TJRJ

REVISTA DE DIREITO

VOLUME 126

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Lei nº 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência

DOUTRINA

Assédio judicial, lawfare, judicialização predatória e "demanda opressiva"

Considerações sobre a imparcialidade do juiz criminal

Normose: quando normas sociais são patológicas

PJERJ
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 126

DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

TJRJ

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

2022
mai/ago

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 nº 1 – jun. 1985 – Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, 1985 – v. semestral

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

TÍTULOS ANTERIORES: nº 1–33, 1962–74: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**; segunda fase, nº 34–50, 1975–84: **Revista de Jurisprudência do 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
Eneida Conceição Figueiredo De Assis Ferraz (Chefe de Serviço)
Lilian Neves Passos
Vera Lúcia Barbosa

REVISÃO
Ricardo Vieira Lima
Wanderlei Barreiro Lemos

ÓRGÃO ESPECIAL

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Des. Elton Martinez Carvalho Leme
Desª. Teresa de Andrade Castro Neves
Desª. 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
Desª. Flávia Romano de Rezende
Des. João Ziraldo Maia
Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho
Des. André Luiz Cidra

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

2ª CÂMARA CÍVEL
Desª. Elisabete Filizzola Assunção
Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos
Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara
Desª. Maria Isabel Paes Gonçalves
Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho

3ª CÂMARA CÍVEL
Desª. Helda Lima Meireles
Des. Fernando Foch de Lemos Arigony Silva
Des. Carlos Santos de Oliveira
Desª. Renata Machado Cotta
Desª. Andréa Maciel Pachá

4ª CÂMARA CÍVEL
Desª. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo
Des. Antônio Iloízio Barros Bastos
Desª. Maria Helena Pinto Machado
Desª. Maria Celeste Pinto De Castro Jatahy
Des. Carlos Gustavo Vianna Direito

5ª CÂMARA CÍVEL
Des. Milton Fernandes de Souza
Desª. Cristina Tereza Gaulia
Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes
Desª. Claudia Telles de Menezes
Desª. Denise Nicoll Simões

6ª CÂMARA CÍVEL
Des. Nagib Slaibi Filho
Des. Rogério de Oliveira Souza
Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva
Desª. Inês da Trindade Chaves de Melo
Desª. Cláudia Pires dos Santos Ferreira

7ª CÂMARA CÍVEL
Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa
Des. André Gustavo Corrêa de Andrade
Des. Ricardo Couto de Castro
Des. Claudio Brandão de Oliveira
Des. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho
Designado
Des. André Luís Mançano Marques

8ª CÂMARA CÍVEL
Des. Adriano Celso Guimarães
Desª. Conceição Aparecida Mousnier T. Guimarães
Desª. 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 Correa de Andrade Mello Júnior
Des. Carlos Azeredo de Araújo
Desª. Daniela Brandão Ferreira
Des. Luiz Eduardo Cavalcanti Canabarro
Designado
Desª. Renata Silvares 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
Desª. Patrícia Ribeiro Serra Vieira

11ª CÂMARA CÍVEL
Des. Fernando Cerqueira Chagas
Des. Cesar Felipe Cury
Des. Luiz Henrique Oliveira Marques
Des. Sérgio Nogueira de Azeredo
Des. André Luiz Cidra

12ª CÂMARA CÍVEL
Des. Mário Guimarães Neto
Des. Cherubin Helcias Schwartz Júnior
Desª. Geórgia de Carvalho Lima
Des. Jaime Dias Pinheiro Filho
Des. Alcides da Fonseca Neto

13ª CÂMARA CÍVEL
Des. Fernando Fernandy Fernandes
Desª. Sirley Abreu Biondi
Des. Guaraci De Campos Vianna
Desª. Valéria Dacheux Nascimento
Des. Juarez Fernandes Folhes

14ª CÂMARA CÍVEL
Des. José Carlos Paes
Des. Cléber Ghelfenstein
Des. Gilberto Campista Guarino
Des. Francisco de Assis Pessanha Filho
Desª. Nádia Maria De Souza Freijanes

15ª CÂMARA CÍVEL
Des. Cláudio de Mello Tavares
Desª. Maria Regina Fonseca Nova Alves
Desª. Lúcia Regina Esteves de Magalhães
Desª. Fernanda Fernandes Coelho Arrábida Paes
Des. Paulo Wunder De Alencar

16ª 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

17ª CÂMARA CÍVEL
Des. Elton Martinez Carvalho Leme
Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas
Desª. Márcia Ferreira Alvarenga
Des. Cézar Augusto Rodrigues Costa
Desª. Flávia Romano de Rezende
Designado
Des. Vitor Marcelo Aranha Afonso Rodrigues

18ª CÂMARA CÍVEL
Des. Maurício Caldas Lopes
Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos
Des. Cláudio Luis Braga Dell'orto
Des. Eduardo de Azevedo Paiva
Desª. Margaret de Olivaes Valle dos Santos

19ª CÂMARA CÍVEL
Des. Gabriel de Oliveira Zefiro
Des. Mauro Pereira Martins
Des. Luiz Umpierre De Mello Serra
Desª. Mafalda Lucchese
Des. Fábio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro

20ª CÂMARA CÍVEL
Desª. Maria Inês da Penha Gaspar
Desª. Marília De Castro Neves Vieira
Des. Alexandre Eduardo Scisínio
Des. Renato Lima Charnaux Sertã
Designado
Des. Eduardo Abreu Biondi
Des. Ricardo Alberto Pereira

