibilidade de fundamentação complexa no despacho de recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza interlocutória, não se equiparando à decisão judicial a que se refere o artigo 93 IX da Constituição Federal (HC nº 354.250/SC,

1 A instauração válida do processo pressupõe o oferecimento da denúncia ou queixa, com exposição clara e precisa de um fato criminoso com todas as suas circunstâncias (artigo 41 do Código de Processo Penal), isto é, “não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que a determinaram a isso (*cur*), a maneira por que a praticou (*quo modo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*)” (João Mendes Jr.). (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 90-91.)

Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 16/06/2016).

A propósito, esse entendimento foi reafirmado tanto pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AResp nº 1.076.166/SP, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 31/10/2018) quanto pela Quinta Turma. Confira-se:

1. "A decisão que recebe a denúncia (CPP, art. 396) e aquela que rejeita o pedido de absolvição sumária (CPP, art. 397) não demandam motivação profunda ou exauriente, considerando a natureza interlocutória de tais manifestações judiciais, sob pena de indevida antecipação do juízo de mérito, que somente poderá ser proferido após o desfecho da instrução criminal, com a devida observância das regras processuais e das garantias da ampla defesa e do contraditório" (RHC nº 60.582/MT, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

.....(RHC nº 104.012/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018)

Portanto, presentes os pressupostos do artigo 41 do Código de Processo Penal, e ainda que alguns elementos acidentais estejam porventura omitidos, mesmo por insuficiência da prova até agora colhida, levando em conta que a denúncia com certeza não deve conter dissertações⁽²⁾, tais circunstâncias poderão ser incluídas em eventual aditamento, que observará o contraditório.

A continuação da audiência de instrução e julgamento está designada para 08/11/2022,

2 TOVO, Paulo Claudio. *Apontamentos e guia prático sobre a denúncia no Processo Penal brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editora, 1986, p. 50.

oportunidade em que a diligência de busca e apreensão dos documentos requeridos pelo Ministério Público já deverá ter sido cumprida.

Logo, não se verifica constrangimento ilegal.

Diante do exposto, voto pela denegação da ordem.

É como voto.

RIO DE JANEIRO, 20 DE SETEMBRO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO
RELATOR**

ROUBO SIMPLES. PROVAS PRODUZIDAS FRÁGEIS. AUTORIA QUE NÃO RESTOU DELINEADA. FALTA DE RECONHECIMENTO PESSOAL EM JUÍZO PELA VÍTIMA. VULNERABILIDADE DAS DECLARAÇÕES POLICIAIS. ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE.

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO SIMPLES – JUÍZO DE CENSURA PELO ARTIGO 157, *CAPUT*, DO CP – PLEITO DEFENSIVO QUE ESTÁ VOLTADO, EM TÓPICO MAIS ABRANGENTE, À ABSOLVIÇÃO, QUE MERECE ACOLHIDA – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE É FRÁGIL EM APONTAR A AUTORIA – A MATERIALIDADE ESTÁ DEMONSTRADA, CONTUDO, A AUTORIA NÃO RESTOU BEM DELINEADA, MORMENTE FACE À PROVA ORAL, QUE ESTÁ REPRESENTADA TÃO SOMENTE PELOS RELATOS DOS POLICIAIS MILITARES, QUE NÃO VISUALIZARAM O ROUBO E SÃO DIVERGENTES EM RELAÇÃO AOS DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE INVESTIGATIVA; SOMADO AO NÃO COMPARECIMENTO DA VÍTIMA EM JUÍZO PARA ESCLARECER A DINÂMICA DELITIVA E CONFIRMAR O RECONHECIMENTO PESSOAL DO APELANTE, SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – OS POLICIAIS MILITARES, ALÉM DE NÃO TEREM PRESENCIADO O ROUBO EM TELA, APRESENTAM VERSÕES DIVERGENTES EM RELAÇÃO ÀS

SUAS DECLARAÇÕES E AO RELATO DA VÍTIMA, COLHIDOS NA FASE INVESTIGATIVA, UMA VEZ QUE AFIRMAM, EM JUÍZO, QUE O APELANTE ESTAVA COM O CELULAR DA VÍTIMA NA MOCHILA, PORÉM, TANTO ESTA QUANTO OS PRÓPRIOS AGENTES DA LEI ESCLARECERAM, EM SEDE POLICIAL, QUE O RECORRENTE INFORMOU QUE O REFERIDO CELULAR ERA PROVENIENTE DE OUTRO ROUBO – O POLICIAL MILITAR L. AFIRMA, NA FASE JUDICIAL, QUE A CARTEIRA DA VÍTIMA FOI ENCONTRADA NA MOCHILA DO RECORRENTE, O QUE DIVERGE DO DECLARADO POR SEU COLEGA DE FARDA C., EM JUÍZO, E PELA PRÓPRIA VÍTIMA I., EM SEDE POLICIAL, NO SENTIDO DE QUE O RECORRENTE HAVIA DISPENSADO A REFERIDA CARTEIRA, TENDO INDICADO O LOCAL, ONDE REALMENTE FOI ARRECADADA – NÃO HÁ DÚVIDA DE QUE OS RELATOS DOS POLICIAIS MILITARES POSSUEM RELEVÂNCIA NO CONTEXTO PROBATÓRIO, MAS DEVEM ESTAR ATRELADOS A OUTRAS PROVAS, O QUE NÃO OCORREU NO CASO EM TELA, ALÉM DE DISSONANTES, FRAGILIZANDO A PROVA – OS ELEMENTOS COLHIDOS, DURANTE A FASE INVESTIGATIVA, NÃO FORAM FORTALECIDOS, MENOS AINDA REPISADOS EM JUÍZO, CONDUZINDO À ABSOLVIÇÃO – DÚVIDA QUANTO À CONDUTA DESENVOLVIDA PELO APELANTE E A FALTA DO RECONHECIMENTO PESSOAL EM JUÍZO PELA VÍTIMA, SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, ALIADO À FRAGILIDADE DAS DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS, LEVA À ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE, COM FULCRO NO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CPP. À UNANIMIDADE, FOI PROVIDO COM A ABSOLVIÇÃO E A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA, SE POR AL.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal nº 0235445-29.2019.8.19.0001, em que é Apelante: I. D. e Apelado: Ministério Público.

Acordam os Desembargadores da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em: à unanimidade, foi provido com a absolvição e a expedição de alvará de soltura, se por al.

Cuidam os autos de apelo defensivo, através do qual, aponta, a sua irrisignação, frente à respeitável sentença, que, formando o juízo de censura, veio a condenar o recorrente I. D., por infração ao artigo 157, *caput*, do Código Penal, estabelecendo uma reprimenda totalizada em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime semiaberto, e 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo (página digitalizada nº 224).

Objetiva, em tópico mais abrangente, a absolvição, aduzindo com a insuficiência de provas. Ultrapassado, pugna pelo estabelecimento da pena-base no mínimo legal, pelo reconhecimento da tentativa, com incidência da fração máxima de 2/3 (dois terços), pelo abrandamento do regime prisional, requerendo, ao final, a concessão da suspensão condicional da pena, conforme expõe em suas razões (página digitalizada nº 271).

Página digitalizada nº 286, Contrarrazões Ministeriais.

Página digitalizada nº 324, Douto Parecer Ministerial, que está endereçado ao desproviamento do apelo defensivo.

VOTO

Via apelo defensivo, ao reexame de prova, que foi analisada e debatida em 1º grau, procede-se à sua análise, revolvendo-se toda a matéria articulada. E, ao fazê-lo, tem-se que o pleito defensivo mais abrangente, que está voltado à absolvição, merece ser acolhido, pois as provas produzidas são frágeis, e insuficientes à formação do juízo de censura.

Ao ora apelante I. foi atribuída a conduta prevista no artigo 157, *caput*, do CP, descrevendo a denúncia que o recorrente subtraiu, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de um simulacro de arma de fogo, a carteira, com quantia em dinheiro e documentos, pertencente à vítima I. C. S.

A materialidade está patenteada pelo auto de prisão em flagrante (f. 10/11) e pelo registro de ocorrência (f. 06/07). Contudo, a autoria não restou comprovada, mormente face à prova oral, que está representada tão somente pelos relatos dos policiais militares, que não visualizaram o roubo e são divergentes em relação aos depoimentos colhidos na fase investigativa; somado ao não comparecimento da vítima em Juízo para esclarecer a dinâmica delitiva e confirmar o reconhecimento pessoal do apelante, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

A vítima, I. C. S., não foi ouvida em juízo, porém, prestou declarações em sede policial (f. 22/23), ocasião em que narrou o fato penal e seu autor, reconhecendo que o apelante I. o abordou, com um simulacro de arma de fogo na cintura, e anunciou o assalto, vindo a subtrair apenas sua carteira de seu bolso. Prossegue, relatando que, após comunicar o fato aos policiais e fornecer a descrição do autor do roubo, foi realizada uma varredura pela localidade com a viatura, momento em que avistou o recorrente e o reconheceu como a pessoa que havia acabado de praticar a subtração de sua carteira. Informa que foi arrecadado um celular, dentro da mochila, tendo o apelante admitido ser proveniente de outro roubo que havia praticado, contudo, sua carteira não foi encontrada. Relata que, ao ser questionado, o recorrente esclareceu que havia tirado o dinheiro de dentro da carteira, vindo a jogá-la em frente ao restaurante A Mineira, onde foi recuperada em um canteiro. É o seu relato:

“(…) Que, segundo informações prestadas pelo declarante, o mesmo esclarece que é aluno da UFF e atualmente atua junto ao DCE - Diretório Central dos Estudantes, exercendo a função de Diretor Financeiro e no dia 19/09/2019, iniciou um evento no Casarão Vila Real localizado na Rua Alexandre Moura, nº 8, em São Domingos destinado à integração entre os alunos de Geografia da UFF; Que, por volta das 01:10h deixou o local com o objetivo de comprar gelo na Praça da Cantareira e ao sair, estava acompanhado de uma amiga de nome L. N. e durante o trajeto, foram abordados por um elemento que mostrando o que seria uma arma em sua cintura, anunciou o assalto; Que, sua amiga L. se apavorou e saiu correndo e conseguiu retornar para o local do evento; Que, o declarante permaneceu parado e o elemento que ora sabe tratar-se do nacional I. D., RG nº 32.314.211- 7/Detran, mostrando a arma em sua cintura, disse: “FICA CALMO” e se aproximando do declarante, subtraiu a sua carteira de seu bolso e fugiu em direção à Rua Passo da Pátria; Que, imediatamente após ao roubo, avistou uma viatura da polícia e ao comunicar o fato, fez uma descrição do elemento dizendo que se tratava de um rapaz negro, com boné, de camisa preta, trajando bermuda e mochila; Que, foi solicitado pelos policiais que entrasse na viatura para que pudessem fazer uma varredura pela localidade na tentativa de localizar o elemento roubador; Que, após alguns minutos procurando pelo elemento, ao passarem pela Rua Visconde do Rio Branco, em frente ao nº 869, no Centro, avistaram um elemento que batia com a descrição dada anteriormente e neste momento os policiais o abordaram e neste momento, não teve dúvidas em identificá-lo como o mesmo que o assaltara momentos antes; Que, testemunhou o momento em que os policiais efetuaram uma revista pessoal no elemento e encontraram

com I., dentro de sua calça, um simulacro de pistola utilizado por ele no roubo e ainda, dentro da mochila que carregava, arrecadaram um aparelho celular de cor preta e I. ao ser indagado sobre o aparelho, confessou que era produto de outro roubo que havia praticado momentos antes; Que, não encontraram a sua carteira de posse de I. e após ser indagado sobre a carteira, ele disse que havia retirado o dinheiro de seu interior e que teria jogado a carteira fora, em frente ao restaurante A Mineira; Que, diante desta informação, os policiais procederam para o local indicado por I. e lá chegando, lograram encontrar a sua carteira em um canteiro, conforme a indicação do elemento; Que, em seguida, foi conduzido até esta UPAJ para registrar o ocorrido;. (…)”

Ao adentrar na prova oral colhida em Juízo, tem-se o depoimento do policial militar, C. L. S., o qual descreve que, no dia dos fatos, estava em patrulhamento, juntamente com seu colega de farda, quando foram abordados pela vítima, relatando que havia acabado de ser assaltada. Ressalta ter questionado a vítima acerca da fisionomia da pessoa que a assaltou, uma vez que o local estava cheio, pois havia um evento acontecendo, porém esta confirmou que se recordava das características do assaltante e pediu para que fizessem uma volta pela localidade com a viatura. Descreve que deram uma volta pelo quarteirão, tendo a vítima apontado o recorrente como autor do roubo de seu celular e carteira, porém, ao ser revistado, foi encontrado apenas o celular da vítima na mochila, consignando que foi também arrecadado um simulacro de arma de fogo na cintura do recorrente. Registra que o apelante informou que havia retirado o dinheiro da carteira e a descartado próximo a um restaurante, onde foi encontrada, perto de uma árvore. Por fim, acrescenta que a vítima não soube relatar a dinâmica do roubo, pois, além de estar nervosa,

o local dos fatos estava meio escuro. É o seu depoimento (f. 166):

“(...) que se recorda dos fatos; que estava em patrulhamento com seu colega de serviço, sargento L., quando próximo à praça da Cantareira foram abordados por um cidadão que relatou que havia acabado de ser assaltado; que questionaram a vítima se esta se recordava da fisionomia do rapaz que o assaltou, uma vez que o local estava cheio pois estava tendo evento; que a vítima respondeu que sim e que se a colocasse na viatura e fizessem uma volta pelo local poderia encontrar o menino, pois ele devia estar próximo já que o fato tinha acabado de acontecer; que colocou a vítima na viatura e deram uma volta pelo quarteirão; que próximo a ENEL passaram por um cidadão, tendo a vítima apontado o acusado como o autor do crime; que parou a viatura e abordou o nacional, o qual prontamente parou; que, quando foram revistá-lo, encontraram um simulacro de arma de fogo em sua cintura, tendo imediatamente dado voz de prisão para ele; que a vítima reconheceu o acusado na hora, dizendo que teria roubado seu telefone e carteira; que quando foram revistar a mochila do acusado, o telefone da vítima estava lá, porém a carteira da vítima já não estava; que indagaram ao acusado onde estava a carteira da vítima, tendo ele informado que havia pegado o dinheiro e descartado a carteira próximo a um restaurante, perto de um árvore; que ato contínuo levou o nacional até o local indicado, onde foi encontrada a carteira da vítima; que a vítima recuperou a carteira e o dinheiro, referente a uma quantia, salvo engano, de R\$ 15,00; que, no primeiro momento, o acusado não confessou, mas na delegacia ele confessou; que a vítima não soube relatar a dinâmica do roubo porque estava em um local meio escuro e também

estava muito nervosa; que a vítima falou que o acusado mostrou a arma e pediu o seu telefone e a carteira. (...)”

O agente da lei, L. L., relata que estavam em patrulhamento, quando foram abordados pela vítima, comunicando que havia sido roubada e, ao realizarem uma busca pelo local com a vítima na viatura, esta localizou o apelante, que caminhava com uma mochila. Registra que o recorrente foi abordado, sendo encontrados um simulacro de arma de fogo e, em sua mochila, o celular e a carteira da vítima, a qual confirmou ser ele o autor do roubo. É o que aduz (f. 166):

“(...) que abordaram o acusado em frente a reserva; que estavam fazendo um patrulhamento na área quando foram abordados pela vítima, informando que tinha sido roubada por um elemento; que a vítima entrou na viatura e realizaram uma busca, vindo a localizar o cidadão com uma mochila caminhando e ao ser abordado, constatou-se que o celular e os documentos da vítima estavam com ele; que a carteira da vítima estava na mochila; que tinha um simulacro também; que a vítima apontou o acusado como autor do roubo na hora; que o acusado estava com os pertences da vítima e o simulacro. (...)”

É de se consignar que as transcrições acima, referentes aos depoimentos dos agentes da lei, não constituem uma reprodução literal, mas sim, apanhados do que foi declarado e gravado, por registro audiovisual.

O ora apelante I., ao ser interrogado (f. 166), manifestou o desejo de permanecer em silêncio.

Finda a instrução probatória, a prova é duvidosa em apontar a autoria do crime de roubo ora analisado, visto que a vítima, em razão de não ter sido intimada para prestar seu depoimento

(f. 146) e tendo o MP desistido de sua oitiva (f. 166), não compareceu, em Juízo, para confirmar o reconhecimento pessoal do apelante, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e para esclarecer a dinâmica delitiva, o que, na hipótese, seria imprescindível, diante das contradições existentes nos relatos dos policiais, quanto aos bens subtraídos.

Cabe ressaltar que os policiais militares, além de não terem presenciado o roubo em tela, apresentam versões divergentes em relação às suas declarações e ao relato da vítima, prestados na fase investigativa, uma vez que afirmam, em Juízo, que o apelante estava com o celular da vítima na mochila, porém, tanto esta quanto os próprios agentes da lei esclareceram, em sede policial, que o recorrente informou que o referido celular era proveniente de outro roubo.

Além disso, o policial militar L. afirma, na fase judicial, que a carteira da vítima foi encontrada na mochila do recorrente, o que diverge do declarado por seu colega de farda C., em Juízo, e pela própria vítima I., em sede policial, no sentido de que o recorrente havia dispensado a referida carteira, tendo indicado o local, onde realmente foi arrecadada.

Não há dúvida de que os relatos dos policiais militares possuem relevância no contexto probatório, mas devem estar atrelados a outras provas, o que não ocorreu no caso em tela, bem como apresentam divergências, fragilizando a prova.

Tem-se, portanto, que os elementos colhidos, durante a fase investigativa, não foram fortalecidos, menos ainda repisados em juízo, conduzindo à absolvição.

Desta feita, a dúvida quanto à conduta desenvolvida pelo apelante e a falta do reconhecimento pessoal em juízo pela vítima, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, aliado à fragilidade

das declarações dos policiais, leva à absolvição do recorrente, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do CPP.

Insuficiência, à formação do juízo de censura, o simples reconhecimento realizado, durante a fase investigativa, e que não foi confirmado em Juízo, ante a ausência da vítima. Não há, portanto, como formar um juízo de certeza, quanto à autoria, pois esta não restou cabalmente demonstrada.

À UNANIMIDADE, FOI PROVIDO COM A ABSOLVIÇÃO E A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA, SE POR AL.

RIO DE JANEIRO, 26 DE MAIO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

**DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO
RELATORA**

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. REDUÇÃO DA PENA BASE QUE SE JUSTIFICA E APLICA.

EMENTA

Apelação. Crimes de extorsão em concurso de agentes. Crimes praticados em três momentos distintos. Reconhecimento da continuidade delitiva. Condenação dos réus como incurso nas sanções do artigo 158, do CP. Recursos da acusação e das defesas.

Autoria e materialidade devidamente comprovados nos autos. Acervo probatório que inclui declarações da vítima, fotos dos veículos utilizados pelos criminosos, históricos de ligações, mídia contendo gravação de conversa telefônica, termo de declaração de testemunhas, dentre outros. Tese de absolvição por falta de provas que não merece prosperar.

Declarações da vítima que se mostram coerentes e coesas, contendo descrição minuciosa das condutas ilícitas, bem como da participação de cada um dos réus na empreitada.

Crimes envolvendo patrimônio. Palavra da vítima que possui especial relevo. Precedentes do E. STJ.

Recurso do Ministério Público. Pretensão de condenação de dois dos réus pela prática da segunda extorsão. Apelo que não merece prosperar. Ausência de provas da participação dos réus M. e R. em relação à segunda extorsão.

Pretensão de exasperação da pena do Apelado **A.** na segunda fase da dosimetria. Acolhimento. Conjunto probatório que demonstra que o réu atraiu a vítima mediante dissimulação. Aplicação do disposto no art. 61, II, c, do CP.

Arguição de nulidade da sentença por falta de fundamentação. Rejeição. Julgado que apresentou de forma clara os motivos utilizados para a condenação.

Prova utilizada para a condenação. Áudio extraído de *pen drive*. Legalidade. Prova que é considerada válida no processo penal. Precedente do E. STJ. Desnecessidade de realização de perícia, eis que a prova foi reiterada em sede de audiência pelo depoimento da vítima.

Ausência de comprovação de que o réu **A.** foi igualmente vítima dos crimes de extorsão. Conjunto probatório produzido nos autos que aponta em sentido oposto. Participação efetiva do réu nos atos de execução. Apelante que realizou ligação telefônica atraindo a vítima para o local do crime.

Tese de ocorrência de crime único que não merece prosperar. Crime de extorsão que se consuma quando o agente emprega os meios aptos a constranger a vítima a lhe proporcionar a vantagem indevida. Obtenção da vantagem que caracteriza mero exaurimento do crime. Inteligência do verbete sumular nº 96, do E. STJ.

Pluralidade de ações, praticadas nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução,

aliada à comunhão de desígnios que caracteriza a continuidade delitiva. Inteligência do art. 71, do CP. Precedente do E. STJ.

Desclassificação para o crime de exercício arbitrário das próprias razões. Descabimento. Inexistência de pretensão legítima. Correta imputação dos réus no crime previsto no art. 158, do CP.

Cerceamento de defesa. Inocorrência. Pretensão de realização de perícia de confronto de voz que foi anteriormente indeferida. Preclusão que se reconhece. Precedente do E. STJ.

Inobstante o reconhecimento da preclusão, ressalta-se que o apelante **H.** se encontra foragido. Conduta do recorrente que inviabiliza a realização da perícia requerida.

Ausência de disponibilização de mídias. Alegação que não se acolhe. Arquivos de áudios que se encontravam anexadas ao processo desde o oferecimento da denúncia.

Alegação de inexistência de atos executórios em relação à terceira extorsão. Tese que não merece ser acolhida. Narrativa fática que demonstrou que os agentes já haviam informado que retornariam para o recebimento da vantagem ilícita.

Descida dos réus de aeronave em terreno próximo da Prefeitura que aponta para o início da execução do crime. Vítima que ademais se sentiu constrangida, diante da investida dos apelantes, tendo acionado aparato policial.

Petição inicial que não se afigura como inepta. Inclusão dos requisitos indispensáveis da denúncia. Necessidade de demonstração da materialidade delitiva e indícios mínimos de autoria. Superveniência da sentença que torna superada a tese de inépcia. Jurisprudência pacífica do E. STJ.

Dosimetria da pena. Redução da fração de 1/5 para 1/6 pelo reconhecimento de apenas uma

circunstância judicial desfavorável. Reconhecimento da agravante prevista no art. 61, II, c, em relação ao réu A. Correto reconhecimento da causa de aumento de pena em decorrência do concurso de agentes.

Exasperação da pena, nos termos do art. 71, do CP (continuidade delitiva). Regime inicial de cumprimento de pena corretamente avaliado pelo Juízo sentenciante. Presença de circunstâncias desfavoráveis que autoriza a fixação do regime mais gravoso.

Provimento parcial do recurso da acusação. Desprovimento dos recursos da defesa. Redução da fração de incremento da pena-base em razão do reconhecimento de apenas uma circunstância judicial desfavorável.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000766- 68.2019.8.19.0071, em que é Apelante (1): Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Apelante (2): R. C. C. Apelante (3): H. G. M. F. Apelante (4): M. C. S., Apelante (5): A. A. S. e Apelado (1): Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Apelado (2): R. C. C., Apelado (3): A. A. S., Apelado (4): M. C. S.;

Acordam os Desembargadores que compõem a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em dar provimento parcial ao recurso do Ministério Público e negar provimento aos recursos da Defesa, decisão unânime.

VOTO

Relatório já apresentado.

Como consta dos autos, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro propôs ação penal em desfavor de (1) A. A. S., (2) H. G. M. F., (3) M. C. S. e (4) R. C. C., imputando-lhes a prática das condutas tipificadas no art. 158, § 1º, por duas vezes, na forma dos artigos 29 e 69, além de (2) H. e (4) R. também pela conduta tipificada no

art. 158, 1º, na forma do art. 14, II, combinados com os artigos 29 e 69, todos do Código Penal.

Segundo a denúncia a primeira extorsão teria ocorrido em 24/04/2019, contando com a participação dos réus A., H., M. e R.

A segunda, em 01/05/2019, com a participação de H. e A. .

Já a terceira, na modalidade de tentativa, se deu em 02/05/2019, com a participação de H. e R.

O Ministério Público requereu a condenação dos réus A. A. S., H. G. M. F., M. C. S. e R. C. C. incursos nas penas do artigo 158, § 1º, por duas vezes, na forma dos artigos 29 e 69, todos do Código Penal.

Em relação a H. G. M. F. e R. C. C. deu os mesmos como incursos no artigo 158, § 1º, na forma do artigo 14, II, combinados com os artigos 29 e 69, todos do Código Penal.

Finda a instrução, a sentença, indexada em PDF 1294, condenou:

A. A. S., pelo crime previsto no art. 158, § 1º, por duas vezes (primeira e segunda extorsão), na forma dos arts. 29 e 69, todos do Código penal, fixou a pena em 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 2 (dois) dias de reclusão e 32 (trinta e dois) dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário-mínimo.

Regime inicialmente fechado e deixou de aplicar a substituição por penas restritiva de direitos ou de suspender condicionalmente a pena;

H. G. M. F., pelo crime previsto no art. 158, § 1º, por duas vezes (primeira e segunda extorsão) e art. 158, § 1º, c/c art. 14, II (terceira extorsão), na forma dos arts. 29 e 69, todos do Código penal, fixou a pena em 8 (oito) anos e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e 40 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo, em regime inicialmente fechado e deixou de aplicar

a substituição por penas restritiva de direitos ou de suspender condicionalmente a pena;

M. C. S., pelo crime previsto no art. 158, § 1º (primeira extorsão), na forma dos arts. 29 e 69, todos do Código penal, fixou a pena em 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo, em regime inicialmente fechado e deixou de aplicar a substituição por penas restritiva de direitos ou de suspender condicionalmente a pena;

R. C. C., pelo crime previsto no art. 158, § 1º (primeira extorsão) e art. 158, § 1º, c/c art. 14, II (terceira extorsão), na forma dos arts. 29 e 69, todos do Código penal, fixou a pena em 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 2 (dois) dias de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo, em regime inicialmente fechado e deixou de aplicar a substituição por penas restritivas de direitos ou de suspender condicionalmente a pena;

RECURSO DO MP:

Inconformado o Ministério Público interpôs recurso de apelação, PDF 1343, defendendo haver provas suficientes para a condenação dos apelados M. e R. em relação à segunda extorsão (dia 01/05/2019).

Sustenta que a sentença, neste ponto, carece de devida fundamentação e que a continuidade delitiva comprova a participação daqueles neste ato.

Requer também a exasperação da pena do apelado A., na segunda fase da dosimetria, pela aplicação da agravante prevista no art. 61, II, c, do CP, em razão de os crimes terem sido praticados mediante emboscada.

RECURSO DO RÉU A. :

O réu A. interpôs recurso de apelação em PDF 1385.

Razões em PDF 1576, arguindo preliminar de falta de fundamentação da sentença, diante da ausência de enfrentamento das teses defensivas.

Sustenta ser ilegal a prova que ampara a condenação, visto que o *pen drive* apresentado pela suposta vítima não foi submetido à devida perícia, conforme disposto no art. 158, do CPP.

Defende não haver provas suficientes para subsidiar o decreto condenatório, que foi mais uma vítima e que o telefone utilizado para realizar contato com a vítima possui código DDD diverso do apelante.

Argumenta a ocorrência de um único crime de extorsão, eis que o objetivo das condutas seria o recebimento de um único valor, que o fato de a cobrança ter sido feita em mais de uma oportunidade revela mero desdobramento das exigências.

Pugna pela desclassificação do crime para o de exercício arbitrário das próprias razões, pela redução da pena e pelo abrandamento do regime prisional do fechado para o semiaberto.

RECURSO DO RÉU H.:

O réu H. G. M. F. interpôs recurso de apelação em f. 1.362, com razões em PDF 1460, arguindo preliminar de cerceamento de defesa, por indeferimento do pedido de prova pericial de confronto de voz, afirmando não haver provas de que foi H. quem efetuou a ligação para a vítima A. e por ausência de disponibilização, até a audiência de instrução e julgamento, da intercepção telefônica.

Sustenta haver um único crime de extorsão, pugna pela absolvição por falta de provas, subsidiariamente, defende a ocorrência de tentativa, diante da ausência de submissão da vítima à vontade dos agentes.

Afirma, em relação à terceira extorsão, que não houve a prática de quaisquer atos de execução, não sendo observado constrangimen-

to da vítima, buscando outrossim a revisão da dosimetria da pena e do regime inicial para o cumprimento da pena.

RECURSO DO RÉU M.:

O réu M. C. S. interpôs recurso de apelação, com razões recursais, em PDF 1.363.

O apelante sustenta a inépcia da inicial, aponta que a prova colhida em sede policial não pode autorizar uma sentença penal condenatória, que não extorquiu a suposta vítima e requer sua absolvição, nos termos do art. 386, IV, do CPP.

Nega a autoria do fato, além de requerer a redução da pena-base, a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena e a detração penal.

O Ministério Público apresentou contrarrazões em relação a este recurso em PDF 1406, requerendo o desprovimento do recurso.

RECURSO DO RÉU R.:

O réu R. C. C. interpôs recurso de apelação em PDF 1.36, com razões em PDF 1539, arguindo preliminar de cerceamento de defesa, por ausência de disponibilização, até a audiência de instrução e julgamento, da interceptação telefônica.

Pugna por sua absolvição por falta de provas, sob a alegação de que não praticou a conduta de constranger alguém, alega que a vítima não o reconheceu.

Defende a ocorrência de tentativa, diante da ausência de submissão da vítima à vontade dos agentes e que, em relação à segunda extorsão não sabia da suposta ligação de B..

Afirma, em relação à terceira extorsão, que não houve a prática de quaisquer atos de execução, não sendo observado constrangimento da vítima, buscando outrossim a revisão da dosimetria da pena e do regime inicial para o cumprimento da pena.

Pretende o reconhecimento de um único crime de tentativa de extorsão, a reforma da sentença com a absolvição do recorrente em relação aos fatos ocorridos em 24/04/2019 e 02/05/2019 por ausência de provas, absolvição em relação ao fato ocorrido em 02/05/2019, por ausência das elementares do tipo, reconhecimento da tentativa, a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da causa de diminuição de pena e fixação do regime aberto ou semiaberto para início do cumprimento de pena.

O Ministério Público apresentou contrarrazões em relação aos recursos interpostos pelos réus H. G. M. F., R. C. C. e A. A. S., em PDF 1620, pelo desprovimento dos recursos.

Parecer da Procuradoria de Justiça em PDF 1671, pela rejeição das preliminares e pelo desprovimento dos recursos defensivos e do Ministério Público.

Sendo esta a suma do processado, decido.

Materialidade dos crimes de extorsão, sendo 2 (dois) consumados e 1 (um) tentado, regularmente demonstrada pela prova dos autos.

Autorias nas pessoas dos acusados devidamente demonstradas por meio das provas carreadas aos autos, dentre elas:

1) Declarações da vítima A. B. M., prestadas ao Ministério Público em 29/04/2019, a f. 13/16.

2) Fotos do veículo Toyota Corolla, placa LRV-9238, a f. 17/20, que foram tiradas pela vítima, utilizado pelos criminosos.

O automóvel se encontra registrado em nome de N. M. S., consoante f. 27/28, o qual figura como sócio da empresa T. P. S. Ltda ME, que também ostenta como sócio o acusado M. C. S., conforme f. 30/31.

Referida pessoa veio a ser reconhecida pela vítima a f. 16 como um dos autores da extorsão, por

meio das fotografias de f. 32 e ampliada de f. 36, tendo a vítima declarado ainda que ele "se identificou como 'M.' (o segundo sujeito, mais exaltado)".

3) Portal da Segurança do Estado do Rio de Janeiro a f. 21/22, que demonstra que o veículo Chevrolet Prisma, cor preta, placa KPH-9649, que estava em frente à residência do acusado A. no dia 29/04/2019, consoante declarado pela vítima a f. 16, se encontra registrado em nome do acusado H. G. M. F.

Reconhecido o mesmo pela vítima a f. 16 como um dos autores da extorsão, por meio das fotografias de f. 21 e ampliada de f. 23, tendo a vítima declarado ainda que "o reconhece como o sujeito que lhe apontou a arma de fogo no escritório de A. ".

4) Dados telefônicos (histórico de ligações) a f. 111/121.

Demonstram os mesmos que o telefone celular do acusado A. A. S., linha nº 21-97984-4468, foi utilizado para extorquir a vítima, linha nº 24-99841-2361, no dia 01/05/2019, com ligação iniciada às 20:51:56, que teve duração de 1344 segundos, consoante apontam f. 116/117.

5) Relatório – síntese – da operação Flash a f. 127/133.

6) Mídia a f. 193, que contém a gravação da conversa entre o acusado H. e a vítima, em 01/05/2019, relativa à segunda extorsão.

7) Novo termo de declarações da vítima A. B. M., prestado ao Ministério Público em 06/05/2019, a f. 194/196.

8) Fotografias do helicóptero, f. 196/199 e Registro de Ocorrência a f. 202/203, sobre o pouso da aeronave na Prefeitura, com os réus R. e H., capitulado como exercício arbitrário das próprias razões para não atrapalhar as investigações.

9) Termos de declaração das testemunhas C. E. de A. T. e A. L. O. a f. 204/205 e 207.

10) Termo de declaração do acusado R. C. C. a f. 206, no qual afirma que veio para a cidade de Porto Real a negócios, que esteve neste Município na quarta-feira do dia 24/04/2019, mais especificamente no escritório do réu A. S., e que estava acompanhado do réu H., seu segurança.

11) Termo de declaração do acusado H. G. M. F. a f. 209/210, no qual afirma que é segurança do réu R. C. C., que o acompanhou à cidade de Porto Real e que esteve neste Município na quarta-feira do dia 24/04/2019, em uma residência, acompanhando R.

12) Termos de declaração das testemunhas A. B. V., E. V. O., K. L. S., R. L. M. e U. R. P., prestados ao Ministério Público, a f. 212/220.

13) Relatório da operação Flash – fase 1 – a f. 221/245.

14) Mídia contendo as interceptações telefônicas as f. 517, juntada em 22/07/2019.

15) Apenso I, juntado por linha, no qual consta o ofício PJ – JECRIM PIP – RES nº 056/2020, datado de 12/02/2020, que informou a senha de acesso (Mf78bA5P).

16) A isso se acrescenta a prova oral com colhida em juízo.

Neste ponto, destaca-se que a vítima A. B. M., que era prefeito do Município de Porto Real, discorreu em juízo, na presença dos réus R. e A., estando M. e H. foragidos, sobre as extorsões que sofreu em razão de uma suposta dívida de campanha, *in verbis*:

"Eu sou o prefeito de Porto Real. Eu ratifico o depoimento que a gente fez diante do promotor.

A gente recebeu uma ligação, eu no caso. Recebi uma ligação do A., e fazia muito tempo que a gente não falava com ele. Essa ligação dizia que um grupo de empresários estaria com interesse de investir em Porto Real, ao que tudo indicava,

montar uma fábrica aqui. Aí que ele disse que iria me apresentar esse grupo de empresários. Isso aconteceu uma ou duas semanas antes do episódio.

Eu fui ao local, ele me chamou, para apresentá-los, ao escritório dele. Quando eu cheguei lá, não tinha empresários, tinha apenas um *folder* de uma possível empresa interessada em instalar uma fábrica, algo ligado a fotovoltaica. Quando eu cheguei no escritório dele, ele estava sozinho, estava ele e o tio dele, se eu não me engano o tio dele é o S. Ele disse que o pessoal já tinha ido e que não teria como, que marcaria para outro dia.

Então ele marcou para outro dia, mas eu não pude ir porque eu tive um problema de saúde com a minha esposa e, se eu não estou enganado, era entre o feriado e o final de semana, aí eu não pude ir.

No dia 02, se não me engano, que era um dia depois do feriado de maio, eu não posso precisar, neste momento, de data porque eu não reli depoimento. Eu não sei a data certa. Na segunda oportunidade, era mais ou menos uma hora da tarde, talvez um pouco menos, eu estava levando o meu filho para a escola, como eu sempre faço, nesse momento o telefone tocou e era novamente o A. dizendo: 'Olha, os empresários estão aqui e eu preciso apresentá-los a você', e eu disse:

'Eu não posso ir aí agora, eu tenho uma reunião de secretários agora e eu não posso atrasar nessa reunião, além disso eu estou levando o meu filho na escola'. Ele deu uma insistida e eu disse: 'Eu vou passar rápido aí e você me apresenta, a gente conversa em uma outra oportunidade em relação a possível fábrica ou possíveis empresários que queiram investir na cidade'. Novamente ele tinha me chamado para encontrá-lo no escritório dele.

Quando eu cheguei lá havia algumas pessoas, ele me chamou para o escritório dele, onde estavam ele e algumas pessoas e começou a conversar comigo. Disse que o fato seria 'esse', 'esse' e 'esse', aí eu questionei o que seria. Ele disse: 'A gente tem uma situação de uma dívida', e começou a escrever em um papel essa questão, então chegou a um valor de R\$ 2.000.000,00.

Eu perguntei a todo momento quem era o credor e que dívida que era e, como essa resposta não foi me dada, ele começou a falar: 'Sabe como é que é, questão de campanha', e eu disse que desconhecia e que queria saber quem era o credor. Porém, em nenhum momento disseram quem era o credor e foi na hora que eu bati na mesa com as duas mãos e disse que desconhecia e que estaria indo embora, quando eu ameacei sair, eles não me deixaram sair, aí apareceu mais uma pessoa, armada, junto com os outros dois que já estavam na sala com o A., e aí encostaram a porta de vidro e essas pessoas não me deixaram sair, e a todo momento falando da tal dívida.

Era o A. na sala e mais dois, depois chegou um terceiro que estava armado, e tinha mais dois que estavam no recinto, mas do lado de fora da sala, sentados em um cantinho. Esse cidadão armado, ele foi muito contundente, dizendo que eu não sairia enquanto não resolver, isso com a arma empunhada. Sempre dizendo: 'Não vai sair enquanto resolver, precisamos resolver a situação da dívida', e a todo momento eu perguntando que dívida e quem é o credor. Essa conversa durou uma meia hora, talvez um pouco mais ou um pouco menos.

Eu disse que desconhecia e que tem que me apresentar o credor. Que estavam mexendo com gente perigosa, chegou a falar de bicheiro, de empresário poderoso, e eu disse novamente: 'Eu desconheço e não tem como, eu preciso

saber quem é o credor'. Quem estava na sala primeiro era o M., eu achava até que era M., no primeiro depoimento com o promotor, e o R. Esse terceiro seria o H., que tinha pinta de policial, não sei se era, mas tinha pinta.

Esse já estava com a arma em punho. Eles falavam que tinha jeito e que tem que ter jeito, o que a gente podia fazer, e eu falei: 'Como vai pagar isso se eu nem sei se tem essa dívida, que dívida que é, quem é o credor', aí falaram de uma suposta licitação. Eles chegaram a comentar uma licitação que eu não me lembro de que agora e falavam: 'Ah, cancela' que a gente vai dar um jeito de 'cancelar', mas nesse momento eu não consigo me lembrar. Eu disse que não teria como e que eu não faria isso, aí os ânimos se exaltaram e começaram a falar de forma mais áspera comigo.

Eles disseram que eram gente perigosa, que tinha bicheiro no meio e que era melhor eu assumir a questão da dívida e resolvê-la, e a todo momento eu perguntando quem era o credor.

O H. chegou a apontar a arma para mim e me ameaçando. Ele falou que tinha que arrumar um jeito de arrumar R\$ 2.000.000,00 e eu perguntei: 'Como que conseguiria arrumar esse dinheiro?'. Aí quando eu vi que a situação estava complicada e que eu não tinha como sair dali, porque ninguém me viu entrar - pelo menos eu tinha essa impressão - estava ali sozinho, pois sempre andei sozinho, então eu disse: 'Me dá uma semana', e depois de eu falar isso o próprio A. disse: 'Em uma semana você não vai levantar R\$ 2.000.000,00, não tem como arrumar esse dinheiro em duas semanas', e eu disse que realmente não teria, mas eu queria dar um jeito de sair daquele local.

Então eu falei com eles o seguinte: 'Na se-

mana que vem vocês vem aqui e pegam 20% disso', acho que foi isso que eu falei ou R\$ 500.000,00. Aí eles falaram que falariam com o chefe e saíram para a sala, deram um telefonema e voltaram, e o sujeito estava armado disse para mim: 'Olha, vamos ter que confiar em você, mas se semana que vem isso não for resolvido nós vamos baixar aqui com a nossa tropa de choque', usou um palavreado desse tipo. Eu não tive outra opção e falei que poderiam vir buscar na outra semana. Aí me deixaram sair.

O H. me acompanhou até o portão, ele disse: 'Oh rapaz, estou vendo que você é gente boa, tem essa dívida mesmo, dá um jeito, se vira e paga, porque vai ser melhor para você, nós estamos confiando em você', então ele abriu o portão e eu saí.

Ainda estava tremendo um pouco, chegaram a falar inclusive sobre o meu carro, um Jeep, e eu disse que só tinha aquele carro, e falaram para eu deixar o carro como garantia, eu disse que não tinha condições de deixar o carro e que era pobre, e realmente sou mesmo.

Depois de tudo isso eu dei ré no carro e fotografei a placa do carro deles. Eu acho que o carro deles era um Toyota.

Eu saí dali e fui para a reunião de secretários, mas eu fui meio atordoado, porque estava com muito medo. Quando eu entrei na prefeitura eu encontrei com o secretário de ordem pública e ele percebeu - o nome dele é E. - que eu estava diferente, disse que contaria a ele depois e falei para irmos para a reunião. Depois que a reunião acabou, foi até uma reunião que fazemos semanalmente, eu chamei o E. e contei o que aconteceu. Depois chamei o procurador, que é o meu procurador, e disse o que havia acontecido - o nome do procurador é

C. Ainda falei com os meus dois secretários mais próximos, que é o R. e o V., e ficou todo mundo no meu gabinete. Aí o procurador me disse: 'Tem que procurar a polícia, tem que procurar o Ministério Público', e eu não sabia o que fazer.

Então eu fui pra casa, a gente voltou a conversar no dia seguinte e ele disse: 'Não tem jeito, tem que procurar o promotor para falar'. Eu fiquei com muito medo deles fazerem algo com a minha família, porque eles estavam dispostos, na sala foi um terror, parecia aquele filme de polícia bandido. A todo momento eles exigiram os R\$ 2.000.000,00.

Na minha cabeça foi um filme de terror e eu só pensava no meu filho naquele momento.

Em relação à questão do Ministério Público, porque eles me falaram para eu procurar o Ministério Público ou com a polícia, com isso eu liguei para um policial amigo meu e eu contei a história para ele, então ele disse que ligaria naquele momento para o promotor.

Ele ligou para o promotor, Dr. F., e eu fui lá. Então ele disse que não era a área dele e que ligaria para o Dr. A., aí ele ligou e a gente marcou. Eu contei tudo para o F. a mesma coisa que eu contei para a senhora aqui e fiz a mesma coisa com o Dr. A..

Ele me pediu a foto do carro e, através da foto, ele chegou no M.. Depois disso eu reconheci o M., e o promotor tomou o meu depoimento.

Eu saí da promotoria e estava indo embora, aí o telefone tocou — isso quando eu estava na Dutra indo embora para casa — e era o H., que seria o policial, ele fala na gravação o nome, a gravação que está nos autos e falou comigo: 'Olha, vamos ter que resolver, vamos chegar aí dia primeiro para resolver'. Aí eu desliguei o telefone e liguei para o promotor, disse que tinham acabado de me ligar me ameaçando

dizendo que eu teria que resolver a questão da dívida, aí o promotor me orientou dizendo que não daria tempo de pedir a quebra de sigilo e disse para eu instalar no meu telefone um aplicativo para gravar a conversa de quem me ligar.

E eu fiz isso, toda ligação que entrava começou a ser monitorada, e num dos dias — eu não lembro da data certa, porque eu não lembro — entrou a ligação desse senhor que seria o policial, e lá ele fala o nome. Foram mais ou menos 22 minutos de gravação, e lá ele fala exatamente o que eu estou contando aqui, sobre a dívida que tem que pagar, dizendo 'que nós vamos aí, que vamos subir, que vamos fazer acontecer e que você tem que resolver, você que prometeu, falou que cumpriria', e eu de novo sempre perguntando quem era o credor e que dívida era essa.

Então eu peguei essa gravação e entreguei para ele, e o trabalho foi com ele lá. Com isso, ele conseguiu identificar as pessoas.

Do R., o que aconteceu, foi a questão do helicóptero, porque quando o helicóptero pousou aqui no dia, de longe eu já conhecia, e, na mesma hora, eu liguei para o promotor e disse que tinha chegado um helicóptero e o rapaz estava no helicóptero. Quando o helicóptero desceu, eu estava no meu gabinete, eu olhei pela janela e vi de longe o R. descendo do helicóptero, e o promotor já tinha me dito para tomar cuidado.

Fui avisar o comandante da polícia militar, avisei o delegado da polícia civil e disse que estava sendo ameaçado.

Quando eu reconheci o H. eu liguei para o promotor, e na mesma hora chegou um monte de policiais, e todo mundo foi levado para a delegacia.

O R. ficou lá no pátio tentando conversar comi-

go, dizendo que tinha marcado uma audiência comigo e que queria conversar, eu falei que não tinha nada para conversar. Então o promotor orientou os policiais de plantão para levá-los para à delegacia. Lá foi feito o registro de ocorrência.

Nesse dia do helicóptero, ele não chegou a falar comigo, porque naquele momento já tinha um amigo meu lá, que era policial, e eu liguei para o promotor e ele já acionou a polícia, logo depois chegaram vários policiais. Consequentemente, acabaram levando todo mundo para a delegacia, que era o R., acho que tinha um policial que era o piloto e acho que tinha mais um com ele e levaram acho que dois seguranças, para prestar depoimento. Eu só me lembro que eles me falavam o seguinte: 'Tem jogo do bicho envolvido, nós somos de Duque de Caxias, da baixada fluminense, é dívida de campanha', eu disse que desconhecia porque tudo que eu sei de campanha está lá registrado e não tenho participação nisso, e acho pouco provável que o prefeito que concorreu comigo tenha algum tipo de participação nisso, mas chegaram a tocar nesse assunto.

Falaram que ajudaram em 2006/2008, só 2004 que eles não ajudaram, e eu disse que desconhecia. Quando eu estava lá no escritório, os outros dois indivíduos que estavam do lado de fora também estavam armados, foram os que eu não consegui reconhecer. Já tinha uma licitação marcada, eles queriam que eu cancelasse a licitação, provavelmente para fraudá-la. Eles falaram para eu entregar o meu carro como garantia, mas eu consegui convencê-los de que eu só tinha aquele carro, eu até tinha outro, porém falei que não poderia fazer aquilo.

Na vez da ligação que eu recebi, que estava retomando para casa, aconteceu por volta das 8h da noite e já tinha feito o depoimento, foi

uma ligação curta. Era a mesma voz da ligação de 22 minutos. Era o rapaz, ele falou comigo. Eu recebi uma ligação depois que eu saí do MP e depois recebi outra ligação depois de ter baixado o aplicativo para gravar as ligações no meu celular. Nessa segunda ligação, aconteceu dias depois, dessa vez essa pessoa exigiu que eu pagasse os R\$ 2.000.000,00. A pessoa me ameaçou, disse que resolveriam e que viria todo mundo, dizendo que o chefe estava cobrando. Me ameaçando a todo momento para que fosse paga a tal dívida. Eu não me lembro as palavras exatas que foram usadas, porque eu não me lembro, depois disso eu não procurei os autos para saber e não tenho nem cópia dos autos, não tenho o que esconder, o que eu estou falando aqui é o que eu falei lá.

Palavra por palavra eu não vou conseguir descrever, mas a todo instante eles me cobravam a tal dívida e, do outro lado, eu sempre questionando sobre essa dívida que eu desconheço.

O H. se não me engano, eu o reconheci por fotografia, que o promotor havia me mostrado. O promotor foi buscando por sócios de empresas e parece que o M. tem alguns sócios, e foi chegando através disso. Eu não sei como o promotor chegou nele, eu sei que ele me mostrou a foto e eu indiquei quem era. Eu não sei qual foi o mecanismo que foi usado, ele me mostrou no computador. Eu acho que não era esse o nome que ele usava na gravação não, eu não me lembro direito, mas acho que falava um outro nome. Depois disso não fizeram mais contato, acho que o Ministério Público começou a monitorar, não diretamente comigo. Eu acho que relevante é a questão do nome, porque quando me ligaram, eu tenho quase certeza, porque, como eu disse, não tenho cópia do processo, não procurei, o depoimento que eu dou é o que está na minha memória, mas na gravação de 22 minutos ele fala um

outro nome. É o **B.**, na primeira ligação ele já tinha anunciado que era o **B.** e na segunda também, tinha ligado de um número restrito. A princípio, esse **B.** seria o **H.**

Agora eu me lembro perfeitamente. Eu entendo que é o **H.** porque ele fala na gravação que era o rapaz que tinha me levado ao portão e quem me levou ao portão foi o **H.** Em relação à ameaça, depois do helicóptero, não aconteceu mais, ninguém me ligou, é a única coisa que tenho.

Eu fiquei com muito medo, porque parecia filme de polícia e bandido, em uma sala onde alguém está sendo torturado, a não ser psicologicamente, dizendo que fariam e me ameaçaram de morte a todo momento, falando que não sairia dali enquanto não resolvesse.

Eu só saí de lá porque eu disse que semana que vem eles poderiam vir buscar os 20%, porque eu não tinha direito de sair. Não tinha ninguém na rua, é um lugar muito difícil, as casas são muito distantes umas das outras e ninguém me viu entrando.

Eu mudei a minha rotina, pedi escolta policial, e o governo não me deu escolta. Mas a gente tem amigos, eu tenho um policial que é amigo meu, que anda comigo nos momentos de folga. Eu mudei a minha rotina de ir pra casa, coloquei instrumentos de segurança na minha casa, como câmeras, comprei um carro blindado para eu usar. Eu acho que o Estado poderia ter feito mais, porque eu pedi escolta porque eu estava e estou, não sei como está a situação, ninguém entrou mais em contato comigo, mas eu estava ameaçado de morte naquele momento, e aí eu não tive alternativa, a não ser me prevenir. Como a prefeitura não pode comprar ou alugar carro, eu me dispus do meu e comprei para poder me proteger um pouco mais. E fiquei preocupado também por

causa da minha família.

Assim que eu cheguei em casa chorando a minha esposa percebeu e, então, contei o que tinha acontecido. A gente é pobre, estamos acostumados a andar sozinhos, a gente só vê isso em televisão, nós nunca imaginamos que isso vai acontecer isso com alguém e se contasse algo assim para mim é capaz de eu não acreditar, porque é como se fosse em um filme.

A distância do escritório até o portão de saída da rua deve dar uns 15/20 metros. Lá é tipo um 'L'. Ao pegar uma folha de papel, a vítima expôs: 'Aqui é o escritório, onde eu estava, aqui é o portão, aqui tem um sofá, as pessoas estavam aqui, e o 'J.', que é tio do **A.**, estava mais ou menos aqui, e as outras duas pessoas estavam sentadas no sofá, também armadas, e eu aqui com o **A.**, eu sentado na frente dele, aqui o **M.** e aqui o **R.**, o **M.** estava mais alterado e o **R.** muito calmo. Quando eu bati na mesa e disse que desconhecia a dívida e que queria saber quem era o credor, chegou o policial – seria policial, pelo menos falaram isso – com a arma na mão, e fechou essa portinha aqui, então com a vinda desse terceiro elemento, ficaram dois aqui mais o 'J.' aqui, e aqui o portão de entrada e saída.

Eu caminhei por aqui junto com o que me levou no portão, por aqui. Esses outros dois que estavam fora se aproximaram e ficaram aqui, não entraram mais na sala'.

Eu não tive mais contato com eles depois de entrar na sala, eles não chegaram a falar nada comigo, era como se estivessem dando cobertura para o que estava armado aqui.

A todo momento havia troca de olhares entre eles. O terceiro que entrou exibiu a arma, os outros dois de fora eu percebi que estavam armados, dava pra ver o volume na cintura deles. Era difícil ser celular, porque estavam

com o celular na mão usando. Eu não sei se poderia ter sido outro celular. Eu confirmo que o indivíduo que entrou armado tem aproximadamente 40 anos. O indivíduo de f. 158 lembra o sujeito armado, 'mas não posso afirmar.