21ª CÂMARA CÍVEL
Des. Marco Antônio Ibrahim
Desª. Denise Levy Tredler
Des. Horácio Dos Santos Ribeiro Neto
Des. André Emílio Ribeiro Von Melentovytch
Desª. Mônica Feldman de Mattos
Designado
Desª. Leila Santos Lopes

22ª CÂMARA CÍVEL
Des. Benedicto Ultra Abcair
Desª. Teresa de Andrade Castro Neves
Desª. Mônica de Faria Sardas

Des. Gilberto Clóvis Farias Matos
Desª. Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello

23ª CÂMARA CÍVEL

Desª. Sônia de Fátima Dias
Des. Murilo André Kieling Cardona Pereira
Des. Marcos André Chut
Des. Celso Silva Filho
Desª. Cíntia Santarém Cardinali

24ª CÂMARA CÍVEL

Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho
Des. Mário Assis Gonçalves
Des. Agostinho Teixeira De Almeida Filho
Desª. Regina Lúcia Passos
Des. João Batista Damasceno
Designado
Des. Eduardo Antônio Klausner
Des. Humberto Dalla Bernardina De Pinho

25ª CÂMARA CÍVEL

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

26ª CÂMARA CÍVEL

Desª. Ana Maria Pereira de Oliveira
Desª. Sandra Santarém Cardinali
Desª. Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira
Des. Arthur Narciso de Oliveira Neto
Des. Wilson do Nascimento Reis

27ª CÂMARA CÍVEL

Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres
Desª. Jacqueline Lima Montenegro
Desª. Lucia Helena do Passo
Desª. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio
Desª. Maria Luiza de Freitas Carvalho

SEÇÃO CÍVEL

José Carlos Maldonado de Carvalho (PRESIDENTE)
Nagib Slaibi Filho
Cherubin Helcias Schwartz Junior
Marcos Alcino de Azevedo Torres
Guaraci de Campos Vianna
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Renata Machado Cotta
Pedro Saraiva de Andrade Lemos
Alexandre Freitas Câmara
Antônio Iloízio Barros Bastos
Marcelo Lima Buhatem
André Emílio Ribeiro Von Melentovytch
Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho
Cezar Augusto Rodrigues Costa
Margaret de Olivaes Valle dos Santos
Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira
Werson Franco Pereira Rêgo
Antônio Carlos Arrábida Paes
Denise Nicoll Simões
Francisco de Assis Pessanha Filho
Cíntia Santarém Cardinali
Daniela Brandão Ferreira
Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello
André Luiz Cidra
João Batista Damasceno
Renato Lima Charnaux Sertã
Mafalda Lucchese

CÂMARAS CRIMINAIS

1ª CÂMARA CRIMINAL
Des. Luiz Zveiter
Des. Pedro Freire Raguenet
Desª. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat
Desª. Maria Sandra Rocha Kayat Direito
Desª. Denise Vaccari Machado Paes

2ª CÂMARA CRIMINAL
Des. Celso Ferreira Filho
Desª. Kátia Maria Amaral Jangutta
Desª. Rosa Helena Penna Macedo Guita
Des. Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes
Des. José Acir Lessa Giordani

3ª CÂMARA CRIMINAL
Des. Antônio Carlos Nascimento Amado
Desª. Suimei Meira Cavalieri
Desª. Mônica Tolledo de Oliveira
Des. Paulo Sérgio Rangel do Nascimento
Des. Carlos Eduardo Freire Roboredo

4ª CÂMARA CRIMINAL
Desª. Gizelda Leitão Teixeira
Desª. Márcia Perrini Bodart
Des. João Ziraldo Maia
Des. Paulo César Vieira De Carvalho Filho
Des. Luiz Marcio Victor Alves Pereira

5ª 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

6ª CÂMARA CRIMINAL
Desª. 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

7ª CÂMARA CRIMINAL
Des. Siro Darlan de Oliveira
Desª. Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes
Des. Sidney Rosa da Silva
Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto
Des. Marcius Da Costa Ferreira

8ª CÂMARA CRIMINAL
Desª. Suely Lopes Magalhães
Des. Gilmar Augusto Teixeira
Desª. Elizabete Alves de Aguiar
Des. Cláudio Tavares de Oliveira Júnior
Desª. Adriana Lopes Moutinho Daudt D'oliveira

SEÇÃO CRIMINAL

RESOLUÇÃO TJ/TP/RJ Nº 01/2015

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

(...)

(Composição em 26 de agosto de 2022)

Sumário

DOUTRINA

Assédio judicial, *lawfare*, judicialização predatória e "demanda opressiva" **12**
JOÃO BATISTA DAMASCENO

Considerações sobre a imparcialidade do juiz criminal **19**
RUBENS ROBERTO REBELLO CASARA

Normose: quando normas sociais são patológicas **36**
MARCELO MORAES CAETANO

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça **60**
Temática — Lei nº 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência **120**
Cível **180**
Criminal **294**

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

Por Assunto **317**
Por Relator **332**
Por Ordem Numérica **334**

DOUTRINA

Assédio judicial, *lawfare*, judicialização predatória e "demanda opressiva"

JOÃO BATISTA DAMASCENO*

O assédio nas relações hierarquizadas tem sido objeto de atenção tanto nas relações sociais quanto nas institucionais. O campo do Direito tem se ocupado do tema e a jurisprudência tem se desenvolvido no sentido de proteger a pessoa vitimada, notadamente em razão dos princípios da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho esculpidos na Constituição como fundamento da República (art. 1º, inc. III e IV), bem como o bem-estar