Durante uma das gravações, que não foi gravada, o indivíduo só se denominava como 'B.'. Não ocorreu nenhum contato com o réu depois. A cidade é pequena, então está no campo da fofoca, a gente soube de um helicóptero pousando de novo no campo de futebol, Porto Real Country Club, mas eu não posso afirmar que era. Porque o que se fala é no campo da fofoca, então eu não tenho como provar isso. O que se fala na cidade: 'Os caras desceram de novo', mas eu não vi, eu não posso afirmar. Os meus secretários não tiveram contato com o réu.

Eu conheço o A. desde 2000, há muito tempo. Ele é morador da cidade, todo mundo conhecia ele e conhece ele. O A. sempre foi um cara problemático. Da vida pessoal da pessoa eu prefiro não falar, apenas o que estão nos autos. Eu prefiro falar o que estão nos autos.

Fala-se muito, agora como que se pode afirmar que o cidadão tem uma conduta que não é favorável à sociedade, como eu vou acusar o rapaz. Eu tenho que acusar ele no que ele fez comigo, de me ter atraído para um cárcere privado. É sabido que o A. é um empreendedor no ramo de imóveis, ele tem alguns empreendimentos nesse ramo. Nesse período, se não me engano, eu mantive contato por telefone com o A. 3 vezes. A primeira onde ele me ligou -- sendo que fazia muito tempo que eu não via o A. -- dizendo que havia empresários que queriam fazer investimentos na cidade. Eu conheço o A. desde 2009.

Eu acho que aí foi o meu grande erro de querer acreditar no A. e acreditar que a cidade poderia

receber realmente algum empresário, alguém que pudesse investir na cidade. Eu acho que desde quando ele tocou nesse assunto ele poderia viabilizar a vinda de empresários para a cidade investir. O meu erro foi ir até ele, eu deveria ter marcado com ele lá na prefeitura. O A., a todo momento, anotava quando estava dentro do escritório. No primeiro momento ele estava muito tranquilo. Em um segundo momento, quando ele viu que o negócio pegou, ele deu uma respirada diferente, passou a mão na cara e se exaltou um pouco. Na hora que o rapaz, de fato, apontou a arma, o A. disse que estava desesperado. Eles falaram que o A. sabia da dívida. Eles cobraram o prefeito, mas apontavam o A., dizendo que ele sabia da dívida. Eles cobravam do prefeito dizendo: Tem que resolver, A. você sabe da dívida, você sabe que isso aconteceu', e o A. a todo momento escrevia no papel valores, mas pode ser que tenham cobrado dele.

Teve um momento lá que os ânimos ficaram muito exaltados mesmo. Em um determinado momento foi como se ele estivesse com medo, se assustou. Ele não estava aparentando estar com muita disposição.

No dia do helicóptero eu não vi o A. Depois desse episódio eu não tive nenhum contato e não recebi nenhuma ligação.

Eu não tive nenhum contato com os tripulantes que estavam no helicóptero, apenas os avistei de longe.

O empresário R. afirmou que queria falar com o prefeito na frente das autoridades policiais.

Eu confirmo que o A. sempre atuou em novos investimentos para a cidade Porto Real, ele tem investimentos imobiliários.

Nós temos uma política, até estadual, mas nós temos uma política nossa, de terrenos, que é o centro empresarial. Esse centro empresarial

tem terras de 1500 metros, 3000 metros, 5000 metros, e eles são concedidos a investidores que queiram investir no município. Isso atrai muitos investidores que queiram investir no município e que venham tentar a marcar uma reunião comigo ou vir até mim.

Porém, vale lembrar o seguinte, nesse período de 3 anos/2 anos e meios que eu estou no governo, poucos foram os empresários que procuravam o prefeito, diretamente, com relação à concessão de terreno. Mas mesmo assim tem uma demanda de grandes investidores que procuram estar em contato com o prefeito ou com alguém que tenha contato direto com o prefeito para viabilizar essa concessão.

Foi o **A.** que me convidou a ir no escritório. Foi o **A.** que iniciou o diálogo comigo dentro do escritório. O telefone não foi entregue junto do *Pen Drive* ao Ministério Público para ser feita alguma perícia. Se eu não me engano, acho que ele copiou do meu próprio celular. Foi o *Pen Drive* mesmo que eu levei. Eu acho que eu mostrei o celular para ele e ele copiou. Eu não tive contato com nenhum réu em nenhum momento, e nem ouvi falar. Eu acredito que não tive contato, nem com o **A.** que mora na cidade. Não me reportaram nenhum contato. Apenas depois de todos esses episódios eu conversei com o irmão dele, mas a gente conversou sobre tudo e inclusive sobre isso, assuntos políticos também.

Eu não tenho nenhum litígio com a família do **A.** Eu vou responder de forma muito embasada essa informação sua, hoje nós temos um entrave político. O pai do **A.** e do Deputado, me convidou para ser o vice-prefeito. Então desde que a gente assumiu, 7 meses depois dele ficar, em junho ou julho, nós tivemos um relacionamento muito parceiro, politicamente falando, só que na campanha a família ficou chateada por achar que eu não estava apoian-

do como deveria apoiar, o que eu discordo, porque todas as pessoas ligadas a mim eu pedi para apoiar.

No dia da eleição, quando ele foi eleito deputado, ele subiu em um carro e aí várias críticas ao governo, e essas críticas — por mais que eu não estivesse lá — chegaram até mim, e a partir daquele momento nós passamos a ter menos contato. Então houve um distanciamento, porque eu também não o procurei, a família ficou realmente insatisfeito porque eu não apoiei como deveria ter apoiado. Pode ser esse o problema entre o governo atual e a família dele, mas é não há inimizade, existe um atrito político.

Dentro do que relatei ao senhor agora, no depoimento, há um entrave sim, por conta disso, de campanhas que acharam que eu deveria ter apoiado mais. Na época, quando eu fui ao Ministério Público, o promotor me mostrou duas fotos do suposto **H.** e eu tive uma certa dúvida sim, só em relação ao **H.** Se eu o ver eu teria condições de reconhecê-lo, pessoalmente. Parece muito com ele, ele me mostrou uma foto. Ele me mostrou essa foto aqui. É muito parecido, mas não tem como reconhecer, parece muito. Naquela época, tanto o **M.** quanto o **R.**, ficaram muito próximos de mim, o **H.** chegou depois e também chegou a ficar próximo, e me levou no portão. Então naquele momento, quando eu fui na promotoria, eu não tive dúvida. Agora já se passaram 8 meses e eu realmente tenho dúvidas, mas se eu o ver eu vou saber se é ou não. Eu confirmo aquelas características que eu narrei no Ministério Público. Enquanto eu aguardava no corredor eu vi só o **A.** ali. Eu reconheci o **A.**, era ele que estava no corredor. O **M.** foi o mais agressivo nas palavras, estava a todo estante nervoso e querendo receber, dizendo que tinha dívida tinha que resolver. A princípio,

eu pensei que ele estivesse armado, mas acho que naquele momento não. Ele me ameaçava com palavras. A partir do momento que o rapaz entrou armado, ele começou a dizer que eu não sairia enquanto resolvesse, inclusive foi ele que autorizou a fechar a porta para não me deixar sair. Isso aconteceu no escritório, eu só o vi lá. O **A.** foi quem me convidou para ir ao escritório. Eu nunca mais tive contato com ele. Ele demonstrou um certo nervosismo quando a arma foi exibida, dizendo que tinha filhos. A ameaça começou quando eu bati na mesa e disse que desconhecia a dívida e que queria saber quem era o credor.

Depois disso o **M.** deu sinal para o menino entrar, o que estava armado, aí ele entrou, e eu ameacei sair, e eles fecharam a porta e disseram que eu não iria sair. Eu bati na mesa e disse que desconhecia a dívida e levantei para ir embora, aí o **M.** deu o sinal para o suposto policial entrar, e mandou ele fechar a porta. Foi aí que o **M.** começou a ficar nervoso e se alterar.

Antes disso estava uma conversa normal, estava havendo apenas cobranças de dívidas e, quando eu disse que desconhecia a dívida, que os ânimos começaram a partir para a ameaça.

Eu posso até estar trocando palavras, mas foi isso que aconteceu. O momento certo que o **A.** disse que estava desesperado eu não sei, eu sei que quando eu bati na mesa e disse que desconhecia a dívida, que chamaram o rapaz para fechar o portão, pode ter sido nesse momento sim que ele se desesperou e disse que tinha um filho para criar.

O **A.** me chamou para apresentar um grupo de empresários que estariam interessados em investir na cidade. Nós conversamos sobre a negociação da cidade, aí entrou no assunto. No momento que eu bati na mesa eu não acreditei

que fosse acontecer isso, não tinha como acreditar. Nesse momento eu não estava intimidado.

Doutor, as palavras não podem ser as mesmas, porque eu não tenho nem cópia do processo, eu estou relatando o que aconteceu desde o primeiro telefone até o helicóptero.

O **H.** foi o que entrou armado e, com o revólver na mão, fechou a porta. Ele ficou, no primeiro momento, ouvindo a discussão, aí o **R.**, o **M.** e o **A.** falavam que existia a dívida e que estariam lá para resolver.

A intimidação do **H.** comigo foi a arma.

O **A.** ficou assustado, mas depois voltou ao normal, ele estava sempre muito tranquilo. Em um determinado momento, ele disse que tinha filho para criar e se desesperou, porém depois ficou tranquilo de novo.

No final, inclusive, ele disse: 'Deixa o rapaz embora'. Eu acho que o **A.** sabia que não eram investidores para a cidade, então, quando ele me convidou para ir até lá, sendo cobrança ou não, ele sabia o que era.

Agora, se a dívida era dele, se era de campanha, se teve teatro ou não, eu sei que eu fui atraído para um local onde eles me cobraram R\$ 2.000.000,00 que eu não devo, que a prefeitura não deve, que não sei se ele ou o pai dele devem.

A minha preocupação foi ir até o Ministério Público, convencido pelos meus assessores, de que eu fui atraído para uma situação de cobrança de dívida, se é cobrança de campanha eleitoral ou pessoal eu não sei. Mas ninguém atrai alguém para um determinado lugar sem saber o que vai acontecer. Ele estava muito tranquilo no começo, levou a mão na cabeça e disse que tinha filho para criar, mas depois, as cobranças dele com o **M.**, do **R.** e do menino que estava armado, foram normais, e

ele ouvindo. Era o local onde ele atende, onde ele fica. Eu convido para a minha casa quem eu conheço. Todos eles ficaram lá, eu saí, só tirei a foto do carro e fui embora.

O **M.** é moreno, pele morena, altura mediana, uns 1,60/1,70, ele é fortinho, mas não é gordo, tem cabelos escuro, mas não lembro se é enrolado ou liso. Eu não vi tatuagem, ele estava de camisa e calça jeans.

O **R.** estava a todo momento afirmando que existia a dívida e que tinha que resolver, em determinado momento dizia ser filho do dono da pessoa que era dona da dívida, mas em nenhum momento me falaram quem era o credor, apenas que era um grupo de pessoas e que era filho de um deles.

Isso no primeiro encontro, no segundo não tive contato com ele. O helicóptero eu só ouvi de longe, e não falei com ele. Ele esteve na prefeitura, ele participou do primeiro encontro e do segundo.

O **R.** também me cobrava, o **M.** era mais popular nas palavras, e ele mais comedido, falava melhor.

Quando o helicóptero pousou no pátio da prefeitura, ele desceu arrumando o paletó, e eu o vi de longe, em uma distância daqui para o outro lado da rua, e quando ele passou de baixo da janela do meu gabinete, aí que eu não tive dúvidas, pelo jeito, magro, um pouco alto, branco.

Eu não tive contato nenhum com ele, não me viu, não peguei na mão dele. Ele apenas ficou na antessala dizendo que tinha uma audiência com o prefeito. Essa audiência nunca existiu, não foi marcada.

Em nenhum momento eles falaram sobre investimentos para a cidade. O tal investimento sobre fotovoltaica nunca existiu. O **A.** me mostrou um *folder* que estava com um logo marca

da LG, da primeira vez que eu fui olhar, que já tinha ido embora no primeiro encontro, que não foi quando ocorreram as ameaças.

O segundo, que foi mais relevante, na hora do almoço, ele me ligou e disse que os empresários estavam lá. Nesse momento não tinha *folder* e nem nada, só começaram a conversar comigo, me apresentou e começamos a conversar, disseram que queriam investir na cidade, mas não me apresentaram nada. Aí falaram que havia uma dívida de 2011 e eu comecei a perguntar.

O **R.** era branco, magro, alto, uns 1,70/1,72, bem magro, tinha cabelo castanho e um pouco ondulado. Ele era bastante branco. Eu seria capaz de reconhecê-lo.

Em nenhum momento o **A.** 'endossou' as ameaças a mim, mas também não impediu de dizer que havia dívida.

Ao chegar na sala nós começamos a conversar sobre investimentos. O **R.** não precisava me coagir de forma direta, porque ele já estava com o cara armado. Eu não o vi armado. Ele não me ameaçou com arma, mas com palavras sim. Ele me ameaçou dizendo que existia a dívida e que iria ficar ruim. Ele falou em dívida e que tinha que resolver, e se' não resolvesse ninguém iria sair dali.

Do lado de fora não tinha ninguém, estavam essas pessoas que eu te falei, os dois no sofá, os três, esse **B.** veio, dentro da sala o **A.**, o **M.** e o **R.**

Aqui estava o '**J.**', que não tem nada a ver com esse quinteto, só que é primo ou sobrinho do **A.**, são as únicas pessoas que estavam nesse campo.

Ficaram pessoas fora da reunião, os que estavam no sofá junto com o tal do **B.**, e que depois vieram para guardar a porta.

A voz que falava comigo era do **B.**, que depois tem

que ver se a gente reconhece ou não, porque eu realmente fiquei em dúvida se é o **H.**, mas se eu o ver eu tenho certeza que reconheço ele, pessoalmente. É ele mesmo na foto de folhas 171."

Pelo depoimento prestado pela vítima, resta comprovada a participação dos réus na prática dos crimes de extorsão, senão vejamos:

A vítima atestou que o réu **A.** o convidou para ir até o seu escritório, sob o pretexto de haver empresários interessados em investir na cidade, que não houve qualquer proposta de investimento, mas sim, cobrança de suposta dívida, desconhecida pela vítima.

O depoimento também foi claro na participação dos 4 (quatro) réus na primeira extorsão, na presença das armas de fogo e das ameaças feitas, assim como em relação a ter sido impedido de se retirar do local.

E mais, foram apresentados detalhes da ligação telefônica recebida (2ª extorsão) e da chegada dos agentes de helicóptero na sede da prefeitura (3ª extorsão).

A vítima ainda narrou que fotografou os carros dos agentes, que ficou com muito medo do que lhe poderia acontecer, assim como a sua família, assim como os fatos relacionados à segunda e à terceira extorsão.

As consequências do crime também foram relatadas pela vítima, tendo ela que modificar seus hábitos, instalado câmeras de segurança e comprado carro blindado.

Desta forma, conclui-se que o depoimento foi coerente e harmônico com o relato anterior, feito em sede ministerial, apresentando, com riqueza de detalhes a conduta descrita na denúncia.

Corroborando o acervo probatório, deve ser mencionado ainda o depoimento da testemunha **N. M. S.**, pai do acusado **M.** (foragido), que de-

clarou em juízo ser proprietário do veículo Toyota Corolla, o qual estava em frente ao local do Crime (primeira extorsão), e que seu filho **M.** era quem utilizava o automóvel, *in verbis*:

"Eu conheço o **M.** e passei a conhecer o **A.** O **M.** é meu filho. Eu sou proprietário do veículo Toyota (Corolla). O meu filho utilizava esse veículo. Eu fiquei sabendo desse fato depois, eu não tinha conhecimento de nada. Que eu saiba, o meu filho nunca se envolveu com nada ilícito. É o meu filho nas folhas 171. Eu não conheço essa pessoa de folhas 158 e 159. Eu não conheço o réu que está na sala de audiência (**R. C. C.**). O outro réu, que está ao fundo (**A. A. S.**), conheci hoje, nunca tinha visto ele antes."

O policial **A. L. O.**, afirmou ser o piloto do helicóptero que pousou na Prefeitura de Porto Real com os réus **R.** e **H.**, e que:

"Eu sou policial piloto. Eu confirmo que no dia 02 de maio de 2019 eu vim conduzindo helicóptero até Porto Real. [...] Foram 3 pessoas que eu trouxe. Eu não me lembro o nome dessas pessoas. Eu tenho como reconhecer essas pessoas. Uma dessas pessoas está na sala, o de camisa branca (**R.**). As outras duas pessoas eu vi lá fora. Eu não sei o que essas pessoas vieram fazer aqui em Porto Real. Eu vim no helicóptero particular do amigo meu. Eu estava em período de folga. Praticamente, todo dia eu levo e trago pessoas. Essas pessoas me pagaram para eu trazê-las aqui. [...] O **R.** disse que tinha uma reunião com o prefeito e que demoraria por volta de 1 hora e meia, e depois retomaria para o Rio de Janeiro, e eu fiquei aguardando em uma cafeteria próxima. [...] O **R.** estava acompanhado de mais duas pessoas: um rapaz que estava lá fora, que eu soube que era da polícia militar, e de outro que eu não me lembro o nome. Eu não sei se o **R.** iria fazer a reunião com essas duas pessoas, o **R.** foi

o único que me deu satisfação. [...] O R. me falou que tinham rendido o prefeito e depois começou um boato que parece que vinham pessoas para ameaçar o prefeito. Eu soube das coisas por alto e até agora sei apenas por alto, porque eu só tomei conhecimento disso afora, que eu também estava arrolado. [...] Eu fui embora de helicóptero. Eles voltaram comigo. Eu não me lembro se eles disseram algo no caminho, só me pediram desculpas pelo acontecimento e nada mais. Eu busquei essas 3 pessoas que estavam juntas em Xerém. Eu os deixei em Xerém, acho que eu voltei para lá depois. [...] Foi o R. que pagou a corrida. Eu não me lembro da forma na qual foi feito o pagamento. Dá umas 1h de lá até aqui, um pouco menos, deve ter dado por volta de R\$ 3.600,00."

O policial militar Carlos E. A. T., narrou que também estava no helicóptero com os acusados R. e H., na condição de segurança:

"Eu estava presente no dia 2 de maio de 2019. Eu estava acompanhando o A. e o R. até Porto Real, a convite do A.. Eu era policial militar no 15º Batalhão, em Duque de Caxias.

Eu vim até Porto Real acompanhando o R. e o A. à convite do A., para uma reunião, porque eu ele tinha me perguntado se tinha a possibilidade de eu vir com ele em uma reunião acompanhando um empresário. A reunião era em Porto Real, na prefeitura, mas não sei com quem era. Eu não sabia o que seria tratado nessa reunião. Eu vim a convite do A., como segurança, eu era segurança do R. Eu não faço mais trabalho como segurança, mas na época trabalhava com *freelancer*, de vez em quando. Eu não tinha feito esse trabalho para o R. antes, o conheci naquele dia. Essa oportunidade de fazer a segurança do R. chegou até mim através do A., o qual eu já conhecia. Eu não perguntei porque o R. precisaria de segurança, eu fui convidado

peio A. para fazer a segurança de um empresário que conheci naquele dia, mas o porquê dessa segurança eu não sei. [...] Nós viemos de helicóptero e pousou perto da prefeitura. Nós saímos do helicóptero e fomos para a prefeitura. Chegando lá, nós entramos na prefeitura, sentamos na antessala, onde espera, e após alguns minutos nós fomos abordados pelos policiais e fomos para a prefeitura. [...] Ele não era policial".

Desta foram, conclui-se pela correta constatação da ocorrência dos crimes.

Neste particular, cabe ressaltar que nos crimes envolvendo patrimônio, tal como no crime de extorsão, a palavra da vítima possui relevância maior, notadamente quando corroborada pelas demais provas carreadas aos autos.

Acerca da matéria, destaca-se o julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXTORSÃO QUALIFICADA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INVERSÃO DO ÔNUS. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...] 3. Ressalta-se, ainda, que "Nos crimes patrimoniais como o descrito nestes autos, a palavra da vítima é de extrema relevância, sobretudo quando reforçada pelas demais provas dos autos" (AgRg no AREsp nº 1.078.628/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 20/04/2018).

[...] 5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp nº 1.681.146/PR, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 06/10/2020, DJe de 15/10/2020.)

Traçados estes balizamentos, passo ao exame dos recursos apresentados.

DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como consta do relatório apresentado, pretende o Ministério Público a reforma da sentença, ao fundamento de haver provas suficientes para a condenação dos apelados M. e R. em relação à segunda extorsão (dia 01/05/2019), que a sentença, neste ponto, carece de devida fundamentação e que a continuidade delitiva comprova a participação daqueles neste ato.

Além disso, o *parquet* busca a exasperação da pena do Apelado A., na segunda fase da dosimetria, pela aplicação da agravante prevista no art. 61, II, c, do CP, em razão de os crimes terem sido praticados mediante emboscada.

Em relação ao primeiro tópico, entendo que não assiste razão ao recurso.

Isto porque, muito embora se reconheça a continuidade delitiva, a participação dos réus M. e R. na segunda extorsão, realizada através de ligação telefônica, não restou devidamente comprovada.

Bem verdade que a narrativa sinaliza, sim, na possibilidade de que os réus tenham participado da empreitada como um todo.

Mas para que se ultrapasse da fronteira da possibilidade para a comprovação da conduta delituosa, necessário se faria algum ponto de suporte probatório, ou apoio, a maior, em relação à alegada conduta delitiva.

Entretanto, em relação à ligação realizada no dia 01/05/2019 entre as linhas de telefonia móvel nº 21-97984-4468 e nº 24-99841-2361, não se encontra suporte probatório mínimo apto a apontar a participação destes réus (M. e R.).

Rejeitado este tópico, se passa à análise do pedido de aplicação da agravante prevista

no art. 61, II, c, do CP, em razão de os crimes terem sido praticados mediante emboscada.

Assiste razão ao Ministério Público.

De acordo com a narrativa fática, devidamente comprovada, o réu A. teria atraído a vítima até o seu escritório, sob o pretexto de que haveria empresários interessados em investir no Município, o que não restou comprovado nos autos.

Desta forma, a vítima foi levada a crer que estava se dirigindo a uma reunião de negócios, quando na verdade se encaminhou para verdadeira emboscada, vindo então a ser alvo do crime de extorsão.

De acordo com o Código Penal, a pena será agravada quando o agente praticar o fato mediante traição, emboscada, dissimulação, ou outro recurso que dificulte ou impossibilite a defesa do ofendido.

O agente, nestes casos, age de modo a evitar a reação oportuna e eficaz da vítima, surpreendendo-a desprevenida ou enganada pela situação.

A traição pode ser física (ataque súbito e sorrateiro) ou moral (quebra de confiança entre o agente e a vítima), da qual aquele se aproveita para praticar o crime.

É o que se verifica no caso em exame, eis que a vítima, levando em conta a confiança com o réu A., se dirigiu ao encontro deste em situação que, sem a relação de confiança, dificilmente se colocaria.

Isso se extrai do depoimento da vítima em que afirma que:

“[...] Eu acho que aí foi o meu grande erro de querer acreditar no A. e acreditar que a cidade poderia receber realmente algum empresário, alguém que pudesse investir na cidade.

Eu acho que desde quando ele tocou nesse assunto ele poderia viabilizar a vinda de empresários para a cidade investir. O meu erro foi ir até ele, eu deveria ter marcado com ele lá na prefeitura. [...]"

Assim sendo, merece ser aplicada a agravante prevista no art. 61, II, c, do CP, em razão de o crime (1ª extorsão) ter sido praticado mediante emboscada, pelo que acolho parcialmente o recurso do Ministério Público, o que será redimensionado por ocasião da avaliação da dosimetria da pena.

RECURSO DO RÉU A.:

Alega haver nulidade por falta de fundamentação, afirmando que forneceu elementos acerca da circunstância de o recorrente ser igualmente vítima, não tendo o magistrado se pronunciado acerca de tal circunstância (f. 1579).

A alegação não merece prosperar, eis que, ao contrário da tese recursal, a sentença foi devidamente fundamentada, tendo o Juízo declarado as razões pelas quais formou seu convencimento.

Neste sentido, destaca-se o trecho abaixo:

"[...] A defesa do réu A. sustenta que ele também seria "vítima", porque, segundo a vítima A., A. se assustou quando houve ameaça com arma de fogo.

Todavia, o acusado A. também praticou a extorsão, pois atraiu a vítima ao local, mediante artifício enganoso, para que lhe fosse cobrada, por diversos indivíduos, uma suposta dívida de campanha no valor de R\$ 2.000.000,00.

A., ainda que num primeiro momento tenha se assustado com a empunhadura da arma "de fogo, logo em seguida, como narrado pela vítima, se tranquilizou e voltou a cobrar a dívida, junto com os demais réus, inclusive com o H. armado, e também, alguns dias

depois, o veículo de H. foi visto em frente à casa de A. (depoimento a f. 13/16), o qual ainda cedeu o telefone celular para que H., por meio de ligação telefônica realizada em 01/05/2019, efetivasse outra extorsão com diversas ameaças à vítima (f. 111/121), tudo a demonstrar que A. estava ciente, endossou e participou das extorsões.

Nesse sentido, o Portal da Segurança do Estado do Rio de Janeiro a f. 21/22 demonstra que o veículo Chevrolet Prisma, cor preta, placa KPH-9649, que estava em frente à residência do acusado A. no dia 29/04/2019 (cinco dias após a primeira extorsão ocorrida em 24/04/2019), consoante declarado pela vítima a f. 16, se encontra registrado em nome do acusado H. G. M. F., o qual foi reconhecido pela vítima a f. 16 como um dos autores da extorsão, por meio das fotografias de f. 21 e ampliada de f. 23, tendo a vítima declarado ainda que "o reconhece como o sujeito que lhe apontou a arma de fogo no escritório de A."

E os dados telefônicos (histórico de ligações) a f. 111/121 demonstram que o telefone celular do acusado A. A. S., linha nº 21-97984-4468, foi utilizado para extorquir a vítima, linha nº 24-99841-2361, no dia 01/05/2019, com ligação iniciada às 20:51:56, que teve duração de 1344 segundos, consoante apontam f. 116/117. [...]"

Pela leitura do trecho acima, observa-se que o Juízo de primeiro grau apresentou os motivos utilizados para a condenação, motivo pelo qual rejeita-se a alegação de falta de fundamentação.

Em relação à alegação de que a prova utilizada para a condenação é ilegal, visto que o *pen drive* não foi submetido à perícia, nos termos do art. 158, do CPP, não assiste razão à defesa.

Isto porque, por um lado, a gravação telefônica realizada pela vítima é reconhecida como

válida no processo penal, independentemente de autorização judicial, e, por outro, a referida prova foi confirmada em Juízo pelo depoimento da vítima, em sede de audiência, não existindo qualquer elemento objetivo capaz de infirmar a mesma.

Em suporte do afirmado, destacam-se os precedentes abaixo:

"[...] a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores é válida como prova no processo penal, independentemente de autorização judicial, assim como a gravação de conversa realizada por um dos interlocutores é considerada prova lícita, não se confundindo com interceptação telefônica [...]".

(*apud* AgRg no RHC nº 133.430/PE, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 23/02/2021, DJe de 26/02/2021).

Em relação à necessidade de a referida prova ser submetida à perícia, deve ser ressaltado que o Juiz é o destinatário das provas, nos termos do art. 155, do CPP, cabendo-lhe indeferir aquelas que entenda inúteis ou desnecessárias, na forma de precedentes do E. STJ:

[...] II. Nos termos do art. 251 do CPP, cabe ao magistrado zelar pela regularidade do processo penal, podendo indeferir a produção de provas que se revelem inúteis ao deslinde da causa, não constituindo referida decisão, de *per se*, ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

III. As conclusões do Tribunal *a quo*, no que se refere à prescindibilidade da produção tardia da prova pretendida pelos **recorrentes**, é medida que demandaria o revolvimento do conjunto probatório carreado aos autos, impossível em sede de recurso especial, à luz do verbete sumular nº 07/STJ.

[...] XV. Recursos especiais desprovidos. (REsp nº 1.183.134/SP, Relator Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador Convocado do TJ/RS), Relator para acórdão Ministro GILSON DIPP, Sexta Turma, julgado em 21/06/2012, DJe de 29/06/2012.)

Levando em consideração que a gravação telefônica capturada pelo telefone da vítima foi integralmente confirmada pelo seu depoimento em Juízo, tendo o interlocutor reafirmado toda a conversa gravada, resta dispensável a perícia requerida pela defesa, notadamente porque dita gravação telefônica não constituiu prova isolada ou única.

Absolutamente.

Foi a mesma utilizada como incremento em relação à prova oral, razão pela qual o pedido de nulidade não merece prosperar.

No que tange à ausência de provas, o recurso não merece acolhida, levando em consideração as razões expostas no corpo do presente voto, sendo certo que foram apresentadas provas suficientes de autoria e materialidade.

Em relação à tese de ter sido o réu vítima dos crimes praticados, a tese não merece prosperar.

Isto porque não há qualquer prova de que o réu **A** tenha sido extorquido pelos demais agentes, ao contrário, todas as provas se inclinam para a comunhão de desígnios entre os acusados.

Ademais, não há qualquer registro realizado pelo apelante em sede policial que se relacione à suposta extorsão sofrida em momento anterior à denúncia apresentada pelo Ministério Público.

E mesmo após o primeiro ato de extorsão, o réu permaneceu silente, não tendo se apresentado em sede policial como suposta vítima, o que somente ocorreu após ter sido denunciado pelo Ministério Público.

Apenas como reforço, destacam-se trechos do depoimento da testemunha em relação ao réu **A.**:

[...] "Eu sou o prefeito de Porto Real. Eu ratifico o depoimento que a gente fez diante do promotor.

[...] Recebi uma ligação do **A.**, e fazia muito tempo que a gente não falava com ele. Essa ligação dizia que um grupo de empresários estaria com interesse de investir em Porto Real, ao que tudo indicava, montar uma fábrica aqui. Aí que ele disse que iria me apresentar esse grupo de empresários. Isso aconteceu uma ou duas semanas antes do episódio.

Eu fui ao local, ele me chamou, para apresentá-los, ao escritório dele. Quando eu cheguei lá, não tinha empresários, tinha apenas um **folder** de uma possível empresa interessada em instalar uma fábrica, algo ligado a **fotovoltaica**. Quando eu cheguei no escritório dele, ele estava sozinho, estava ele e o tio dele, se eu não me engano o tio dele é o **S.** Ele disse que o pessoal já tinha ido e que não teria como, que marcaria para outro dia.

[...] Na segunda oportunidade, era mais ou menos uma hora da tarde, talvez um pouco menos, eu estava levando o meu filho para a escola, como eu sempre faço, nesse momento o telefone tocou e era novamente o **A.** dizendo: 'Olha, os empresários estão aqui e eu preciso apresentá-los a você', e eu disse: 'Eu não posso ir aí agora, eu tenho uma reunião de secretários agora e eu não posso atrasar nessa reunião, além disso eu estou levando o meu filho na escola'. Ele deu uma insistida e eu disse: 'Eu vou passar rápido aí e você me apresenta, a gente conversa em uma outra oportunidade em relação a possível fábrica ou possíveis empresários

que queiram investir na cidade'. Novamente ele tinha me chamado para encontrá-lo no escritório dele.

Quando eu cheguei lá havia algumas pessoas, ele me chamou para o escritório dele, onde estavam ele e algumas pessoas e começou a conversar comigo. Disse que o fato seria 'esse', 'esse' e 'esse', aí eu questionei o que seria. Ele disse: 'A gente tem uma situação de uma dívida', e começou a escrever em um papel essa questão, então chegou a um valor de R\$ 2.000.000,00.

[...] Era o **A.** na sala e mais dois, depois chegou um terceiro que estava armado, e tinha mais dois que estavam no recinto, mas do lado de fora da sala, sentados em um cantinho. [...]

Nesse período, se não me engano, eu mantive contato por telefone com o **A.** 3 vezes. A primeira onde ele me ligou -- sendo que fazia muito tempo que eu não via o **A.** -- dizendo que havia empresários que queriam fazer investimentos na cidade. Eu conheço o **A.** desde 2009.

Eu acho que aí foi o meu grande erro de querer acreditar no **A.** e acreditar que a cidade poderia receber realmente algum empresário, alguém que pudesse investir na cidade. Eu acho que desde quando ele tocou nesse assunto ele poderia viabilizar a vinda de empresários para a cidade investir. O meu erro foi ir até ele, eu deveria ter marcado com ele lá na prefeitura. O **A.**, a todo momento, anotava quando estava dentro do escritório. No primeiro momento ele estava muito tranquilo. Em um segundo momento, quando ele viu que o negócio pegou, ele deu uma respirada diferente, passou a mão na cara e se exaltou um pouco. Na hora que o rapaz, de fato, apontou a arma, o **A.** disse

que estava desesperado. Eles falaram que o A. sabia da dívida. Eles cobraram o prefeito, mas apontavam o A., dizendo que ele sabia da dívida. Eles cobravam do prefeito dizendo: Tem que resolver, A. você sabe da dívida, você sabe que isso aconteceu', e o A. a todo momento escrevia no papel valores, mas pode ser que tenham cobrado dele.

[...] Foi o A. que me convidou a ir no escritório. Foi o A. que iniciou o diálogo comigo dentro do escritório.

[...] O A. foi quem me convidou para ir ao escritório. Eu nunca mais tive contato com ele. Ele demonstrou um certo nervosismo quando a arma foi exibida, dizendo que tinha filhos. A ameaça começou quando eu bati na mesa e disse que desconhecia a dívida e que queria saber quem era o credor.

[...] O A. ficou assustado, mas depois voltou ao normal, ele estava sempre muito tranquilo. Em um determinado momento, ele disse que tinha filho para criar e se desesperou, porém depois ficou tranquilo de novo.

No final, inclusive, ele disse: 'Deixa o rapaz embora'. Eu acho que o A. sabia que não eram investidores para a cidade, então, quando ele me convidou para ir até lá, sendo cobrança ou não, ele sabia o que era.

[...] Em nenhum momento eles falaram sobre investimentos para a cidade. O tal investimento sobre fotovoltaica nunca existiu. O A. me mostrou um *folder* que estava com uma logomarca da LG, da primeira vez que eu fui olhar, que já tinha ido embora no primeiro encontro, que não foi quando ocorreram as ameaças. [...]"

Dos trechos acima reproduzidos, observa-se que o réu A. ligou para a vítima dizendo que havia um grupo de empresários com interesse de investir na cidade.

Contudo, e como já visto, a afirmação não passava de arдил (emboscada), haja vista ausência de quaisquer empresários, senão dos criminosos, assim como não houve em nenhum momento qualquer diálogo acerca de algum investimento para a cidade, o que denota sua coautoria delituosa.

E mais, consoante o trecho acima destacado, o próprio réu A. deu início às conversas apresentando a suposta dívida, anotando valores em um papel, além de aparentar estar tranquilo – palavras da vítima – o que contraria a versão de que estaria sendo igualmente vítima de uma extorsão.

Passa-se agora à extorsão praticada através de ligação telefônica.

Insurge-se o Apelante sob o argumento de que o telefone utilizado para realizar contato com a vítima possui código DDD diverso do seu, o que também não merece acolhida, pois que, segundo as provas produzidas, o número telefônico utilizado para realizar a ligação contendo dita segunda extorsão está cadastrado em nome do apelante A.

Neste ponto, merece destaque o que consta de pdf 135:

DADOS CADASTRAIS	
NÚMERO DA LINHA:	5521979844468
TIPO DA LINHA:	PRÉ-PAGO
STATUS ATUAL:	ATIVO
DATA STATUS:	30/05/2019 01:14:24
DATA INÍCIO VÍNCULO:	29/04/2019 22:01:14
DATA CADASTRO:	29/04/2019 22:01:14
DATA FIM VÍNCULO:	.
NOME:	A. A.S.

A questão envolvendo a forma de cadastro da linha “pré-paga”, sua data e aparente erro ortográfico, não permitem, por si sós, invalidar a prova, eis que caberia à defesa comprovar que o telefone não era de titularidade do réu.

Como se sabe, a prova da alegação incumbirá a que a fizer, nos termos do art. 156, do CPP, sendo certo que, em desfavor da tese recursal, se tem que a prova fornecida pela operadora de telefonia atesta que a linha utilizada para a

realização do segundo ato de extorsão estava cadastrada em nome do réu A., pelo que caberia a este desconstituir a mesma, o que não se verificou.

Dito isso, se examina a alegação de ocorrência de crime único.

Como se sabe, extorsão é crime formal, ou seja, que se aperfeiçoa quando o agente emprega os meios aptos a constranger a vítima a lhe proporcionar a indevida vantagem econômica, sendo a obtenção da vantagem indevida mero exaurimento do mesmo. A ofensa ao bem jurídico ocorre, no crime de extorsão, pelo perigo, consoante o verbete sumular nº 96, do E. STJ:

“O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida”.

Desta forma, existindo pluralidade de ações (notadamente diante de sua prática em 3 momentos distintos), em que as ações foram praticadas nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução e ainda havendo comunhão de desígnios, correta a sentença ao entender pela caracterização da continuidade delitiva.

Neste sentido, destaca-se a Jurisprudência do e. STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMAS DIVERSAS. AFASTAMENTO DO CONCURSO MATERIAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para a caracterização da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), é necessário o preenchimento cumulativo dos requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e de ordem subjetiva, assim

entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos.

2. O fato de os crimes haverem sido praticados contra vítimas diversas não impede o reconhecimento do crime continuado, notadamente se os atos houverem sido cometidos no mesmo contexto fático.

[...] 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp nº 1.891.955/PI, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 29/03/2022, DJe de 01/04/2022.).

Verifica-se, portanto, que, no presente caso, considerando todo conjunto probatório reunido, conclui-se que as práticas criminosas expostas na denúncia restaram sobejamente comprovadas, não havendo se falar na prática de crime único de extorsão (especialmente em razão das reiteradas condutas, em tempo e locais distintos) e tampouco de ausência de constrangimento na terceira extorsão.

Também não prospera a pretensão de desclassificação para o crime de exercício arbitrário das próprias razões, haja vista a que, para esta modalidade de crime, deve haver uma pretensão legítima, consoante estabelece o art. 345, do Código Penal:

“Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”.

Como o réu não comprovou a existência de qualquer dívida legítima, e a prova dos autos é que tratar-se-ia de cobrança de suposta dívida de anterior financiamento de campanha eleitoral – dívida esta não reconhecida pela vítima, bom que se repita – se tem aqui o afastamento da tentativa de desclassificação do crime de extorsão para eventual exercício arbitrário das próprias razões.

Por esta razão, resta configurada a continuidade delitiva, nos termos do art. 71, do CP, sendo de se acrescentar que os demais temas da apelação do réu **A.**, se inserem na dosimetria da pena e juntamente com esta será avaliada.

Em conclusão, sou pelo desprovimento da apelação de **A.**

RECURSO DO RÉU H.:

O réu **H.** apresentou preliminar de cerceamento de defesa, pelo indeferimento do pedido de realização de prova pericial de confronto de voz, afirmando não haver provas de que teria realizado a ligação para a vítima **A.**

Ademais, pretende ausência de disponibilização, até a audiência de instrução e julgamento, da interceptação telefônica.

Rejeita-se esta preliminar.

E assim se faz – em relação ao indeferimento do pedido de prova pericial de confronto de voz – vez que a defesa do acusado **H.**, apresentou a matéria em sede de alegações finais (PDF 1191 – f. 1.024/1.049, petição datada de 06/10/2020), quando então veio a ser requerida a confrontação de voz.

No entanto, pecou a tese defensiva por se olvidar que a questão foi anteriormente apreciada pela decisão de f. 981, sendo o pleito indeferido nos autos de setembro de 2020, com menção expressa à preclusão.

Destaca-se o teor do *decisum*:

“[...] Da mesma forma, em nenhum momento a Defesa se insurgiu contra a realização da audiência de instrução e julgamento, e durante a realização do ato, limitou-se a reiterar o pedido de revogação de prisão preventiva, não sendo feita qualquer alegação de cerceamento de defesa ou qualquer requerimento de produção de qualquer tipo de prova. [...]”

Decorre daí que não havendo manifestação da defesa em tempo oportuno, não se acolhe a alegação de cerceamento de defesa, tendo restado precluso o direito de requerer a produção de provas.

Neste sentido, destaca-se a Jurisprudência do E. STJ:

PROCESSUAL CIVIL - PROVA - MOMENTO DE PRODUÇÃO - AUTOR - PETIÇÃO INICIAL E ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS - PRECLUSÃO.

- O requerimento de provas divide-se em duas fases: na primeira, vale o protesto genérico para futura especificação probatória (CPC, Art. 282, VI); na segunda, após a eventual contestação, o Juiz chama à especificação das provas, que será guiada pelos pontos controvertidos na defesa (CPC, Art. 324).

- O silêncio da parte, em responder ao despacho de especificação de provas faz precluir do direito à produção probatória, implicando desistência do pedido genérico formulado na inicial.

(REsp nº 329.034/MG, Relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Terceira Turma, julgado em 14/02/2006, DJ de 20/03/2006, p. 263.)

Deve ser acrescentado que, consoante os termos da ata de audiência (PDF 887, realizada em 13/01/2020) a defesa do réu **H.** não formulou qualquer alegação de cerceamento de defesa e tampouco requereu a produção de alguma prova.

Além disso, o réu se encontra foragido, o que inviabiliza a realização da perícia de confrontação de vozes, tornando o pedido manifestamente protelatório.

Como lançado na sentença, a única forma de a perícia produzir frutos legítimos seria a apresentação do réu para fornecer o seu padrão de

voz, contudo, estando aquele foragido, inviável a realização da prova requerida.

Além disso, o E. STJ entende ser desnecessária a realização de perícia para identificação das vozes quando for possível sua comprovação por outros meios de provas, consoante precedente que se transcreve:

Neste sentido:

"[...] o *decisum* vai ao encontro de entendimento pacífico deste Superior Tribunal de ser dispensável a realização de perícia para identificação das vozes captadas por meio de interceptações telefônicas, em razão da falta de previsão expressa na Lei nº 9.296/1996, bem como da possibilidade de comprovação da autenticidade da voz por outros meios de provas [...]" (*apud*, AgRg no HC nº 727.071/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 05/04/2022, DJe de 08/04/2022.

Desta forma, rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa, pelo indeferimento do pedido de realização de prova pericial de confronto de voz.

Quanto à ausência de disponibilização, até a audiência de instrução e julgamento, da interceptação telefônica, melhor sorte não assiste à defesa.

Isto porque as mídias relativas aos áudios capturados por meio de regular interceptação telefônica encontram-se anexadas ao processo desde o oferecimento da denúncia, nos moldes do anexo I, além de constar transcrição das conversas no bojo da denúncia e nos aludidos anexos, não havendo que se falar em prejuízo à defesa nesse sentido.

E não apenas isso.

Como mencionado pela d. Promotoria de Justiça, em momento oportuno, a defesa técnica do apelante **M.**, no dia 23/09/2019, ou seja, antes mesmo da apresentação de resposta à

acusação, solicitou ao Juízo a disponibilização da senha de acesso.

Por outro lado, o apelante Hallyson, que- dou-se inerte acerca do acesso às mídias, e du- rante a realização da audiência de instrução e julgamento, requereu apenas a revogação de sua prisão preventiva.

Assim, rejeita-se a alegação de nulidade decorrente da suposta falta de disponibilização, até a audiência de instrução e julgamento, da interceptação telefônica.

Ultrapassadas as preliminares do apelo, pas- so à tese de configuração de crime único, matéria que já foi esmiuçada quando da apreciação do recurso do réu **A.**

Por esta razão, reporto-me às razões apre- sentadas anteriormente, reiterando-as de forma sintética.

A tese não merece prosperar, eis que não se pode olvidar que o crime de extorsão é moda- lidade de crime formal, ou seja, que se aperfei- çoa quando o agente emprega os meios aptos a constranger a vítima a lhe proporcionar a indevi- da vantagem econômica, sendo a obtenção da vantagem indevida mero exaurimento do crime.

Assim sendo, a ofensa ao bem jurídico ocorre, no crime de extorsão, pelo perigo, nos termos do verbete sumular nº 96, do E. STJ, sendo que, existindo pluralidade de ações, praticadas nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução e comunhão de desígnios, correta a sentença ao entender pela caracterização da continuidade delitiva.

Verifica-se, portanto, que, no presente caso, considerando todo conjunto probatório reunido, conclui-se que as práticas criminosas expostas na denúncia restaram sobejamente comprovadas, não havendo que se falar na prática de crime único de extorsão.

No que tange à alegação de ausência de provas, a matéria também foi alvo de apreciação anterior, sendo demonstrado nos autos a presença de elementos probatórios suficientes para sustentar a sentença condenatória, repetindo-se aqui o anteriormente exposto para que não se alegue falta de fundamentação do julgamento em relação a este réu, como segue:

A materialidade dos crimes de extorsão (dois consumados e um tentado), bem como suas autorias nas pessoas dos acusados restaram devidamente demonstradas por meio das provas carreadas aos autos, dentre elas:

1) As declarações da vítima; 2) Fotos do veículo Toyota Corolla, placa LRV-9238, a f. 17/20, que foram tiradas pela vítima, utilizado pelos criminosos; 3) Portal da Segurança do Estado do Rio de Janeiro a f. 21/22, que demonstra que o veículo Chevrolet Prisma, cor preta, placa KPH-9649, que estava em frente à residência do acusado A. no dia 29/04/2019, consoante declarado pela vítima a f. 16, se encontra registrado em nome do acusado H. G. M. F.; 4) Dados telefônicos (histórico de ligações) a f. 111/121 que demonstram que o telefone celular do acusado A. A. S., linha nº 21-97984-4468, foi utilizado para extorquir a vítima, linha nº 24-99841-2361, no dia 01/05/2019; 5) Relatório da operação Flash a f. 127/133.

Por estas razões, rejeita-se a tese de inexistência de provas.

A alegação de ocorrência de tentativa também não merece prosperar.

Isto porque o crime de extorsão é modalidade de crime formal, ou seja, que se aperfeiçoa quando o agente emprega os meios aptos a constranger a vítima a lhe proporcionar a indevida vantagem econômica, sendo a obtenção da vantagem indevida mero exaurimento do crime.

Assim sendo, a ofensa ao bem jurídico ocorre, no crime de extorsão, pelo perigo, sendo dispensá-

vel a obtenção da vantagem indevida, consoante o verbete sumular nº 96, do E. STJ:

“O crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida”.

No mesmo sentido, destacam-se outros julgados da corte Superior:

[...] 2. O crime de extorsão se configura quando o agente constrange a vítima, por meio de violência ou grave ameaça, com o intuito de obter vantagem indevida, sendo o recebimento dessa pretensão mero exaurimento do delito (Súmula nº 96/STJ).

3. O Tribunal de origem concluiu pela tipificação da conduta no § 2º do art. 158 do Código Penal, pois as provas existentes nos autos são idôneas a lastrear a autoria e materialidade dos delitos imputados ao Acusado. A inversão do julgado encontra óbice na Súmula nº 7/STJ. [...]

(AgRg no REsp nº 1.907.765/AC, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 25/11/2021.)

e

[...] 1. A consumação do delito de extorsão ocorre quando há o efetivo constrangimento, independente da obtenção da vantagem. Isso porque o crime de extorsão é formal, consumando-se no momento em que o agente, mediante violência ou grave ameaça, constrange a vítima com o intuito de obter vantagem econômica indevida. O recebimento da vantagem, por sua vez, constitui mero exaurimento do crime. Precedentes.

2. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no AREsp nº 1.880.393/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 14/09/2021, DJe de 20/09/2021.)

Assim sendo, rejeita-se a tese de tentativa de extorsão.

No que tange à terceira extorsão, não se acolhe a tese de inexistência de quaisquer atos de execução.

Isto porque, de acordo com toda a narrativa fática, devidamente demonstrada nos autos, desde o primeiro ato de extorsão, os agentes já haviam informado que retornariam para o recebimento da vantagem ilícita, o que foi reforçado pelo segundo ato de extorsão, praticado por telefone.

Assim sendo, quando os agentes desembarcaram da aeronave no pátio da Prefeitura, a vítima já sabia da intenção dos réus, não havendo que se falar em ausência de atos de execução.

Decorre daí que o delito somente não se consumou por circunstâncias alheias às vontades dos apelantes, **H.** e **R.**, considerando terem sido impedidos pela efetiva ação policial no dia 02 de maio de 2019.

De se observar ainda que a própria vítima acionou o aparato policial, o que denota que ela temia pela conduta dos réus, razão pela qual solicitou a presença dos policiais.

Conforme consta da sentença impugnada:

“Os atos executórios se revelam na própria chegada cinematográfica dos acusados à Prefeitura, de helicóptero, com seguranças e de surpresa, o que significou, senão o próprio constrangimento da vítima, ao menos a tentativa de, mais uma vez, constrangê-la”.

Também merece relevo o fato de os agentes terem se dirigido até a Prefeitura, sem qualquer agendamento prévio, tampouco autorização para o pouso da aeronave.

Neste ponto, levando em conta que a vítima se sentiu coagida pela ação dos apelantes, **R.** e **H.**, entende-se inclusive que o crime se aproximou de sua consumação, sendo certo que os demais temas da apelação do réu **H.**, se inserem

na dosimetria da pena e juntamente com esta será avaliada.

Rejeitada a apelação do réu **H.** se passa ao ponto seguinte, qual seja,

DA APELAÇÃO DO RÉU **M.**

O réu sustenta, de início, a inépcia da inicial, ponto em que não assiste razão à defesa.

Isto porque, a petição inicial apresentou de forma clara e objetiva os fatos imputados aos acusados, ora apelantes, contendo os requisitos indispensáveis da denúncia.

Além disso, deve se destacar que, no momento do oferecimento da Denúncia se faz necessário tão somente que se demonstre a materialidade delitiva e indícios mínimos de autoria da infração penal.

E ainda que assim não o fosse, a alegação de inépcia restou superada pelo advento da sentença condenatória.

Neste sentido, destaca-se a Jurisprudência do E. STJ:

[...] 9. A superveniência da sentença torna superada a tese de inépcia da denúncia.

[...]11. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp nº 2.027.073/DF, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 14/06/2022, DJe de 21/06/2022.)

e

[...] 1. Não há que se falar em inépcia da denúncia, posto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a superveniência da sentença torna superada a tese de inépcia da denúncia (AgRg no AREsp nº 1.337.066/RS, Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe 29/10/2020).

[...] 5. Ordem concedida para absolver o paciente do crime previsto no art. 35 da Lei nº

11.343/2006, redimensionando a reprimenda pelo crime de tráfico de drogas para fixar a pena-base no mínimo legal e reconhecer a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no patamar máximo de 2/3, fixando a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto. (HC nº 721.648/TO, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/05/2022, DJe de 13/05/2022.).

Por estes fundamentos, rejeitada a arguição de inépcia da inicial, passo seguinte sustenta a defesa deste recorrente que a prova colhida em sede policial não pode autorizar uma sentença penal condenatória.

Rejeita-se referida tese, eis que e como dito linhas acima, o acervo probatório não foi constituído tão somente em sede policial, havendo prova oral colhida em sede judicial, tendo apenas sido reiteradas e confirmadas as provas indiciárias colhidas em sede policial.

No mesmo sentido, não merece ser acolhida a alegação de que o réu não praticou o crime de extorsão, eis que, como consta das provas reunidas nos autos, o mesmo participou efetivamente da empreitada criminosa, consoante consta do depoimento da vítima, em sede judicial, quando se tem que:

"[...] Quando eu cheguei lá havia algumas pessoas, ele me chamou para o escritório dele, onde estavam ele e algumas pessoas e começou a conversar comigo. Disse que o fato seria 'esse', 'esse' e 'esse', aí eu questionei o que seria. Ele disse: 'A gente tem uma situação de uma dívida', e começou a escrever em um papel essa questão, então chegou a um valor de R\$ 2.000.000,00.

Era o A. na sala e mais dois, depois chegou um terceiro que estava armado, [...]. Sempre dizendo: 'Não vai sair enquanto resolver, precisamos resolver a situação da dívida', e

a todo momento eu perguntando que dívida e quem é o credor. Essa conversa durou uma meia hora, talvez um pouco mais ou um pouco menos.

[...] Quem estava na sala primeiro era o M., eu achava até que era M., no primeiro depoimento com o promotor, e o R. Esse terceiro seria o H., que tinha pinta de policial, não sei se era, mas tinha pinta. [...]

A presença do réu no local do delito foi corroborada pela fotografia do veículo Toyota Corolla, placa LRV-9238, a f. 17/20, que foram tiradas pela vítima, utilizado pelos criminosos, veículo este que se encontrava registrado em nome de N. M. S., consoante f. 27/28, o qual figura como sócio da empresa T. P. S. Ltda ME, que também ostenta como sócio o acusado M. C. S.

Como se tudo isso não bastasse, a testemunha N. M. S., pai do acusado M. (foragido), declarou em Juízo que é proprietário do veículo Toyota Corolla, que estava em frente ao local do crime (primeira extorsão), e que seu filho M. era quem utilizava o automóvel, *in verbis*:

"Eu conheço o M. e passei a conhecer o A. O M. é meu filho. Eu sou proprietário do veículo: Toyota (Corolla). O meu filho utilizava esse veículo. [...] É o meu filho nas folhas 171. [...]"

A conduta do apelante também descrita pela testemunha, nos termos que seguem abaixo transcritos:

"[...] Depois de tudo isso eu dei ré no carro e fotografei a placa do carro deles. Eu acho que o carro deles era um Toyota.

Naquela época, tanto o M. quanto o R., ficaram muito próximos de mim, o H. chegou depois e também chegou a ficar próximo, e me levou no portão. Então naquele momento, quando eu fui na promotoria, eu não tive dúvida. [...]

O **M.** foi o mais agressivo nas palavras, estava a todo estante nervoso e querendo receber, dizendo que tinha dívida que resolver. A princípio, eu pensei que ele estivesse armado, mas acho que naquele momento não. Ele me ameaçava com palavras. A partir do momento que o rapaz entrou armado, ele começou a dizer que eu não sairia enquanto resolvesse, inclusive foi ele que autorizou a fechar a porta para não me deixar sair. Isso aconteceu no escritório, eu só o vi lá.

Depois disso o **M.** deu sinal para o menino entrar, o que estava armado, aí ele entrou, e eu ameaçei sair, e eles fecharam a porta e disseram que eu não iria sair. Eu bati na mesa e disse que desconhecia a dívida e levantei para ir embora, aí o **M.** deu o sinal para o suposto policial entrar, e mandou ele fechar a porta. Foi aí que o **M.** começou a ficar nervoso e se alterar [...]

Antes disso estava uma conversa normal, estava havendo apenas cobranças de dívidas e, quando eu disse que desconhecia a dívida, que os ânimos começaram a partir para a ameaça.

O **H.** foi o que entrou armado e, com o revólver na mão, fechou a porta. Ele ficou, no primeiro momento, ouvindo a discussão, aí o **R.**, o **M.** e o **A.** falavam que existia a dívida e que estariam lá para resolver. [...]

O **M.** é moreno, pele morena, altura mediana, uns 1,60/1,70, ele é fortinho, mas não é gordo, tem cabelos escuro, mas não lembro se é enrolado ou liso. Eu não vi tatuagem, ele estava de camisa e calça jeans. [...]

O **R.** também me cobrava, o **M.** era mais popular nas palavras, e ele mais comedido, falava melhor. [...]

Do lado de fora não tinha ninguém, estavam essas pessoas que eu te falei, os dois no sofá, os três, esse **B.** veio, dentro da sala o **A.**, o **M.** e o **R.** [...]"

Pela leitura dos trechos acima, não há dúvidas acerca da participação do apelante nas condutas extorsivas, tendo sido apontado pela vítima inclusive como sendo o mais agressivo nas palavras, além de ter dito que tinha a dívida, que resolver, se posicionando no sentido de receber a vantagem indevida.

Desta forma, rejeita-se a tese da defesa no que tange à participação de **M.** na conduta criminosa, bem como da ausência de provas.

Os demais temas da apelação do réu **M.**, se inserem na dosimetria da pena e juntamente com esta será avaliada.

Em conclusão, sou pelo desprovimento da apelação de **M.** e se passa à apreciação do recurso seguinte, qual seja,

DO RECURSO DO RÉU R.

De início, o réu **R.** apresentou alegação de cerceamento de defesa, por ausência de disponibilização, até a audiência de instrução e julgamento, da interceptação telefônica.

O tema foi alvo de apreciação de defesa anterior, tendo sido firmado entendimento pelo qual as mídias relativas aos áudios capturados por meio de regular interceptação telefônica encontram-se anexadas ao processo desde o oferecimento da denúncia, nos moldes do anexo I.

Demais disso, consta transcrição das conversas no bojo da denúncia e nos aludidos anexos, não havendo que se falar em prejuízo à defesa nesse sentido.

E mais: como mencionado pela d. Promotoria de Justiça, em momento oportuno, a defesa técnica do apelante **M.**, no dia 23/09/2019, ou seja, antes mesmo da apresentação de resposta à acusação, solicitou ao Juízo a disponibilização da senha de acesso.

Desta sorte, rejeita-se a alegação de nu-

lidade decorrente da suposta falta de disponibilização, até a audiência de instrução e julgamento, da interceptação telefônica.

Em relação à pretensão de absolvição por ausência de provas, referida tese tampouco merece prosperar.

Neste ponto, desnecessário se repetir toda a argumentação realizada por ocasião das apelações anteriores, sendo reconhecido acervo probatório suficiente para a condenação dos réus.

O réu R., além de ter participado ativamente do primeiro ato de extorsão, como visto acima, também participou da terceira extorsão, tendo chegado à sede da Prefeitura de helicóptero, ocasião em que foi reconhecido pela vítima, então Prefeito da cidade.

A tese do réu R. não é verossímil uma vez que não se cogita a hipótese de um “empresário” se dirigir de helicóptero e na companhia de seguranças até a prefeitura de Porto Real, para apresentar ao Prefeito da cidade um projeto de “energia solar” sem que haja uma agenda prévia para tanto.

Ademais, o réu declarou que não possuía conhecimentos técnicos no ramo de energia solar, tampouco comprovou a existência do suposto projeto que seria apresentado ao Prefeito.

No que tange à falta de seu reconhecimento pela vítima em sede judicial, deve ser ressaltado que, embora a vítima, oito meses depois dos fatos, não tenha conseguido reconhecê-lo, porque ficou na dúvida com relação à altura e ao tipo de cabelo, conforme auto de reconhecimento de pessoa a f. 756, tal fato se mostra compreensível devido ao tempo e à mudança de aspectos pessoais do réu.

Entretanto, a vítima confirmou que visualizou R. no dia em que o helicóptero pousou na Prefeitura e que o reconheceu naquela oportu-

nidade, sem dúvidas, como um dos autores da extorsão sofrida em 24/04/2019.

Assim sendo, analisando a prova em conjunto, conclui-se pela presença de provas suficientes para suportar a condenação do réu.

Passando a alegação de ocorrência de tentativa, o recurso não merece prosperar.

Como lançado anteriormente, o crime de extorsão é modalidade de crime formal, ou seja, que se aperfeiçoa quando o agente emprega os meios aptos a constranger a vítima a lhe proporcionar a indevida vantagem econômica, sendo a obtenção da vantagem indevida mero exaurimento do crime.

Assim sendo, a ofensa ao bem jurídico ocorre, no crime de extorsão, pelo perigo, sendo dispensável a obtenção da vantagem indevida. Neste sentido, reitera-se o já citado verbete sumular nº 96, do E. STJ, bem a Jurisprudência destacada, que contrariam a tese de tentativa de extorsão, que resta rejeitada.

No que tange à segunda extorsão, o recurso não possui objeto, eis que a sentença não condenou o réu R. em relação à segunda extorsão, o que foi confirmado por ocasião da apreciação do recurso do Ministério Público.

Neste ponto, merece destaque o que consta da sentença impugnada:

4) R. C. C. praticou o crime previsto no art. 158, §1º (primeira extorsão) e art. 158, §1º, c/c art. 14, inciso II (terceira extorsão), na forma dos arts. 29 e 69, todos do Código Penal.

Desta forma, tendo o apelante sido condenado apenas em relação à primeira e terceira extorsão, nada haverá que se apreciar acerca da segunda extorsão.

Passando à terceira extorsão, o apelante busca o reconhecimento da inexistência de atos de execução, com o que não se concorda, repetindo-se, neste caso, aquilo que constou dos termos da apelação do réu H.

Em resumo, de acordo com a narrativa fática, desde o primeiro ato de extorsão, os agentes já haviam informado que retornariam para o recebimento da vantagem ilícita, o que foi reforçado pelo segundo ato de extorsão, praticado por telefone.

Assim sendo, quando os agentes desembarcaram da aeronave no pátio da Prefeitura – em chegada que, nas palavras da sentença, foi “cinematográfica” – a vítima já sabia da intenção dos réus, não havendo que se falar em ausência de atos de execução.

Decorre daí que o delito somente não se consumou por circunstâncias alheias às vontades dos apelantes, **H.** e **R.**, considerando terem sido impedidos pela efetiva ação policial no dia 02 de maio de 2019.

Desta forma, rejeita-se a tese de inexistência de atos de execução, reportando-se aos fundamentos utilizados por ocasião do corrêu **H.**, sendo certo que, quanto aos demais temas da apelação do réu **R.**, da mesma forma que se passou com os outros corrêus, os mesmos se inserem na dosimetria da pena e juntamente com esta será avaliada.

Rejeitada que ficou a apelação do réu **R.**, e face todo o até aqui apreciado, se tem por correta a sentença hostilizada, quando condenou, respectivamente,

1) **A. A. S.** pela prática do crime previsto no art. 158, § 1º, por duas vezes (primeira e segunda extorsão), na forma dos arts. 29 e 71, todos do Código Penal.

2) **H. G. M. F.** pela prática do crime previsto no art. 158 § 1º, por duas vezes (primeira e segunda extorsão) e art. 158, § 1º, c/c art. 14, inciso II (terceira extorsão), na forma dos arts. 29 e 71, todos do Código Penal.

3) **M. C. S.** pela prática do crime previsto

no art. 158, § 1º (primeira extorsão), na forma dos arts. 29, todos do Código Penal.

4) **R. C. C.** pela prática do crime previsto no art. 158, § 1º (primeira extorsão) e art. 158, § 1º, c/c art. 14, inciso II (terceira extorsão), na forma dos arts. 29 e 71, todos do Código Penal.

PASSO À DOSIMETRIA DA PENA. DO RÉU A.

1ª Fase de dosimetria: o Juízo considerou uma causa de aumento de pena, diante do entendimento de que as consequências do crime terem extrapolado o regular do tipo.

Se concorda com dito posicionamento, eis que é de acordo com o que consta dos autos a vítima precisou modificar sua rotina, instalar equipamentos de segurança na casa, adquirir veículo blindado, conseguir segurança, entre outros.

A isso se acrescenta, se repete, atos de constrangimento, nos dizeres da sentença, “cinematográficos”, na modalidade de chegada dos criminosos, com seguranças armados, de helicóptero, à sede da Prefeitura.

As situações narradas pela vítima são suficientes para o reconhecimento da circunstância judicial desfavorável, tendo o douto juízo de origem incrementado a pena mínima na fração de 1/5, o que merece consideração, como segue:

Muito embora a legislação brasileira não estabeleça um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar a pena, por outro lado devem ser observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Pela leitura da fundamentação judicial, não se encontram elementos capazes de majorar a

pena na fração indicada, o que se mostra um tanto quanto elevado.

Isto porque firmou-se o entendimento de que a exasperação da pena-base em decorrência de circunstâncias judiciais negativas deve ser na fração de 1/6 para cada circunstância judicial desfavorável, parâmetro que leva em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ressalvada a apresentação de motivação concreta, suficiente e idônea que justifique elevação em patamar superior (*apud*, AgRg no AREsp nº 1.679.045/AC, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe de 02/06/2020).

Por esta razão, não havendo a apresentação de motivação concreta, suficiente e idônea que justifique elevação em patamar superior, se revela mais adequada a aplicação da fração de 1/6 (um sexto).

A pena-base deve ser fixada então em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

2ª Fase de dosimetria: Não foram reconhecidas agravantes nem atenuantes.

No entanto, levando em consideração o provimento parcial do recurso do Ministério Público, merece a pena ser majorada, com a aplicação do disposto no art. 61, II, c, do CP.

Assim sendo, entendo cabível a majoração da pena-base na fração de 1/6 (um sexto), com amparo na Jurisprudência do E. STJ¹.

A **aplicação da referida fração implica** fixar a pena-intermediária em 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

¹ Com efeito, o entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para a exasperação da pena pela incidência de circunstância agravante. (*apud*, AgRg no HC nº 738.492/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 31/05/2022.)

3ª Fase de dosimetria: Nesta fase, o Juízo reconheceu a causa de aumento de pena prevista no § 1º, do art. 158, do CP, tendo aplicado a fração de incremento de 2/5 (dois quintos), com o que se concorda, eis que o crime foi praticado por 4 (quatro) agentes, não se reconhecendo qualquer desproporcionalidade no uso desta fração.

Tem-se aqui pena de 7 (sete) anos, 7 (sete) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.

Em relação ao valor unitário da multa, fixado em 1 salário-mínimo, não há o que ser modificado, a uma, por ausência de recurso da defesa neste sentido e, a duas, pela condição econômica apresentada pelo acusado, conforme se extrai das autorizações de viagens solicitadas, que incluem a participação da filha do acusado em competição hípica (vide *e.g.* o que vai em PDF 970/992).

Pena exasperada (regra da continuidade delitiva – art. 71, do CP).

Levando em consideração que o apelante praticou 2 crimes de extorsão, em continuidade delitiva, correta a exasperação da pena na fração de 1/6 (um sexto), consoante posicionamento do E. STJ:

[...] 1. Esta Corte Superior possui o entendimento de que, em se tratando de majoração de pena referente à continuidade delitiva comum, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de duas infrações; 1/5 para três infrações; 1/4 para quatro infrações; 1/3 para cinco infrações; 1/2 para seis infrações e 2/3 para sete ou mais infrações. [...] (HC nº 486.118/RJ, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 19/03/2019, DJe de 26/03/2019.)

Aplicando-se a referida fração, chega-se à pena final de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão e 18 (**dezoito**) dias-multa.

REGIME DE PENA

Levando em consideração a pena imposta, conjugada com a regra do art. 33 c/c art. 59, ambos do CP, considerando a presença de circunstâncias desfavoráveis, assim como uma causa de aumento de pena, considero adequado o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Da mesma forma, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, bem como a suspensão condicional da pena, nos termos dos artigos 44 e 77, ambos do CP.

Em conclusão, sou pelo desprovimento do recurso do réu **A.**, também em relação à dosimetria da pena, sendo a sentença reformada, em parte, diante do provimento parcial do recurso do MP e também em relação à fração aplicada na primeira fase, consoante acima fundamentado.

DO RÉU H.

1ª Fase de dosimetria: o Juízo considerou uma causa de aumento de pena, diante do entendimento de que as consequências do crime terem extrapolado o regular do tipo, com o que se concorda.

Neste sentido, nos mesmos moldes da dosimetria anterior, merece ser reduzida a fração de incremento de 1/5 para 1/6, ficando a pena-base fixada então em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 dias-multa.

2ª Fase de dosimetria: Não foram reconhecidas agravantes nem atenuantes, sendo mantida a pena-base.

3ª Fase de dosimetria: Nesta fase, o Juízo reconheceu a causa de aumento de pena prevista no § 1º, do art. 158, do CP, tendo aplicado a fração de incremento de 2/5 (dois quintos).

Neste sentido corretamente aplicada a causa de aumento, eis que o crime foi praticado

por 4 (quatro) agentes, não se reconhecendo desproporcionalidade, razão pela qual resta mantida a fração de 2/5 (dois quintos), resultando em pena de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Em relação ao valor unitário da multa, fixado no mínimo legal, não há o que ser modificado.

Pena exasperada (regra da continuidade delitiva – art. 71, do CP)

Levando em consideração que o apelante praticou 3 crimes de extorsão, em continuidade delitiva, correta a exasperação da pena na fração de 1/5 (um sexto).

Neste sentido, destaca-se o posicionamento do E. STJ:

[...] 1. Esta Corte Superior possui o entendimento de que, em se tratando de majoração de pena referente à continuidade delitiva comum, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de duas infrações; 1/5 para três infrações; 1/4 para quatro infrações; 1/3 para cinco infrações; 1/2 para seis infrações e 2/3 para sete ou mais infrações. [...] (HC nº 486.118/RJ, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 19/03/2019, DJe de 26/03/2019.)

Aplicando-se a referida fração, chega-se à pena final de 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 2 (dois) dias de reclusão e 18 (dezesete) dias-multa.

REGIME DE PENA

Levando em consideração a pena imposta, conjugada com a regra do art. 33 c/c art. 59, ambos do CP, considerando a presença de circunstâncias desfavoráveis, assim como uma causa de aumento de pena, considero adequado o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Da mesma forma, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, bem como a suspensão condicional da pena, nos termos dos artigos 44 e 77, ambos do CP.

Em conclusão, sou pelo desprovimento do recurso do réu **H.**, também em relação à dosimetria da pena, sendo a sentença reformada, em parte, tão somente em relação à fração aplicada na primeira fase, consoante acima fundamentado.

DO RÉU M.

1ª Fase de dosimetria: o Juízo considerou uma causa de aumento de pena, diante do entendimento de que as consequências do crime terem extrapolado o regular do tipo, com o que se concorda.

Neste sentido, nos mesmos moldes das dosimetrias anteriores, merece ser reduzida a fração de incremento de 1/5 para 1/6.

A pena-base deve ser fixada então em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 dias-multa.

2ª Fase de dosimetria: Não foram reconhecidas agravantes nem atenuantes, sendo mantida a pena-base.

3ª Fase de dosimetria: Nesta fase, o Juízo reconheceu a causa de aumento de pena prevista no § 1º, do art. 158, do CP, tendo aplicado a fração de incremento de 2/5 (dois quintos), o que foi corretamente aplicado, à conta de crime praticado por 4 (quatro) agentes.

Em relação à fração, não se reconhece desproporcionalidade, razão pela qual resta mantida a fração de 2/5 (dois quintos).

O que resulta na pena de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Em relação ao valor unitário da multa, fixado no mínimo legal, não haverá o que ser modificado.

Tampouco haverá que se falar em continuidade delitiva, neste caso, eis que o apelante foi condenado apenas em 1 (um) ato de extorsão, razão pela qual a pena se consolida em 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

REGIME DE PENA

Levando em consideração a pena imposta, conjugada com a regra do art. 33 c/c art. 59, ambos do CP, considerando a presença de circunstâncias desfavoráveis, assim como uma causa de aumento de pena, considero adequado o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Da mesma forma, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, bem como a suspensão condicional da pena, nos termos dos artigos 44 e 77, ambos do CP.

Em conclusão, sou pelo desprovimento do recurso do réu **M.**, também em relação à dosimetria da pena, sendo a sentença reformada, em parte, tão somente em relação à fração aplicada na primeira fase, consoante acima fundamentado.

DO RÉU R.

1ª Fase de dosimetria: O Juízo considerou uma causa de aumento de pena, diante do entendimento de que as consequências do crime terem extrapolado o regular do tipo, com o que se concorda; neste sentido, nos mesmos moldes das dosimetrias anteriores, merece ser reduzida a fração de incremento de 1/5 para 1/6.

A pena-base deve ser fixada então em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 dias-multa.

2ª Fase de dosimetria: Não foram reconhecidas agravantes nem atenuantes, sendo mantida a pena-base.

3ª Fase de dosimetria: Nesta fase, o Juízo reconheceu a causa de aumento de pena prevista no § 1º, do art. 158, do CP, tendo aplicado a fração de incremento de 2/5 (dois quintos), sendo corretamente aplicada a causa de aumento, eis que o crime foi praticado por 4 (quatro) agentes.

Em relação à fração, não se reconhece desproporcionalidade, razão pela qual resta mantida a fração de 2/5 (dois quintos), o que resulta na pena de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Em relação ao valor unitário da multa, fixado no mínimo legal, não há o que ser modificado.

Exasperação da pena (regra da continuidade delitiva – art. 71, do CP)

Levando em consideração que o apelante praticou 2 crimes de extorsão, o primeiro na modalidade consumada e o terceiro na modalidade tentada, em continuidade delitiva, correta a exasperação da pena na fração de 1/6 (um sexto).

Neste sentido, destaca-se o posicionamento do E. STJ:

[...] 1. Esta Corte Superior possui o entendimento de que, em se tratando de majoração de pena referente à continuidade delitiva comum, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de duas infrações; 1/5 para três infrações; 1/4 para quatro infrações; 1/3 para cinco infrações; 1/2 para seis infrações e 2/3 para sete ou mais infrações. [...] (HC nº 486.118/RJ, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 19/03/2019, DJe de 26/03/2019.)

Aplicando-se a referida fração, chega-se à pena final de 7 (sete) anos, 7 (sete) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa.

Regime de pena

Levando em consideração a pena imposta, conjugada com a regra do art. 33 c/c art. 59, ambos do CP, considerando a presença de circunstâncias desfavoráveis, assim como uma causa de aumento de pena, considero adequado o regime fechado para o início do cumprimento da pena.

Da mesma forma, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, bem como a suspensão condicional da pena, nos termos dos artigos 44 e 77, ambos do CP.

Em conclusão, sou pelo desprovisionamento do recurso do réu **R.**, também em relação à dosimetria da pena, sendo a sentença reformada, em parte, tão somente em relação à fração aplicada na primeira fase, consoante acima fundamentado.

Face ao exposto, sou pelo provimento parcial do recurso do Ministério Público, pelo desprovisionamento dos recursos da defesa e pela reforma da sentença impugnada em relação à fração de aumento pelo reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável, nos termos acima lançado.

É como VOTO.

RIO DE JANEIRO, 13 DE SETEMBRO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. PEDRO RAGUENET
RELATOR

VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1º, II, DA LEI Nº 8.137/90 NA FORMA DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. FALTA DE PROVAS DA PRÁTICA DELITIVA. AUTORIA NÃO DEVIDAMENTE ESCLARECIDA. PLEITO DE INDENIZAÇÃO PREJUDICADO.

EMENTA

APELAÇÃO. Denúncia. Violação do artigo 1º, II, da Lei nº 8.137/90, dezesseis vezes, na forma do artigo 71, do Código Penal. Absolvição.

Artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Condenação na forma da denúncia. Pagamento de indenização ao Estado. Somente a prova da materialidade delitiva não enseja condenação. No caso, não restou devidamente esclarecida a autoria, porquanto a testemunha ouvida não esclareceu se o ora acusado agiu com o objetivo de fraudar a fiscalização tributária de forma deliberada, ao não recolher os tributos devidos aos cofres do Ente estadual, não havendo, portanto, qualquer juízo de certeza sobre a sua atuação, como bem fundamentado na Sentença, que merece ser mantida, restando prejudicado pleito de indenização ao Estado. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0040507- 25.2019.8.19.0004, em que é Apelante o Ministério Público e Apelado A. B., em Sessão realizada em 20 de setembro de 2022, Acordaram, À UNANIMIDADE, os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

RELATÓRIO

O ora Apelado foi denunciado perante o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo, por violação do artigo 1º, II, da Lei nº 8.137/90, dezesseis vezes, na forma do artigo 71, do Código Penal, restando absolvido fundado na falta de provas da prática delitiva, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal (Doc. 000476).

Inconformado, o Ministério Público recorreu (Doc. 000486) pretendendo a condenação, na forma da denúncia, por entender devidamente provas a materialidade e autoria delitivas, especialmente pelos (...) documentos oriundos

do processo administrativo fiscal de f. 08/134, no qual consta a omissão de 16 (dezesseis) declarações relativas a operações tributáveis da empresa A. B. Comércio de Joias e Relógios Ltda., a qual possui o nome do acusado, sua assinatura na defesa administrativa de f. 26/30, contrato social de f. 39/41, o comprovante de situação cadastral (f. 42), além do depoimento em juízo do auditor fiscal R. C. S. corroborando os termos do auto de infração.”

Sustenta que, o réu era o sócio-administrador da sociedade empresária A. B. Comércio de Joias e Relógios Ltda., sendo, portanto, o sujeito responsável pelas operações fiscais descritas na denúncia, tendo agido com o “(...) escuso propósito de ocultar a ocorrência de fatos com relevância tributária, resultando na supressão do ICMS e FECF incidente sobre as operações comerciais realizadas pela empresa e indicadas no auto de infração nº 03.447721-6 (f. 07/10) acostados aos autos.”

Salienta, ainda, que, no mínimo, o réu agiu com dolo eventual na sonegação fiscal, até porque impugnou a Ação fiscal ao apresentar defesa, e que os Tribunais têm reconhecido a aplicação da Teoria da cegueira deliberada.

Além disso, pede a condenação do acusado no “(...) pagamento de valor mínimo não inferior ao valor do imposto sonegado para a reparação do prejuízo causado à Fazenda Pública pela infração perpetrada contra a ordem tributária do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do disposto no artigo 91, do Código Penal, artigo 63, parágrafo único, e artigo 387, inciso IV, ambos do Código de Processo Penal.”

A Defesa, em Contrarrazões, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do Recurso (Doc. 000504).

A douta Procuradoria de Justiça, pelo Parecer do ínclito Dr. Luiz Antonio Corrêa Ayres, opinou

pelo conhecimento e provimento do Recurso para “(...) que o réu seja condenado nos termos da denúncia, ou seja, nas penas do crime previsto no artigo 1º, II, da Lei nº 8.137/90, por 16 vezes, n/f ao artigo 71, *caput*, do Código Repressivo.” (Doc. 000521).

VOTO

O Recurso preenche os pressupostos de admissibilidade objetivos (cabimento, adequação, tempestividade, regularidade procedimental e inexistência de fato modificativo ou impeditivo do direito de recorrer) e subjetivos (sucumbência e legitimidade), razão pela qual dele conheço.

Da denúncia ofertada contra o ora Apelado constou a seguinte narrativa:

“(...)”

Em datas não precisadas nos autos, sabendo-se, porém, que no período correspondente aos meses de abril de 2012 a julho de 2013, o ora DENUNCIADO, com vontade livre e consciente direcionada à prática do injusto, na qualidade de administrador da sociedade empresária **A. B. Comércio de Joias e Relógios Ltda.**, inscrita no CNPJ sob o nº 10.197.239/0001-57, estabelecida na Avenida São Gonçalo, nº 100, loja 258, Boa Vista, São Gonçalo/RJ (f. 136/140), agindo em interesse e benefício próprios, prevalecendo-se das mesmas condições de lugar e da mesma forma de execução, por pelo menos 16 (dezesseis) vezes, consoante se infere dos quadros demonstrativos de f. 08/09, suprimiu os valores do ICMS e do adicional destinado ao FECF devidos e incidentes sobre as operações comerciais realizadas pela precitada empresa, mediante fraude à fiscalização tributária efetuada através da omissão de tais operações em documentos exigidos pela lei fiscal.

Consta dos autos que o denunciado, à época dos fatos, era sócio e administrador da sociedade empresária **A. B. Comércio de Joias e**

Relógios Ltda. (f. 137), deliberando sobre os seus rumos financeiros e fiscais, cujo objeto social consistia no comércio de joias, relógios, bijuterias e artigos para presentes.

Segundo o apurado, no curso da ação fiscal desenvolvida sob o número 42524035, os Auditores Fiscais da Receita Estadual, ao confrontarem as informações fiscais armazenadas nos bancos de dados da Sefaz/RJ concernentes à pessoa jurídica em apreço com aquelas fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, constataram divergências que repercutiram na correta apuração do ICMS e da parcela destinada ao FECF.

Com efeito, os lançamentos consignados pelo denunciado nas Declarações de Informações Socioeconômicas e Fiscais (DEFIS) da **A. B. Comércio de Joias e Relógios Ltda.**, relativamente aos anos-base de 2012 e 2013, não retratam a realidade fática no que tange às vendas realizadas por intermédio de pagamento eletrônico com cartões de crédito e débito, porquanto o somatório das receitas brutas então auferidas foi escriturado em montante consideravelmente inferior àquele informado às autoridades fazendárias pelas empresas administradoras de cartões de crédito e débito com quem operava.

Cumprido destacar que o denunciado, enquanto representante da **A. B. Comércio de Joias e Relógios Ltda.**, não se desincumbiu de apresentar elementos aptos a sanar as inconsistências apontadas, muito embora lhe fosse regularmente oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa na seara administrativa.

Assim, o expediente levado a efeito pelo denunciado, além de contrariar os dispositivos legais tributários aplicáveis à hipótese, revelou o dolo específico nas suas condutas de malferir a ordem tributária, na medida em que omitiu do

Fisco a obtenção de receitas brutas originadas a partir das operações tributadas realizadas por meio de pagamento eletrônico (cartões de crédito e débito) ao longo dos meses de março de 2012 a junho de 2013, situação que resultou na supressão do ICMS e da parcela destinada ao FECO incidentes sobre as circulações em tela.

Tais condutas importaram na lavratura do auto de infração de número 03.447721-6 (f. 07/10), cujo crédito tributário perfaz o montante atualizado de R\$ 201.613,58 (duzentos e um mil, seiscentos e treze reais e cinquenta e oito centavos).

O crédito tributário encontra-se definitivamente constituído e inscrito em dívida ativa em 08/09/20176-7.

Desta forma, foram objetiva e subjetivamente típicas e reprováveis as condutas do denunciado, não havendo quaisquer discriminantes a justificá-las, estando, por conseguinte, incurso nas sanções do artigo 1º, inciso II, da lei nº 8.137/90, por 16 (dezesesseis) vezes, na forma do artigo 71, do Código Penal.

Isto posto, recebida a presente, na forma do disposto no artigo 396 do Código de Processo Penal, requer o Ministério Público que seja ordenada a citação do denunciado para responder aos termos desta ação penal, esperando, ao final, que seja julgada procedente a pretensão punitiva estatal ora deflagrada, com a sua consequente condenação.

Requer, outrossim, que seja o denunciado condenado ao pagamento de valor mínimo não inferior ao valor do imposto sonegado para a reparação do prejuízo causado à Fazenda Pública pela infração perpetrada contra a ordem tributária do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do disposto no artigo 91, do Código Penal, artigo 63, parágrafo único, e artigo 387, inciso IV, ambos do Código de Processo Penal.

(...)" (Doc. 000003).

Todavia, entendeu o Juízo de primeiro grau de absolvê-lo, sob os seguintes fundamentos:

"(...)

Quanto ao mérito, finda a instrução criminal, os fatos narrados na denúncia não restaram devidamente comprovados.

(...)

Com efeito, a testemunha R., auditor fiscal da receita estadual, afirmou, em Juízo, que efetuou fiscalização na empresa A.B. Comércio de Joias e Relógios, declarando que não se recorda especificamente desse auto de infração, bem como não se lembra de ter tido contato com o réu.

Acrescentou, ainda, que não sabe afirmar se foi o réu quem recebeu a intimação sobre o auto de infração, bem como que não há como saber se o acusado mandava a contabilidade alterar os valores declarados.

O réu, em sua defesa, disse que repassava todas as informações e documentações para o setor de contabilidade e que todas as vendas da empresa, incluindo os pagamentos com cartão de crédito, eram acompanhados de nota fiscal.

Veja-se que não restou comprovado que o acusado, deliberadamente, e com a intenção apenas de fraudar a fiscalização tributária, tenha deixado de recolher os tributos devidos aos cofres do Estado. Veja-se que não há como se afirmar, com certeza absoluta que, o acusado, dolosamente, praticou os crimes narrados na denúncia somente pela posição que ocupa na empresa, como sócio-administrador, o que seria presumir a prática delitiva.

(...)

Dessa forma, a prova colhida em juízo não restou firme e segura para autorizar uma condenação.

Incide, portanto, o princípio do *in dubio pro reo*, haja vista ser incabível uma condenação

sem certeza plena acerca da autoria, pelo que o acusado deve ser absolvido.

ISTO POSTO, JULGO IMPROCEDENTE A DENÚNCIA para ABSOLVER o acusado A. B. da imputação nela contida, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

(...)” (Doc. 000476).

Inconformado com o *decisum*, o Ministério Público interpôs Recurso, pretendendo a condenação do réu nos termos da denúncia, bem como no pagamento de indenização ao ente estatal, porém, não lhe assiste razão.

No caso, em que pese a prova da materialidade delitiva, consubstanciada no Processo Administrativo Fiscal presente nos Docs. 000008 a 000135, não restou devidamente esclarecida a autoria, como juízo de certeza para a condenação do réu.

Em Juízo (Docs. 000429 e 000433), de forma sucinta, o ora Apelado disse que enviava para o setor de contabilidade toda a documentação e as notas fiscais físicas e eletrônicas da empresa, e que ficou surpreso quando a fiscalização pediu suas documentações. Contou que era sócio e administrador de uma loja, uma empresa bem pequena, e que a contabilidade iria resolver o problema, salientando que, nenhuma venda por meio de cartão de crédito era efetuada desacompanhada de nota fiscal.

Disse, ainda, que ninguém mais efetuava a administração do negócio e que nunca foi condenado, tendo sido intimado para apresentar defesa em processo administrativo, momento em que foram pedidas várias documentações, levadas por sua Contadora. Por fim, aduziu que a Contadora disse que “estava sendo resolvido”, o que acreditou, e que a empresa encerrou suas atividades há bastante tempo, alegando que a maioria da documentação já estava com sua

Contadora (partes de livros, de arquivos e de documentos pessoais).

Na Audiência de Instrução e Julgamento, a testemunha de acusação, R. C. S. (Auditor Fiscal da Receita Estadual), não confirmou as teses acusatórias narradas na *opinio delicti* supostamente praticadas pelo Apelado (Docs. 000329 e 000333).

Em que pese R. tenha confirmado sua assinatura a f. 18 dos autos e as informações presentes no Auto de Infração, não se lembrou especificamente sobre o Auto de Infração relativo ao presente Processo. Disse que efetuou fiscalização na empresa A. B. Comércio de Joias e Relógios, mas não se recordou de ter mantido contato com o administrador A. B. ou algum Procurador em seu nome.

Relatou saber que o acusado passou por todas as etapas administrativas e que este teve ciência sobre o processo, inclusive impugnando-o no prazo. Salientou que, ele, R., possui acesso às declarações do contribuinte do Simples e recebe informações de Administradoras de cartão de crédito, destacando que um programa de informática compara essas informações e que eles atuam a diferença entre a informação que a Administradora de cartão de crédito passa e o que o contribuinte declara.

Disse que as vendas da empresa efetuadas por meio de cartão de crédito foram maiores do que o declarado e que seria necessário que a empresa retificasse as declarações e pagasse a diferença. Contou que houve uma autuação anterior e que o valor não foi pago, sendo certo que, o processo retornou e foi lavrado o segundo Auto de Infração para a exclusão do Simples. Revelou que esse Auto de Infração foi impugnado na Junta Comercial e no Conselho, e que não acompanhou se a empresa foi realmente excluída do Simples.

Aduziu, ainda, **que** a empresa pode apresentar todos os documentos fiscais emitidos e impugnar ou contestar as informações da Administradora de cartão de crédito, sustentando que isso é analisado pela Junta de Revisão Fiscal. **Disse que** ele, **R.**, somente lavra o Auto de Infração, não julgando o caso, e que utiliza a informação da Administradora de cartão de crédito e o que foi declarado pela empresa. Ressaltou que a prática de declarar menos do que foi pago no cartão de crédito objetiva pagar menos imposto, já que o sistema Simples tem uma alíquota fixa de acordo com a receita, e que, se houver omissão de valores, incide uma alíquota menor.

Ao final, disse **que** o ora Apelado foi cientificado por AR e que não sabe se a assinatura que consta neste pertence a ele, informando, ainda, **que** não há como saber se este mandava a contabilidade reduzir o valor, além de que o valor desse Auto de Infração foi de R\$ 118.000,00 (cento e dezoito mil reais).

A Defesa não produziu prova oral (Docs. 000329, 000333, 000351, 000354, 000410, 000414, 000423, 000426, 000429 e 000433).

Com efeito, a testemunha não esclareceu se o ora acusado agiu com o objetivo de fraudar a fiscalização tributária de forma deliberada, ao não recolher os tributos devidos aos cofres do Ente estadual, não havendo, portanto, qualquer juízo de certeza sobre a sua atuação nos fatos, como bem fundamentado pelo Juízo **a quo** (Doc. 000476).

De acordo com o Juízo **a quo**, o Auditor Fiscal **R.** afirmou não se recordar especificamente sobre o Auto de Infração inerente ao presente caso (Auto de Infração de ICMS nº 03.447721-6, consoante Doc. 000008 – p. 7 a 10), tampouco sobre ter mantido qualquer contato com o Apelado.

Ademais, a referida testemunha asseverou não saber se foi o réu quem recebeu a intimação sobre o aludido Auto de Infração e se foi este quem determinou que o Contador alterasse os valores declarados ao Fisco Estadual, sendo certo que, o próprio Apelado disse, em Juízo, que repassava todas as informações e documentações para seu Contador e que todas as vendas que efetuava eram acompanhadas de documento fiscal, inclusive os pagamentos realizados por meio de cartão de crédito.

Importa ressaltar **que** o próprio Ministério Público dispensou a oitiva da Contadora do réu, **S. M. S. O.** (Docs. 000329 e 000333), o qual, evidentemente, era revestido de suma importância para o esclarecimento dos fatos em exame, especialmente sobre a assertividade das informações repassadas pelo Apelado ao setor de Contabilidade, como ele alegou, e o que não restou devidamente esclarecido nos autos – se houve um erro no lançamento das informações pelo setor de Contabilidade, ou se era o próprio réu quem determinava ao Contador o lançamento das informações a menor, a fim de pagar menor imposto –, devendo prevalecer a dúvida em favor do réu.

Assim, merece ser mantida a sentença absolutória prolatada pelo douto Juízo de primeiro grau, aplicando-se o Princípio do *in dubio pro reo*.

No sentido que se julga:

“EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO - CRIME PREVISTO NO ARTIGO 1º, I E V DA LEI Nº 8.137/90 - JUÍZO A QUO QUE ABSOLVEU O APELADO COM FULCRO NO ARTIGO 386, VII DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PRETENDE A REFORMA DO *DECISUM* PARA QUE SEJA O APELADO CONDENADO NOS TERMOS DA DENÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE ATESTADA

POR FARTA DOCUMENTAÇÃO - SÉRIAS DÚVIDAS COM RELAÇÃO À AUTORIA, VEEMENTEMENTE NEGADA PELO APELADO - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO APONTOU O APELADO COMO RESPONSÁVEL PELA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESARIAL - CONQUANTO TENHA A SOCIEDADE DEIXADO DE FORNECER NOTAS FISCAIS OBRIGATÓRIAS OU DOCUMENTOS FISCAIS RELATIVOS ÀS VENDAS DE MERCADORIAS OU ATÉ MESMO DE INDICAR VALORES AUFERIDOS EM OPERAÇÕES TRIBUTADAS, NÃO RESTOU **COMPROVADO, SEM SOMBRA DE DÚVIDAS**, QUE TAIS ATOS ERAM DA AUTORIA DO APELADO - IMPOSSÍVEL ENCAMINHAR-SE A DECISÃO PARA UMA CONDENAÇÃO - CORRETA A DECISÃO ABSOLUTÓRIA DO MAGISTRADO SENTENCIANTE - ABSOLVIÇÃO QUE SE MANTÉM - DESPROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL.” (0096272-68.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO - Julgamento: 01/08/2017 - Segunda Câmara Criminal).

Por conta de tudo, o pleito de indenização resta prejudicado.

Ante o exposto, voto pelo DESPROVIMENTO DO RECURSO.

RIO DE JANEIRO, 20 DE SETEMBRO DE 2022.

(DATA DE JULGAMENTO)

DES. KATIA MARIA AMARAL JANGUTTA
RELATORA

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

ABSOLVIÇÃO

140

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras provas. Condenação lastreada somente no depoimento da vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE

336

0235445-29.2019.8.19.0001

4899 / 2021 - TJ - (ACRIM) - Roubo simples. Provas produzidas frágeis. Autoria que não restou delineada. Falta de reconhecimento pessoal em juízo pela vítima. Vulnerabilidade das declarações policiais. Absolvição do recorrente.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

209

0083842-72.2020.8.19.0000

102774 / 2020 - TJ - (AI) - Ação civil pública. Improbidade administrativa. Recebimento da inicial. Indisponibilidade de bens. Parcial provimento.

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

227

0064835-26.2022.8.19.0000

88712 / 2022 - TJ - (AI) - Ação de busca e apreensão. Bem registrado em nome de terceiro. Inadimplência e constituição da devedora em mora. Súmulas 72 e 92 do STJ. Súmulas 55 e 283 TJRJ. Contrato válido entre as partes desde a sua formação. Respaldo das medidas judiciais para resguardar eventual direito de terceiro adquirente.

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL

170

0046960-11.2020.8.19.0001

83663 / 2021 - TJ - (AC) - Ação de rescisão contratual. Existência de cláusula arbitral no contrato. Posterior extinção da câmara de arbitragem. Eficácia da cláusula que deve ser reconhecida.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

179

0232490-30.2016.8.19.0001

88619 / 2021 - TJ - (AC) - Ação declaratória de nulidade da sentença arbitral. Condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais. Competência do juízo arbitral de arbitrar honorários. Sentença arbitral bem fundamentada. Acordo das partes de submeter as questões controvertidas ao juízo arbitral. Inexistência de nulidade do título arbitral.

AÇÃO INDENIZATÓRIA

231

0044808-81.2016.8.19.0210

51314 / 2022 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Direito de imagem. Veiculação de reportagem onde a apelante teria sido filmada. Matéria jornalística com objetivo meramente informativo. Indenização incabível.

ACORDO DAS PARTES DE SUBMETER AS QUESTÕES CONTROVERTIDAS AO JUÍZO ARBITRAL

179

0232490-30.2016.8.19.0001

88619 / 2021 - TJ - (AC) - Ação declaratória de nulidade da sentença arbitral. Condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais. Competência do juízo arbitral de arbitrar honorários. Sentença arbitral bem fundamentada. Acordo das partes de submeter as questões controvertidas ao juízo arbitral. Inexistência de nulidade do título arbitral.

AGENTES PÚBLICOS

295

0000759-02.2012.8.19.0078

1820 / 2022 - TJ - (-----) - Pessoa jurídica de direito público. Agentes públicos. Poder de polícia. Licença ambiental que não consta dos autos. Ilegalidade da construção.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

235

0048960-16.2022.8.19.0000

67464 / 2022 - TJ - (AI) - Agravo de instrumento.

382

Recuperação judicial. Homologação do plano de recuperação fiscal . Irresignação. Apresentação de novo plano de recuperação judicial

AGRAVO INTERNO DESPROVIDO

83

2507 / 2022 - STJ - (-----) - Previdência privada. Regime de custeio. Majoração de contribuições. Possibilidade. Busca do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário. Resultado deficitário. Ônus de patrocinadores. Violação de bens jurídicos tutelados pela legislação de regência. Agravo interno desprovido.

AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO

97

66940 / 2021 - STJ - (-----) - Decisão agravada que extinguiu o processo sem resolução de mérito. Razões que não impugnam especificamente os fundamentos da decisão recorrida. Súmula 182 STJ e artigo 1021 parágrafo 1 CPC/2015. Agravo interno não conhecido.

AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO

152

2101536 / 2022 - STJ - (-----) - Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Processo penal. Recurso contra decisão monocrática de relator. Prazo de 5 dias corridos. Art 39 da Lei 8.038/1990. Intempestividade. Agravo regimental não conhecido.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL

152

2101536 / 2022 - STJ - (-----) - Agravo regimental no agravo em recurso especial . Penal. Processo penal. Recurso contra decisão monocrática de relator. Prazo de 5 dias corridos. Art 39 da Lei 8038/1990. Intempestividade. Agravo regimental não conhecido.

AGUARDE DE DECISÃO FINAL DO JUÍZO ARBITRAL

190

0063909-76.2021.8.19.0001

1923 / 2022 - TJ - (AC) - Embargos a execução.

Suspensão da execução. Aguarde de decisão final do juízo arbitral.

ALEGAÇÃO DE IDÊNTICA TESE EM IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

161

2001912 / 2022 - STJ - (RESP) - Cumprimento de sentença arbitral. Impugnação. Alegação de nulidade da sentença arbitral. Falta ou nulidade da citação. Anterior ação de nulidade. Coisa julgada caracterizada. Alegação de idêntica tese em impugnação ao cumprimento da sentença. Impossibilidade.

ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL

161

2001912 / 2022 - STJ - (RESP) - Cumprimento de sentença arbitral. Impugnação. Alegação de nulidade da sentença arbitral. Falta ou nulidade da citação. Anterior ação de nulidade. Coisa julgada caracterizada. Alegação de idêntica tese em impugnação ao cumprimento da sentença. Impossibilidade.

ANTERIOR AÇÃO DE NULIDADE

161

2001912 / 2022 - STJ - (RESP) - Cumprimento de sentença arbitral. Impugnação. Alegação de nulidade da sentença arbitral. Falta ou nulidade da citação. Anterior ação de nulidade. Coisa julgada caracterizada. Alegação de idêntica tese em impugnação ao cumprimento da sentença. Impossibilidade.

APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

317

0019932-78.2019.8.19.0203

66127 / 2020 - TJ - (AC) - Rescisão do compromisso de compra e venda pelo autor. Atraso na entrega do imóvel. Aplicação do Código de defesa do consumidor. Danos morais configurados.

APRESENTAÇÃO DE NOVO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL**235****0048960-16.2022.8.19.0000**

67464 / 2022 - TJ - (AI) - Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Homologação do plano de recuperação fiscal. Irresignação. Apresentação de novo plano de recuperação judicial.

ART 39 DA LEI 8.038/1990**152**

2101536 / 2022 - STJ - (-----) - Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Processo penal. Recurso contra decisão monocrática de relator. Prazo de 5 dias corridos. Art 39 da Lei 8.038/1990. Intempestividade. Agravo regimental não conhecido.

ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL**317****0019932-78.2019.8.19.0203**

66127 / 2020 - TJ - (AC) - Rescisão do compromisso de compra e venda pelo autor. Atraso na entrega do imóvel. Aplicação do Código de defesa do consumidor. Danos morais configurados.

AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS**140**

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras provas. Condenação lastreada somente no depoimento da vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA**140**

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras provas. Condenação lastreada somente no depoimento da

vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

AUTORIA NÃO DEVIDAMENTE ESCLARECIDA**374****0040507-25.2019.8.19.0004**

7337 / 2022 - TJ - (ACRIM) - Violação ao artigo 1º, II, da Lei 8.137/90, na forma do artigo 71 do Código Penal. Sentença absolutória. Falta de provas da prática delitiva. Autoria não devidamente esclarecida. Pleito de indenização prejudicado.

AUTORIA QUE NÃO RESTOU DELINEADA**336****0235445-29.2019.8.19.0001**

4899 / 2021 - TJ - (ACRIM) - Roubo simples. Provas produzidas frágeis. Autoria que não restou delineada. Falta de reconhecimento pessoal em juízo pela vítima. Vulnerabilidade das declarações policiais. Absolvição do recorrente.

AUTORIZAÇÃO E CUSTEIO DE MEDICAMENTO A BASE DE CANABIDIOL**298****0095241-64.2021.8.19.0000**

124807 / 2021 - TJ - (AI) - Plano de saúde. Autorização e custeio de medicamento à base de canabidiol. Risco de dano grave. Rol da ANS passível de mitigação.

BEM REGISTRADO EM NOME DE TERCEIRO**227****0064835-26.2022.8.19.0000**

88712 / 2022 - TJ - (AI) - Ação de busca e apreensão. Bem registrado em nome de terceiro. Inadimplência e constituição da devedora em mora. Súmulas 72 e 92 do STJ. Súmulas 55 e 283 TJRJ. Contrato válido entre as partes desde a sua formação. Respaldo das medidas judiciais para resguardar eventual direito de terceiro adquirente.

BOLETO BANCÁRIO**270****0001201-54.2018.8.19.0046**

45901 / 2022 - TJ - (AC) - Boleto bancário. Pre-

384ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTOÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATORÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA**SUMÁRIO**

posto. Erro de digitação. Pagamento não computado. Negativação do nome. Dano moral *in re ipsa*.

BUSCA DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO FUNDO PREVIDENCIÁRIO

83

2507 / 2022 - STJ - (-----) - Previdência privada. Regime de custeio. Majoração de contribuições. Possibilidade. Busca do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário. Resultado deficitário. Ônus de patrocinadores. Violação de bens jurídicos tutelados pela legislação de regência. Agravo interno desprovido.

CIRURGIA BARIÁTRICA

306

0064317-36.2022.8.19.0000

88110 / 2022 - TJ - (AI) - Procedimento cirúrgico reparador. Cirurgia bariátrica. Recurso contrário às súmulas 59, 218 e 258 TJ. Decisão amparada no direito a saúde. Laudos psicológicos e médicos. Imprescindibilidade do procedimento.

COISA JULGADA CARACTERIZADA

161

2001912 / 2022 - STJ - (RESP) - Cumprimento de sentença arbitral. Impugnação. Alegação de nulidade da sentença arbitral. Falta ou nulidade da citação. Anterior ação de nulidade. Coisa julgada caracterizada. Alegação de idêntica tese em impugnação ao cumprimento da sentença. Impossibilidade.

COMPETÊNCIA DO CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

202

0014625-96.2017.8.19.0209

50189 / 2021 - TJ - (AC) - Reintegração de posse. Convenção de arbitragem instituída por livre e espontânea vontade das partes. Competência do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem.

COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL DE ARBITRAR HONORÁRIOS

179

0232490-30.2016.8.19.0001

88619 / 2021 - TJ - (AC) - Ação declaratória de

nulidade da sentença arbitral. Condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais. Competência do juízo arbitral de arbitrar honorários. Sentença arbitral bem fundamentada. Acordo das partes de submeter as questões controvertidas ao juízo arbitral. Inexistência de nulidade do título arbitral.

COMPROVAÇÃO

125

1788341 / 2020 - STJ - (-----) - Contagem de prazos. Dias úteis. Suspensão do prazo por ato administrativo da Presidência do TJRJ. Comprovação. Diário da Justiça eletrônico. Documento idôneo. Não cômputo do dia que por força de ato administrativo editado pela Presidência do TJ/RJ foram suspensos os prazos processuais. Recurso provido.

CONCURSO PÚBLICO

274

0009388-53.2022.8.19.0000

13847 / 2022 - TJ - (AI) - Concurso público. Policial militar. Infração de menor potencial ofensivo. Exame social. Reprovação. Indícios de ilegalidade. Tutela antecipada.

CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

179

0232490-30.2016.8.19.0001

88619 / 2021 - TJ - (AC) - Ação declaratória de nulidade da sentença arbitral. Condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais. Competência do juízo arbitral de arbitrar honorários. Sentença arbitral bem fundamentada. Acordo das partes de submeter as questões controvertidas ao juízo arbitral. Inexistência de nulidade do título arbitral.

CONDENAÇÃO LASTREADA SOMENTE NO DEPOIMENTO DA VÍTIMA

140

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras

provas. Condenação lastreada somente no depoimento da vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

CONSTRUÇÃO DESTRUIDA POR INUNDAÇÃO

281

0013302-83.2015.8.19.0061

23122 / 2022 - TJ - (AC) - Desapropriação indireta. Construção destruída por inundação. Indenização correspondente ao valor do imóvel. Incabível indenização por benfeitorias existentes no imóvel. Não incidência de juros compensatórios.

CONTAGEM DE PRAZOS

125

1788341 / 2020 - STJ - (-----) - Contagem de prazos. Dias úteis. Suspensão do prazo por ato administrativo da Presidência do TJRJ. Comprovação. Diário da Justiça eletrônico. Documento idôneo. Não cômputo dos dias em que, por força de ato administrativo editado pela Presidência do TJ/RJ, foram suspensos os prazos processuais. Recurso provido.

CONTRATAÇÃO DE SEGURO VIAGEM

319

0027433-26.2019.8.19.0001

19356 / 2022 - TJ - (-----) - Responsabilidade civil. Contratação de seguro viagem. Não razoabilidade de interpretação restritiva das cláusulas contratuais. Situação de extrema vulnerabilidade. Precário atendimento dispensado pela clínica estrangeira. Danos materiais e morais caracterizados.

CONTRATO VÁLIDO ENTRE AS PARTES DESDE A SUA FORMAÇÃO

227

0064835-26.2022.8.19.0000

88712 / 2022 - TJ - (AI) - Ação de busca e apreensão. Bem registrado em nome de terceiro. Inadimplência e constituição da devedora em mora. Súmulas 72 e 92 do STJ. Súmulas 55 e 283 TJRJ. Contrato válido entre as partes desde a sua formação. Respaldo das medidas judiciais para resguardar eventual direito de terceiro adquirente.

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM INSTITUÍDA POR LIVRE E ESPONTÂNEA VONTADE DAS PARTES

202

0014625-96.2017.8.19.0209

50189 / 2021 - TJ - (AC) - Reintegração de posse. Convenção de arbitragem instituída por livre e espontânea vontade das partes. Competência do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem.

CRIME PREVISTO NO ARTIGO 171 DO CÓDIGO PENAL

331

0058942-54.2022.8.19.0000

17134 / 2022 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Crime previsto no artigo 171 do Código Penal. Pleito de trancamento da ação penal. Não verificação de constrangimento ilegal. Índices de autoria. Denegação da ordem.

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL

161

2001912 / 2022 - STJ - (RESP) - Cumprimento de sentença arbitral. Impugnação. Alegação de nulidade da sentença arbitral. Falta ou nulidade da citação. Anterior ação de nulidade. Coisa julgada caracterizada. Alegação de idêntica tese em impugnação ao cumprimento da sentença. Impossibilidade.

DANO MORAL CONFIGURADO

309

0007930-76.2019.8.19.0203

30307 / 2022 - TJ - (AC) - Profissional liberal. Relação de consumo. Responsabilidade subjetiva. Violação ao Estatuto da pessoa com deficiência. Dano moral configurado.

DANO MORAL IN RE IPSA

270

0001201-54.2018.8.19.0046

45901 / 2022 - TJ - (AC) - Boleto bancário. Preposto. Erro de digitação. Pagamento não computado. Negativação do nome. Dano moral *in re ipsa*.

DANOS ELÉTRICOS CAUSADOS A EQUIPAMENTOS SEGURADOS**277****0021825-91.2020.8.19.0002**

59971 / 2022 - TJ - (AC) - Danos elétricos causados a equipamentos segurados. Responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviço público. Seguradora que adimpliu a obrigação assumida no contrato de seguro. Sub-rogação nos direitos dos segurados. Enunciado 254 do verbete sumular deste Tribunal de Justiça.

DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS**319****0027433-26.2019.8.19.0001**

19356 / 2022 - TJ - (-----) - Responsabilidade civil. Contratação de seguro viagem. Não razoabilidade de interpretação restritiva das cláusulas contratuais. Situação de extrema vulnerabilidade. Precário atendimento dispensado pela clínica estrangeira. Danos materiais e morais caracterizados.

DANOS MORAIS CONFIGURADOS**317****0019932-78.2019.8.19.0203**

66127 / 2020 - TJ - (AC) - Rescisão do compromisso de compra e venda pelo autor. Atraso na entrega do imóvel. Aplicação do Código de defesa do consumidor. Danos morais configurados.

DECISÃO AGRAVADA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO**97**

66940 / 2021 - STJ - (-----) - Decisão agravada que extinguiu o processo sem resolução de mérito. Razões que não impugnam especificamente os fundamentos da decisão recorrida. Súmula 182 STJ e artigo 1021, parágrafo 1º, CPC/2015. Agravo interno não conhecido.

DECISÃO AMPARADA NO DIREITO A SAÚDE**306****0064317-36.2022.8.19.0000**

88110 / 2022 - TJ - (AI) - Procedimento ci-

rúrgico reparador. Cirurgia bariátrica. Recurso contrário às súmulas 59, 218 e 258 TJ. Decisão amparada no direito a saúde. Laudos psicológicos e médicos. Imprescindibilidade do procedimento.

DENEGAÇÃO DA ORDEM**331****0058942-54.2022.8.19.0000**

17134 / 2022 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Crime previsto no artigo 171 do Código Penal. Pleito de trancamento da ação penal. Não verificação de constrangimento ilegal. Indícios de autoria. Denegação da ordem.

DEPOIMENTOS CONTRADITÓRIOS**140**

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras provas. Condenação lastreada somente no depoimento da vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA**281****0013302-83.2015.8.19.0061**

23122 / 2022 - TJ - (AC) - Desapropriação indireta. Construção destruída por inundação. Indenização correspondente ao valor do imóvel. Incabível indenização por benfeitorias existentes no imóvel. Não incidência de juros compensatórios.

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO**125**

1788341 / 2020 - STJ - (-----) - Contagem de prazos. Dias úteis. Suspensão do prazo por ato administrativo da Presidência do TJRJ. Comprovação. Diário da Justiça eletrônico. Documento idôneo. Não cômputo do dia que por força de ato administrativo editado pela Presidência do TJ/RJ foram suspensos os prazos processuais. Recurso provido.

387ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTOÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATORÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA**SUMÁRIO**

DIAS ÚTEIS**125**

1788341 / 2020 - STJ - (-----) - Contagem de prazos. Dias úteis. Suspensão do prazo por ato administrativo da Presidência do TJRJ. Comprovação. Diário da Justiça eletrônico. Documento idôneo. Não cômputo do dia que, por força de ato administrativo editado pela Presidência do TJ/RJ, foram suspensos os prazos processuais. Recurso provido.

DIREITO DE IMAGEM**231****0044808-81.2016.8.19.0210**

51314 / 2022 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Direito de imagem. Veiculação de reportagem onde a apelante teria sido filmada. Matéria jornalística com objetivo meramente informativo. Indenização incabível.

DISTÂNCIA TEMPORAL DOS FATOS**140**

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras provas. Condenação lastreada somente no depoimento da vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

DOCUMENTO IDÔNEO**125**

1788341 / 2020 - STJ - (-----) - Contagem de prazos. Dias úteis. Suspensão do prazo por ato administrativo da Presidência do TJRJ. Comprovação. Diário da Justiça eletrônico. Documento idôneo. Não cômputo do dia que, por força de ato administrativo editado pela Presidência do TJ/RJ, foram suspensos os prazos processuais. Recurso provido.

EFICÁCIA DA CLÁUSULA QUE DEVE SER RECONHECIDA**170****0046960-11.2020.8.19.0001**

83663 / 2021 - TJ - (AC) - Ação de rescisão

contratual. Existência de cláusula arbitral no contrato. Posterior extinção da câmara de arbitragem. Eficácia da cláusula que deve ser reconhecida.

EMBARGOS À EXECUÇÃO**190****0063909-76.2021.8.19.0001**

1923 / 2022 - TJ - (AC) - Embargos a execução. Suspensão da execução. Aguarde de decisão final do juízo arbitral.

ENUNCIADO 254 DO VERBETE SUMULAR DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA**277****0021825-91.2020.8.19.0002**

59971 / 2022 - TJ - (AC) - Danos elétricos causados a equipamentos segurados. Responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviço público. Seguradora que adimpliu a obrigação assumida no contrato de seguro. Sub-rogação nos direitos dos segurados. Enunciado 254 do verbete sumular deste Tribunal de Justiça.

ERRO DE DIGITAÇÃO**270****0001201-54.2018.8.19.0046**

45901 / 2022 - TJ - (AC) - Boleto bancário. Preposto. Erro de digitação. Pagamento não computado. Negativação do nome. Dano moral *in re ipsa*.

EXAME SOCIAL**274****0009388-53.2022.8.19.0000**

13847 / 2022 - TJ - (AI) - Concurso público. Policial militar. Infração de menor potencial ofensivo. Exame social. Reprovação. Índícios de ilegalidade. Tutela antecipada.

EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA ARBITRAL NO CONTRATO**170****0046960-11.2020.8.19.0001**

83663 / 2021 - TJ - (AC) - Ação de rescisão contratual. Existência de cláusula arbitral no con-

trato. Posterior extinção da câmara de arbitragem. Eficácia da cláusula que deve ser reconhecida.

FACULDADE DA CONCILIAÇÃO ÀS PARTES

198

0003629-69.2016.8.19.0081

2138 / 2020 - TJ - (AC) - Negativa de conciliação em outro processo. Pedido de indenização por danos morais. Faculdade da conciliação às partes. Impossibilidade jurídica do pedido.

FALTA DE PROVAS DA PRÁTICA DELITIVA

374

0040507-25.2019.8.19.0004

7337 / 2022 - TJ - (ACRIM) - Violação ao artigo 1º II da lei 8137/90 na forma do artigo 71 do Código Penal. Sentença absolutória. Falta de provas da prática delitiva. Autoria não devidamente esclarecida. Pleito de indenização prejudicado.

FALTA DE RECONHECIMENTO PESSOAL EM JUÍZO PELA VÍTIMA

336

0235445-29.2019.8.19.0001

4899 / 2021 - TJ - (ACRIM) - Roubo simples. Provas produzidas frágeis. Autoria que não restou delineada. Falta de reconhecimento pessoal em juízo pela vítima. Vulnerabilidade das declarações policiais. Absolvição do recorrente.

FALTA OU NULIDADE DA CITAÇÃO

161

2001912 / 2022 - STJ - (RESP) - Cumprimento de sentença arbitral. Impugnação. Alegação de nulidade da sentença arbitral. Falta ou nulidade da citação. Anterior ação de nulidade. Coisa julgada caracterizada. Alegação de idêntica tese em impugnação ao cumprimento da sentença. Impossibilidade.

FURTO SIMPLES

328

0132594-72.2020.8.19.0001

10845 / 2022 - TJ - (ACRIM) - Furto simples. Prova de materialidade e autoria. Inaplicável

o princípio da insignificância. Primariedade do agente. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Prestação de serviços comunitários.

HABEAS CORPUS

140

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras provas. Condenação lastreada somente no depoimento da vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

331

0058942-54.2022.8.19.0000

17134 / 2022 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Crime previsto no artigo 171 do Código Penal. Pleito de trancamento da ação penal. Não verificação de constrangimento ilegal. Indícios de autoria. Denegação da ordem.

HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO FISCAL

235

0048960-16.2022.8.19.0000

67464 / 2022 - TJ - (AI) - Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Homologação do plano de recuperação fiscal. Irresignação. Apresentação de novo plano de recuperação judicial.

ILEGALIDADE DA CONSTRUÇÃO

295

0000759-02.2012.8.19.0078

1820 / 2022 - TJ - (-----) - Pessoa jurídica de direito público. Agentes públicos. Poder de polícia. Licença ambiental que não consta dos autos. Ilegalidade da construção.

IMPOSSIBILIDADE

161

2001912 / 2022 - STJ - (RESP) - Cumprimento de sentença arbitral. Impugnação. Alegação de nulidade da sentença arbitral. Falta ou

nulidade da citação. Anterior ação de nulidade. Coisa julgada caracterizada. Alegação de idêntica tese em impugnação ao cumprimento da sentença. Impossibilidade.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

198

0003629-69.2016.8.19.0081

2138 / 2020 - TJ - (AC) - Negativa de conciliação em outro processo. Pedido de indenização por danos morais. Faculdade da conciliação às partes. Impossibilidade jurídica do pedido.

IMPREScindIBILIDADE DO PROCEDIMENTO

306

0064317-36.2022.8.19.0000

88110 / 2022 - TJ - (AI) - Procedimento cirúrgico reparador. Cirurgia bariátrica. Recurso contrário às súmulas 59, 218 e 258 TJ. Decisão amparada no direito à saúde. Laudos psicológicos e médicos. Imprescindibilidade do procedimento.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

209

0083842-72.2020.8.19.0000

102774 / 2020 - TJ - (AI) - Ação civil pública. Improbidade administrativa. Recebimento da inicial. Indisponibilidade de bens. Parcial provimento.

IMPUGNAÇÃO

161

2001912 / 2022 - STJ - (RESP) - Cumprimento de sentença arbitral. Impugnação. Alegação de nulidade da sentença arbitral. Falta ou nulidade da citação. Anterior ação de nulidade. Coisa julgada caracterizada. Alegação de idêntica tese em impugnação ao cumprimento da sentença. Impossibilidade.

IMPUGNAÇÃO QUANTO AO EXCESSO DE COBRANÇA

293

0036208-68.2017.8.19.0038

68780 / 2022 - TJ - (AC) - Impugnação quanto ao excesso de cobrança. Tarifa de energia. Pro-

va técnica produzida. Restituição do indébito em dobro. Instalação de terminal de leitura individual. Não caracterização do dano moral.

INADIMPLÊNCIA E CONSTITUIÇÃO DA DEVEDORA EM MORA

227

0064835-26.2022.8.19.0000

88712 / 2022 - TJ - (AI) - Ação de busca e apreensão. Bem registrado em nome de terceiro. Inadimplência e constituição da devedora em mora. Súmulas 72 e 92 do STJ. Súmulas 55 e 283 TJRJ. Contrato válido entre as partes desde a sua formação. Respaldo das medidas judiciais para resguardar eventual direito de terceiro adquirente.

INAPLICÁVEL O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

328

0132594-72.2020.8.19.0001

10845 / 2022 - TJ - (ACRIM) - Furto simples. Prova de materialidade e autoria. Inaplicável o princípio da insignificância. Primariedade do agente. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Prestação de serviços comunitários.

INCABÍVEL INDENIZAÇÃO POR BENFEITÓRIAS EXISTENTES NO IMÓVEL

281

0013302-83.2015.8.19.0061

23122 / 2022 - TJ - (AC) - Desapropriação indireta. Construção destruída por inundação. Indenização correspondente ao valor do imóvel. Incabível indenização por benfeitorias existentes no imóvel. Não incidência de juros compensatórios.

INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE AO VALOR DO IMÓVEL

281

0013302-83.2015.8.19.0061

23122 / 2022 - TJ - (AC) - Desapropriação indireta. Construção destruída por inundação. Indenização correspondente ao valor do imóvel. Incabível indenização por benfeitorias existentes no imóvel. Não incidência de juros compensatórios.

390

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

INDENIZAÇÃO INCABÍVEL**231****0044808-81.2016.8.19.0210**

51314 / 2022 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Direito de imagem. Veiculação de reportagem onde a apelante teria sido filmada. Matéria jornalística com objetivo meramente informativo. Indenização incabível.

INDÍCIOS DE AUTORIA**331****0058942-54.2022.8.19.0000**

17134 / 2022 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Crime previsto no artigo 171 do Código Penal. Pleito de trancamento da ação penal. Não verificação de constrangimento ilegal. Índícios de autoria. Denegação da ordem.

INDÍCIOS DE ILEGALIDADE**274****0009388-53.2022.8.19.0000**

13847 / 2022 - TJ - (AI) - Concurso público. Policial militar. Infração de menor potencial ofensivo. Exame social. Reprovação. Índícios de ilegalidade. Tutela antecipada.

INDISPONIBILIDADE DE BENS**209****0083842-72.2020.8.19.0000**

102774 / 2020 - TJ - (AI) - Ação civil pública. Improbidade administrativa. Recebimento da inicial. Indisponibilidade de bens. Parcial provimento.

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DO TÍTULO ARBITRAL**179****0232490-30.2016.8.19.0001**

88619 / 2021 - TJ - (AC) - Ação declaratória de nulidade da sentença arbitral. Condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais. Competência do juízo arbitral de arbitrar honorários. Sentença arbitral bem fundamentada. Acordo das partes de submeter as questões controvertidas ao juízo arbitral. Inexistência de nulidade do título arbitral

INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO**274****0009388-53.2022.8.19.0000**

13847 / 2022 - TJ - (AI) - Concurso público. Policial militar. Infração de menor potencial ofensivo. Exame social. Reprovação. Índícios de ilegalidade. Tutela antecipada.

INSTALAÇÃO DE TERMINAL DE LEITURA INDIVIDUAL**293****0036208-68.2017.8.19.0038**

68780 / 2022 - TJ - (AC) - Impugnação quanto ao excesso de cobrança. Tarifa de energia. Prova técnica produzida. Restituição do indébito em dobro. Instalação de terminal de leitura individual. Não caracterização do dano moral.

INTEMPESTIVIDADE**152**

2101536 / 2022 - STJ - (-----) - Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Processo penal. Recurso contra decisão monocrática de relator. Prazo de 5 dias corridos. Art. 39 da Lei 8.038/1990. Intempestividade. Agravo regimental não conhecido.

IRRESIGNAÇÃO**235****0048960-16.2022.8.19.0000**

67464 / 2022 - TJ - (AI) - Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Homologação do plano de recuperação fiscal. Irresignação. Apresentação de novo plano de recuperação judicial.

LAUDOS PSICOLÓGICOS E MÉDICOS**306****0064317-36.2022.8.19.0000**

88110 / 2022 - TJ - (AI) - Procedimento cirúrgico reparador. Cirurgia bariátrica. Recurso contrário às súmulas 59, 218 e 258 TJ. Decisão amparada no direito a saúde. Laudos psicológicos e médicos. Imprescindibilidade do procedimento.

391ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTOÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATORÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA**SUMÁRIO**

LICENÇA AMBIENTAL QUE NÃO CONSTA DOS AUTOS**295****0000759-02.2012.8.19.0078**

1820 / 2022 - TJ - (-----) - Pessoa jurídica de direito público. Agentes públicos. Poder de polícia. Licença ambiental que não consta dos autos. Ilegalidade da construção.

LIMITE DO DEVER DE CAUTELA ULTRAPASSADO**321****0000281-07.2018.8.19.0038**

49096 / 2022 - TJ - (AC) - Travamento de porta giratória. Situação vexatória. Pertences retirados. Não ingresso na agência. Limite do dever de cautela ultrapassado. Responsabilidade objetiva. Provas consistentes. Reparação moral devida.

MAJORAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES**83**

2507 / 2022 - STJ - (-----) - Previdência privada. Regime de custeio. Majoração de contribuições. Possibilidade. Busca do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário. Resultado deficitário. Ônus de patrocinadores. Violação de bens jurídicos tutelados pela legislação de regência. Agravo interno desprovido.

MATÉRIA JORNALÍSTICA COM OBJETIVO MERAMENTE INFORMATIVO**231****0044808-81.2016.8.19.0210**

51314 / 2022 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Direito de imagem. Veiculação de reportagem onde a apelante teria sido filmada. Matéria jornalística com objetivo meramente informativo. Indenização incabível.

MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS**340****0000766-68.2019.8.19.0071**

11795 / 2021 - TJ - (ACRIM) - Tráfico de entorpecentes. Materialidade e autoria compro-

vadas. Réu primário e sem maus antecedentes. Redução da pena base que se justifica e aplica.

NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL**293****0036208-68.2017.8.19.0038**

68780 / 2022 - TJ - (AC) - Impugnação quanto ao excesso de cobrança. Tarifa de energia. Prova técnica produzida. Restituição do indébito em dobro. Instalação de terminal de leitura individual. Não caracterização do dano moral.

NÃO CÔMPUTO DO DIA QUE POR FORÇA DE ATO ADMINISTRATIVO EDITADO PELA PRESIDÊNCIA DO TJ/RJ FORAM SUSPENSOS OS PRAZOS PROCESSUAIS**125**

1788341 / 2020 - STJ - (-----) - Contagem de prazos. Dias úteis. Suspensão do prazo por ato administrativo da Presidência do TJRJ. Comprovação. Diário da Justiça eletrônico. Documento idôneo. Não cômputo do dia que, por força de ato administrativo editado pela Presidência do TJ/RJ, foram suspensos os prazos processuais. Recurso provido.

NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS COMPENSATÓRIOS**281****0013302-83.2015.8.19.0061**

23122 / 2022 - TJ - (AC) - Desapropriação indireta. Construção destruída por inundação. Indenização correspondente ao valor do imóvel. Incabível indenização por benfeitorias existentes no imóvel. Não incidência de juros compensatórios.

NÃO INGRESSO NA AGÊNCIA**321****0000281-07.2018.8.19.0038**

49096 / 2022 - TJ - (AC) - Travamento de porta giratória. Situação vexatória. Pertences retirados. Não ingresso na agência. Limite do dever de cautela ultrapassado. Responsabilidade objetiva. Provas consistentes. Reparação moral devida.

392ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTOÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATORÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

**NÃO RAZOABILIDADE DE INTERPRETAÇÃO
RESTRITIVA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS****319****0227433-26.2019.8.19.0001**

19356 / 2022 - TJ - (-----) - Responsabilidade civil. Contratação de seguro viagem. Não razoabilidade de interpretação restritiva das cláusulas contratuais. Situação de extrema vulnerabilidade. Precário atendimento dispensado pela clínica estrangeira. Danos materiais e morais caracterizados.

**NÃO VERIFICAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO
ILEGAL****331****0058942-54.2022.8.19.0000**

17134 / 2022 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Crime previsto no artigo 171 do Código Penal. Pleito de trancamento da ação penal. Não verificação de constrangimento ilegal. Índícios de autoria. Denegação da ordem.

**NEGATIVA DE CONCILIAÇÃO EM OUTRO
PROCESSO****198****0003629-69.2016.8.19.0081**

2138 / 2020 - TJ - (AC) - Negativa de conciliação em outro processo. Pedido de indenização por danos morais. Faculdade da conciliação as partes. Impossibilidade jurídica do pedido.

NEGATIVAÇÃO DO NOME**270****0001201-54.2018.8.19.0046**

45901 / 2022 - TJ - (AC) - Boleto bancário. Preposto. Erro de digitação. Pagamento não computado. Negativação do nome. Dano moral *in re ipsa*.

NULIDADE**140**

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras

provas. Condenação lastreada somente no depoimento da vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

NULIDADE RECONHECIDA**140**

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras provas. Condenação lastreada somente no depoimento da vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

ÔNUS DE PATROCINADORES**83**

2507 / 2022 - STJ - (-----) - Previdência privada. Regime de custeio. Majoração de contribuições. Possibilidade. Busca do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário. Resultado deficitário. Ônus de patrocinadores. Violação de bens jurídicos tutelados pela legislação de regência. Agravo interno desprovido.

PAGAMENTO NÃO COMPUTADO**270****0001201-54.2018.8.19.0046**

45901 / 2022 - TJ - (AC) - Boleto bancário. Preposto. Erro de digitação. Pagamento não computado. Negativação do nome. Dano moral *in re ipsa*.

PARCIAL PROVIMENTO**209****0083842-72.2020.8.19.0000**

102774 / 2020 - TJ - (AI) - Ação civil pública. Improbidade administrativa. Recebimento da inicial. Indisponibilidade de bens. Parcial provimento.

PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**198****0003629-69.2016.8.19.0081**

2138 / 2020 - TJ - (AC) - Negativa de conciliação em outro processo. Pedido de indenização

por danos morais. Faculdade da conciliação as partes. Impossibilidade jurídica do pedido.

PENAL

152

2101536 / 2022 - STJ - (-----) - Agravo regimental no agravo em recurso especial . Penal. Processo penal. Recurso contra decisão monocrática de relator. Prazo de 5 dias corridos. Art. 39 da Lei 8.038/1990. Intempestividade. Agravo regimental não conhecido.

PERTENCES RETIRADOS

321

0000281-07.2018.8.19.0038

49096 / 2022 - TJ - (AC) - Travamento de porta giratória. Situação vexatória. Pertences retirados. Não ingresso na agência. Limite do dever de cautela ultrapassado. Responsabilidade objetiva. Provas consistentes. Reparação moral devida.

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

295

0000759-02.2012.8.19.0078

1820 / 2022 - TJ - (-----) - Pessoa jurídica de direito público. Agentes públicos. Poder de polícia. Licença ambiental que não consta dos autos. Ilegalidade da construção.

PLANO DE SAÚDE

298

0095241-64.2021.8.19.0000

124807 / 2021 - TJ - (AI) - Plano de saúde. Autorização e custeio de medicamento à base de canabidiol. Risco de dano grave. Rol da ANS passível de mitigação.

PLEITO DE INDENIZAÇÃO PREJUDICADO

374

0040507-25.2019.8.19.0004

7337 / 2022 - TJ - (ACRIM) - Violação ao artigo 1º, II, da Lei 8.137/90 na forma do artigo 71 do Código Penal. Sentença absolutória . Falta de provas da prática delitiva.

Autoria não devidamente esclarecida. Pleito de indenização prejudicado.

PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL

331

0058942-54.2022.8.19.0000

17134 / 2022 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Crime previsto no artigo 171 do Código Penal. Pleito de trancamento da ação penal. Não verificação de constrangimento ilegal. Índícios de autoria. Denegação da ordem.

PODER DE POLÍCIA

295

0000759-02.2012.8.19.0078

1820 / 2022 - TJ - (-----) - Pessoa jurídica de direito público. Agentes públicos. Poder de polícia. Licença ambiental que não consta dos autos. Ilegalidade da construção.

POLICIAL MILITAR

274

0009388-53.2022.8.19.0000

13847 / 2022 - TJ - (AI) - Concurso público. Policial militar. Infração de menor potencial ofensivo. Exame social. Reprovação. Índícios de ilegalidade. Tutela antecipada.

POSSIBILIDADE

83

2507 / 2022 - STJ - (-----) - Previdência privada. Regime de custeio. Majoração de contribuições. Possibilidade. Busca do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário. Resultado deficitário. Ônus de patrocinadores. Violação de bens jurídicos tutelados pela legislação de regência. Agravo interno desprovido.

POSSÍVEL VIÉS DE CONFIRMAÇÃO

140

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras provas. Condenação lastreada

somente no depoimento da vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

POSTERIOR EXTINÇÃO DA CÂMARA DE ARBITRAGEM

170

0046960-11.2020.8.19.0001

83663 / 2021 - TJ - (AC) - Ação de rescisão contratual. Existência de cláusula arbitral no contrato. Posterior extinção da câmara de arbitragem. Eficácia da cláusula que deve ser reconhecida.

PRAZO DE 5 DIAS CORRIDOS

152

2101536 / 2022 - STJ - (-----) - Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Processo penal. Recurso contra decisão monocrática de relator. Prazo de 5 dias corridos. Art. 39 da Lei 8.038/1990. Intempestividade. Agravo regimental não conhecido.

PRECÁRIO ATENDIMENTO DISPENSADO PELA CLÍNICA ESTRANGEIRA

319

0227433-26.2019.8.19.0001

19356 / 2022 - TJ - (-----) - Responsabilidade civil. Contratação de seguro viagem. Não razoabilidade de interpretação restritiva das cláusulas contratuais. Situação de extrema vulnerabilidade. Precário atendimento dispensado pela clínica estrangeira. Danos materiais e morais caracterizados.

PREPOSTO

270

0001201-54.2018.8.19.0046

45901 / 2022 - TJ - (AC) - Boleto bancário. Preposto. Erro de digitação. Pagamento não computado. Negativação do nome. Dano moral *in re ipsa*.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNITÁRIOS

328

0132594-72.2020.8.19.0001

10845 / 2022 - TJ - (ACRIM) - Furto simples. Prova de materialidade e autoria. Inaplicável o princípio da insignificância. Primariedade

do agente. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Prestação de serviços comunitários.

PREVIDÊNCIA PRIVADA

83

2507 / 2022 - STJ - (-----) - Previdência privada. Regime de custeio. Majoração de contribuições. Possibilidade. Busca do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário. Resultado deficitário. Ônus de patrocinadores. Violação de bens jurídicos tutelados pela legislação de regência. Agravo interno desprovido.

PRIMARIEDADE DO AGENTE

328

0132594-72.2020.8.19.0001

10845 / 2022 - TJ - (ACRIM) - Furto simples. Prova de materialidade e autoria. Inaplicável o princípio da insignificância. Primariedade do agente. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Prestação de serviços comunitários.

PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REPARADOR

306

0064317-36.2022.8.19.0000

88110 / 2022 - TJ - (AI) - Procedimento cirúrgico reparador. Cirurgia bariátrica. Recurso contrário às súmulas 59, 218 e 258 TJ. Decisão amparada no direito a saúde. Laudos psicológicos e médicos. Imprescindibilidade do procedimento.

PROCESSO PENAL

140

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras provas. Condenação lastreada somente no depoimento da vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

152

2101536 / 2022 - STJ - (-----) - Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Processo pe-

nal. Recurso contra decisão monocrática de relator. Prazo de 5 dias corridos. Art 39 da Lei 8038/1990. Intempestividade. Agravo regimental não conhecido.

PROFISSIONAL LIBERAL

309

0007930-76.2019.8.19.0203

30307 / 2022 - TJ - (AC) - Profissional liberal. Relação de consumo. Responsabilidade subjetiva. Violação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. Dano moral configurado.

PROVAS CONSISTENTES

321

0000281-07.2018.8.19.0038

49096 / 2022 - TJ - (AC) - Travamento de porta giratória. Situação vexatória. Pertences retirados. Não ingresso na agência. Limite do dever de cautela ultrapassado. Responsabilidade objetiva. Provas consistentes. Reparação moral devida.

PROVA DE MATERIALIDADE E AUTORIA

328

0132594-72.2020.8.19.0001

10845 / 2022 - TJ - (ACRIM) - Furto simples. Prova de materialidade e autoria. Inaplicável o princípio da insignificância. Primariedade do agente. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Prestação de serviços comunitários.

PROVA TÉCNICA PRODUZIDA

293

0036208-68.2017.8.19.0038

68780 / 2022 - TJ - (AC) - Impugnação quanto ao excesso de cobrança. Tarifa de energia. Prova técnica produzida. Restituição do indébito em dobro. Instalação de terminal de leitura individual. Não caracterização do dano moral.

PROVAS PRODUZIDAS FRÁGEIS

336

0235445-29.2019.8.19.0001

4899 / 2021 - TJ - (ACRIM) - Roubo simples. Provas produzidas frágeis. Autoria que não restou

delineada. Falta de reconhecimento pessoal em juízo pela vítima. Vulnerabilidade das declarações policiais. Absolvição do recorrente.

RAZÕES QUE NÃO IMPUGNAM ESPECIFICAMENTE OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA

97

66940 / 2021 - STJ - (-----) - Decisão agravada que extinguiu o processo sem resolução de mérito. Razões que não impugnam especificamente os fundamentos da decisão recorrida. Súmula 182 STJ e artigo 1.021 parágrafo 1º CPC/2015. Agravo interno não conhecido.

RECEBIMENTO DA INICIAL

209

0083842-72.2020.8.19.0000

102774 / 2020 - TJ - (AI) - Ação civil pública. Improbidade administrativa. Recebimento da inicial. Indisponibilidade de bens. Parcial provimento.

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

140

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras provas. Condenação lastreada somente no depoimento da vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

235

0048960-16.2022.8.19.0000

67464 / 2022 - TJ - (AI) - Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Homologação do plano de recuperação fiscal. Irresignação. Apresentação de novo plano de recuperação judicial.

RECURSO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR

152

2101536 / 2022 - STJ - (-----) - Agravo regimental no agravo em recurso especial. Penal. Processo penal. Recurso contra decisão monocrática de relator.

Prazo de 5 dias corridos. Art. 39 da Lei 8038/1990. Intempestividade. Agravo regimental não conhecido.

RECURSO CONTRÁRIO ÀS SÚMULAS

306

0064317-36.2022.8.19.0000

88110 / 2022 - TJ - (AI) - Procedimento cirúrgico reparador. Cirurgia bariátrica. Recurso contrário às súmulas 59, 218 e 258 TJ. Decisão amparada no direito a saúde. Laudos psicológicos e médicos. Imprescindibilidade do procedimento.

RECURSO PROVIDO

125

1788341 / 2020 - STJ - (-----) - Contagem de prazos. Dias úteis. Suspensão do prazo por ato administrativo da Presidência do TJRJ. Comprovação. Diário da Justiça eletrônico. Documento idôneo. Não cômputo do dia, que por força de ato administrativo editado pela Presidência do TJ/RJ, foram suspensos os prazos processuais. Recurso provido.

REDUÇÃO DA PENA BASE QUE SE JUSTIFICA E APLICA

340

0000766-68.2019.8.19.0071

11795 / 2021 - TJ - (ACRIM) - Tráfico de entorpecentes. Materialidade e autoria comprovadas. Réu primário e sem maus antecedentes. Redução da pena base que se justifica e aplica.

REGIME DE CUSTEIO

83

2507 / 2022 - STJ - (-----) - Previdência privada. Regime de custeio. Majoração de contribuições. Possibilidade. Busca do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário. Resultado deficitário. Ônus de patrocinadores. Violação de bens jurídicos tutelados pela legislação de regência. Agravo interno desprovido.

REINTEGRAÇÃO DE POSSE

202

0014625-96.2017.8.19.0209

50189 / 2021 - TJ - (AC) - Reintegração de posse. Convenção de arbitragem instituída

por livre e espontânea vontade das partes. Competência do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem.

RELAÇÃO DE CONSUMO

309

0007930-76.2019.8.19.0203

30307 / 2022 - TJ - (AC) - Profissional liberal. Relação de consumo. Responsabilidade subjetiva. Violação ao Estatuto da pessoa com deficiência. Dano moral configurado.

REPARAÇÃO MORAL DEVIDA

321

0000281-07.2018.8.19.0038

49096 / 2022 - TJ - (AC) - Travamento de porta giratória. Situação vexatória. Pertences retirados. Não ingresso na agência. Limite do dever de cautela ultrapassado. Responsabilidade objetiva. Provas consistentes. Reparação moral devida.

REPROVAÇÃO

274

0009388-53.2022.8.19.0000

13847 / 2022 - TJ - (AI) - Concurso público. Policial militar. Infração de menor potencial ofensivo. Exame social. Reprovação. Índícios de ilegalidade. Tutela antecipada.

RESCISÃO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA PELO AUTOR

317

0019932-78.2019.8.19.0203

66127 / 2020 - TJ - (AC) - Rescisão do compromisso de compra e venda pelo autor. Atraso na entrega do imóvel. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Danos morais configurados.

RESPONSABILIDADE CIVIL

319

0227433-26.2019.8.19.0001

19356 / 2022 - TJ - (-----) - Responsabilidade civil. Contratação de seguro viagem. Não razoabilidade de interpretação restritiva das cláusulas contratuais. Situação de extrema vulnerabilidade.

397

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

Precário atendimento dispensado pela clínica estrangeira. Danos materiais e morais caracterizados.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO

277

0021825-91.2020.8.19.0002

59971 / 2022 - TJ - (AC) - Danos elétricos causados a equipamentos segurados. Responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviço público. Seguradora que adimpliu a obrigação assumida no contrato de seguro. Sub-rogação nos direitos dos segurados. Enunciado 254 do verbete sumular deste Tribunal de Justiça.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA

321

0000281-07.2018.8.19.0038

49096 / 2022 - TJ - (AC) - Travamento de porta giratória. Situação vexatória. Pertences retirados. Não ingresso na agência. Limite do dever de cautela ultrapassado. Responsabilidade objetiva. Provas consistentes. Reparação moral devida.

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

309

0007930-76.2019.8.19.0203

30307 / 2022 - TJ - (AC) - Profissional liberal. Relação de consumo. Responsabilidade subjetiva. Violação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. Dano moral configurado.

RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO

293

0036208-68.2017.8.19.0038

68780 / 2022 - TJ - (AC) - Impugnação quanto ao excesso de cobrança. Tarifa de energia. Prova técnica produzida. Restituição do indébito em dobro. Instalação de terminal de leitura individual. Não caracterização do dano moral.

RESULTADO DEFICITÁRIO

83

2507 / 2022 - STJ - (-----) - Previdência privada. Regime de custeio. Majoração de contribui-

ções. Possibilidade. Busca do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário. Resultado deficitário. Ônus de patrocinadores. Violação de bens jurídicos tutelados pela legislação de regência. Agravo interno desprovido.

RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES

340

0000766-68.2019.8.19.0071

11795 / 2021 - TJ - (ACRIM) - Tráfico de entorpecentes. Materialidade e autoria comprovadas. Réu primário e sem maus antecedentes. Redução da pena base que se justifica e aplica.

RISCO DE DANO GRAVE

298

0095241-64.2021.8.19.0000

124807 / 2021 - TJ - (AI) - Plano de saúde. Autorização e custeio de medicamento à base de canabidiol. Risco de dano grave. Rol da ANS passível de mitigação.

ROL DA ANS PASSÍVEL DE MITIGAÇÃO

298

0095241-64.2021.8.19.0000

124807 / 2021 - TJ - (AI) - Plano de saúde. Autorização e custeio de medicamento à base de canabidiol. Risco de dano grave. Rol da ANS passível de mitigação.

ROUBO MAJORADO

140

664537 / 2021 - STJ - (HC) - Processo penal. *Habeas Corpus*. Roubo majorado. Nulidade. Reconhecimento fotográfico. Distância temporal dos fatos. Ausência de verossimilhança. Depoimentos contraditórios. Ausência de outras provas. Condenação lastreada somente no depoimento da vítima. Possível viés de confirmação. Nulidade reconhecida. Absolvição.

ROUBO SIMPLES

336

0235445-29.2019.8.19.0001

4899 / 2021 - TJ - (ACRIM) - Roubo simples. Provas produzidas frágeis. Autoria que não restou

delineada. Falta de reconhecimento pessoal em juízo pela vítima. Vulnerabilidade das declarações policiais. Absolição do recorrente.

SEGURADORA QUE ADIMPLIU A OBRIGAÇÃO ASSUMIDA NO CONTRATO DE SEGURO

277

0021825-91.2020.8.19.0002

59971 / 2022 - TJ - (AC) - Danos elétricos causados a equipamentos segurados. Responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviço público. Seguradora que adimpliu a obrigação assumida no contrato de seguro. Sub-rogação nos direitos dos segurados. Enunciado 254 do verbete sumular deste Tribunal de Justiça.

SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

374

0040507-25.2019.8.19.0004

7337 / 2022 - TJ - (ACRIM) - Violação ao artigo 1º, II, da Lei 8.137/90 na forma do artigo 71 do Código Penal. Sentença absolutória. Falta de provas da prática delitiva. Autoria não devidamente esclarecida. Pleito de indenização prejudicado.

SENTENÇA ARBITRAL BEM FUNDAMENTADA

179

0232490-30.2016.8.19.0001

88619 / 2021 - TJ - (AC) - Ação declaratória de nulidade da sentença arbitral. Condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais. Competência do juízo arbitral de arbitrar honorários. Sentença arbitral bem fundamentada. Acordo das partes de submeter as questões controvertidas ao juízo arbitral. Inexistência de nulidade do título arbitral.

SITUAÇÃO DE EXTREMA VULNERABILIDADE

319

0227433-26.2019.8.19.0001

19356 / 2022 - TJ - (-----) - Responsabilidade civil. Contratação de seguro viagem. Não razoabilidade de interpretação restritiva das cláusulas contratuais. Situação de extrema

vulnerabilidade. Precário atendimento dispensado pela clínica estrangeira. Danos materiais e morais caracterizados.

SITUAÇÃO VEXATÓRIA

321

0000281-07.2018.8.19.0038

49096 / 2022 - TJ - (AC) - Travamento de porta giratória. Situação vexatória. Pertences retirados. Não ingresso na agência. Limite do dever de cautela ultrapassado. Responsabilidade objetiva. Provas consistentes. Reparação moral devida.

SUB-ROGAÇÃO NOS DIREITOS DOS SEGURADOS

277

0021825-91.2020.8.19.0002

59971 / 2022 - TJ - (AC) - Danos elétricos causados a equipamentos segurados. Responsabilidade civil objetiva da concessionária de serviço público. Seguradora que adimpliu a obrigação assumida no contrato de seguro. Sub-rogação nos direitos dos segurados. Enunciado 254 do verbete sumular deste Tribunal de Justiça.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS

328

0132594-72.2020.8.19.0001

10845 / 2022 - TJ - (ACRIM) - Furto simples. Prova de materialidade e autoria. Inaplicável o princípio da insignificância. Primariedade do agente. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Prestação de serviços comunitários.

SÚMULA 182 STJ E ARTIGO 1.021, PARÁGRAFO 1º, CPC/2015

97

66940 / 2021 - STJ - (-----) - Decisão agravada que extinguiu o processo sem resolução de mérito. Razões que não impugnam especificamente os fundamentos da decisão recorrida. Súmula 182 STJ e artigo 1.021, parágrafo 1º, CPC/2015. Agravo interno não conhecido.

SÚMULAS 55 E 283 TJRJ

227

0064835-26.2022.8.19.0000

88712 / 2022 - TJ - (AI) - Ação de busca e apreensão. Bem registrado em nome de terceiro. Inadimplência e constituição da devedora em mora. Súmulas 72 e 92 do STJ. Súmulas 55 e 283 TJRJ. Contrato válido entre as partes desde a sua formação. Respaldo das medidas judiciais para resguardar eventual direito de terceiro adquirente.

SÚMULAS 59, 218 E 258 TJ

306

0064317-36.2022.8.19.0000

88110 / 2022 - TJ - (AI) - Procedimento cirúrgico reparador. Cirurgia bariátrica. Recurso contrário às súmulas 59, 218 e 258 TJ. Decisão amparada no direito à saúde. Laudos psicológicos e médicos. Imprescindibilidade do procedimento.

SÚMULAS 72 E 92 DO STJ

227

0064835-26.2022.8.19.0000

88712 / 2022 - TJ - (AI) - Ação de busca e apreensão. Bem registrado em nome de terceiro. Inadimplência e constituição da devedora em mora. Súmulas 72 e 92 do STJ. Súmulas 55 e 283 TJRJ. Contrato válido entre as partes desde a sua formação. Respaldo das medidas judiciais para resguardar eventual direito de terceiro adquirente.

SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO

190

0063909-76.2021.8.19.0001

1923 / 2022 - TJ - (AC) - Embargos à execução. Suspensão da execução. Aguarde de decisão final do juízo arbitral.

SUSPENSÃO DO PRAZO POR ATO ADMINISTRATIVO DA PRESIDÊNCIA DO TJRJ

125

1788341 / 2020 - STJ - (-----) - Contagem de prazos. Dias úteis. Suspensão do prazo por ato administrativo da Presidência do TJRJ. Comprovação. Diário da Justiça eletrônico. Do-

cumento idôneo. Não cômputo do dia, que por força de ato administrativo editado pela Presidência do TJ/RJ, foram suspensos os prazos processuais. Recurso provido.

TARIFA DE ENERGIA

293

0036208-68.2017.8.19.0038

68780 / 2022 - TJ - (AC) - Impugnação quanto ao excesso de cobrança. Tarifa de energia. Prova técnica produzida. Restituição do indébito em dobro. Instalação de terminal de leitura individual. Não caracterização do dano moral.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES

340

0000766-68.2019.8.19.0071

11795 / 2021 - TJ - (ACRIM) - Tráfico de entorpecentes. Materialidade e autoria comprovadas. Réu primário e sem maus antecedentes. Redução da pena base que se justifica e aplica.

TRAVAMENTO DE PORTA GIRATÓRIA

321

0000281-07.2018.8.19.0038

49096 / 2022 - TJ - (AC) - Travamento de porta giratória. Situação vexatória. Pertences retirados. Não ingresso na agência. Limite do dever de cautela ultrapassado. Responsabilidade objetiva. Provas consistentes. Reparação moral devida.

TUTELA ANTECIPADA

274

0009388-53.2022.8.19.0000

13847 / 2022 - TJ - (AI) - Concurso público. Policial militar. Infração de menor potencial ofensivo. Exame social. Reprovação. Índícios de ilegalidade. Tutela antecipada.

VEICULAÇÃO DE REPORTAGEM ONDE A APELANTE TERIA SIDO FILMADA

231

0044808-81.2016.8.19.0210

51314 / 2022 - TJ - (AC) - Ação indenizatória.

Direito de imagem. Veiculação de reportagem onde a apelante teria sido filmada. Matéria jornalística com objetivo meramente informativo. Indenização incabível.

VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1º, II, DA LEI 8.137/90 NA FORMA DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL

374

0040507-25.2019.8.19.0004

7337 / 2022 - TJ - (ACRIM) - Violação ao artigo 1º, II, da Lei 8.137/90 na forma do artigo 71 do Código Penal. Sentença absolutória. Falta de provas da prática delitiva. Autoria não devidamente esclarecida. Pleito de indenização prejudicado.

VIOLAÇÃO AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

309

0007930-76.2019.8.19.0203

30307 / 2022 - TJ - (AC) - Profissional liberal. Relação de consumo. Responsabilidade subjetiva. Violação ao Estatuto da pessoa com deficiência. Dano moral configurado.

VIOLAÇÃO DE BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA

83

2507 / 2022 - STJ - (-----) - Previdência privada. Regime de custeio. Majoração de contribuições. Possibilidade. Busca do equilíbrio financeiro e atuarial do fundo previdenciário. Resultado deficitário. Ônus de patrocinadores. Violação de bens jurídicos tutelados pela legislação de regência. Agravo interno desprovido.

VULNERABILIDADE DAS DECLARAÇÕES POLICIAIS

336

0235445-29.2019.8.19.0001

4899 / 2021 - TJ - (ACRIM) - Roubo simples. Provas produzidas frágeis. Autoria que não restou delineada. Falta de reconhecimento pessoal em juízo pela vítima. Vulnerabilidade das declarações policiais. Absolvição do recorrente.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MIN. ANTONIO CARLOS FERREIRA

125(1788341/2020) - STJ
AGRAVO INTERNO

MIN. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

140(664537/2021) - STJ
HABEAS CORPUS

MIN. ASSUSETE MAGALHÃES

97(66940/2021) - STJ
AGRAVO INTERNO

MIN. HUMBERTO MARTINS

83(2507/2022) - STJ
AGRAVO INTERNO

MIN. LAURITA VAZ

152(2101536/2022) - STJ
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - CÍVEL

MIN. NANCY ANDRIGHI

161(2001912/2022) - STJ
RECURSO ESPECIAL - CÍVELTRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO

DES. ADRIANO CELSO GUIMARAES

319**0227433-26.2019.8.19.0001**
(19356/2022) - TJ
RECURSO ESPECIAL - CÍVEL

DES. ALCIDES DA FONSECA NETO

231**0044808-81.2016.8.19.0210**
(51314/2022) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. ALEXANDRE EDUARDO SCISINIO

227**0064835-26.2022.8.19.0000**
(88712/2022) - TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. ANTONIO CARLOS NASCIMENTO AMADO

331**0058942-54.2022.8.19.0000**
(17134/2022) - TJ
HABEAS CORPUS

DES. CAMILO RIBEIRO RULIERE

179**0232490-30.2016.8.19.0001**
(88619/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVELDES. CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA
PASSOS**293****0036208-68.2017.8.19.0038**
(68780/2022) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. CINTIA SANTAREM CARDINALI

190**0063909-76.2021.8.19.0001**
(1923/2022) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. CLAUDIO BRANDAO DE OLIVEIRA

317**0019932-78.2019.8.19.0203**
(66127/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. ELTON LEME

202**0014625-96.2017.8.19.0209**
(50189/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. FERNANDA FERNANDES COELHO ARRABIDA PAES

321**0000281-07.2018.8.19.0038**
(49096/2022) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS

209**0083842-72.2020.8.19.0000**
(102774/2020) - TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. FERNANDO FERNANDY FERNANDES

281**0013302-83.2015.8.19.0061**
(23122/2022) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. JOÃO BATISTA DAMASCENO

270**0001201-54.2018.8.19.0046**
(45901/2022) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. JOAO ZIRALDO MAIA

328**0132594-72.2020.8.19.0001**
(10845/2022) - TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. JOSE ROBERTO PORTUGAL COMPASSO

274**0009388-53.2022.8.19.0000**
(13847/2022) - TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. KATIA MARIA AMARAL JANGUTTA

374**0040507-25.2019.8.19.0004**
(7337/2022) - TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. LUCIA HELENA DO PASSO

170**0046960-11.2020.8.19.0001**
(83663/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. LUIZ EDUARDO C CANABARRO

198**0003629-69.2016.8.19.0081**
(2138/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. MAFALDA LUCHESE

306**0064317-36.2022.8.19.0000**
(88110/2022) - TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. MARIA HELENA PINTO MACHADO

309**0007930-76.2019.8.19.0203**
(30307/2022) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA

295**0000759-02.2012.8.19.0078**
(1820/2022) - TJ
REEXAME NECESSÁRIO - CRIMINAL

DES. PATRICIA RIBEIRO SERRA VIEIRA

277**0021825-91.2020.8.19.0002**
(59971/2022) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. PEDRO FREIRE RAGUENET

340**0000766-68.2019.8.19.0071**
(11795/2021) - TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA

298

0095241-64.2021.8.19.0000

(124807/2021) - TJ

AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO

336

0235445-29.2019.8.19.0001

(4899/2021) - TJ

APELAÇÃO CRIMINAL

DES. SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO

0048960-16.2022.8.19.0000

235

(67464/2022) - TJ

AGRAVO DE INSTRUMENTO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

125

(1788341/2020) - STJ (-----)

Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA

97

(66940/2021) - STJ (-----)

Min. ASSUSETE MAGALHÃES

140

(664537/2021) - STJ (HC)

Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

83

(2507/2022) - STJ (-----)

Min. HUMBERTO MARTINS

161

(2001912/2022) - STJ (RESP)

Min. NANCY ANDRIGHI

152

(2101536/2022) - STJ (-----)

Min. LAURITA VAZ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO**198**

(2138/2020) - TJ (AC)

0003629-69.2016.8.19.0081

REL. DES. LUIZ EDUARDO C CANABARRO

317

(66127/2020) - TJ (AC)

0019932-78.2019.8.19.0203

REL. DES. CLAUDIO BRANDAO DE OLIVEIRA

209

(102774/2020) - TJ (AI)

0083842-72.2020.8.19.0000

REL. DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS

336

(4899/2021) - TJ (ACRIM)

0235445-29.2019.8.19.0001

REL. DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO

340

(11795/2021) - TJ (ACRIM)

0000766-68.2019.8.19.0071

REL. DES. PEDRO FREIRE RAGUENET

202

(50189/2021) - TJ (AC)

0014625-96.2017.8.19.0209

REL. DES. ELTON LEME

170

(83663/2021) - TJ (AC)

0046960-11.2020.8.19.0001

REL. DES. LUCIA HELENA DO PASSO

179

(88619/2021) - TJ (AC)

0232490-30.2016.8.19.0001

REL. DES. CAMILO RIBEIRO RULIERE

298

(124807/2021) - TJ (AI)

0095241-64.2021.8.19.0000

REL. DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA

295

(1820/2022) - TJ (-----)

0000759-02.2012.8.19.0078

REL. DES. MILTON FERNANDES DE SOUZA

190

(1923/2022) - TJ (AC)

0063909-76.2021.8.19.0001

REL. DES. CINTIA SANTAREM CARDINALI

374

(7337/2022) - TJ (ACRIM)

0040507-25.2019.8.19.0004

REL. DES. KATIA MARIA AMARAL JANGUTTA

328

(10845/2022) - TJ (ACRIM)

0132594-72.2020.8.19.0001

REL. DES. JOAO ZIRALDO MAIA

405

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTOÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATORÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

274

(13847/2022) - TJ (AI)

0009388-53.2022.8.19.0000

REL. DES. JOSE ROBERTO PORTUGAL COMPASSO

331

(17134/2022) - TJ (HC)

0058942-54.2022.8.19.0000

REL. DES. ANTONIO CARLOS NASCIMENTO AMADO

319

(19356/2022) - TJ (-----)

0227433-26.2019.8.19.0001

REL. DES. ADRIANO CELSO GUIMARAES

281

(23122/2022) - TJ (AC)

0013302-83.2015.8.19.0061

REL. DES. FERNANDO FERNANDY FERNANDES

309

(30307/2022) - TJ (AC)

0007930-76.2019.8.19.0203

REL. DES. MARIA HELENA PINTO MACHADO

270

(45901/2022) - TJ (AC)

0001201-54.2018.8.19.0046

REL. DES. JOÃO BATISTA DAMASCENO

321

(49096/2022) - TJ (AC)

0000281-07.2018.8.19.0038REL. DES. FERNANDA FERNANDES COELHO
ARRABIDA PAES**231**

(51314/2022) - TJ (AC)

0044808-81.2016.8.19.0210

REL. DES. ALCIDES DA FONSECA NETO

277

(59971/2022) - TJ (AC)

0021825-91.2020.8.19.0002

REL. DES. PATRICIA RIBEIRO SERRA VIEIRA

235

(67464/2022) - TJ (AI)

0048960-16.2022.8.19.0000

REL. DES. SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO

293

(68780/2022) - TJ (AC)

0036208-68.2017.8.19.0038REL. DES. CARLOS EDUARDO DA ROSA DA
FONSECA PASSOS**306**

(88110/2022) - TJ (AI)

0064317-36.2022.8.19.0000

REL. DES. MAFALDA LUCCHESI

227

(88712/2022) - TJ (AI)

0064835-26.2022.8.19.0000

REL. DES. ALEXANDRE EDUARDO SCISINIO

REVISTA DE
DIREITO



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO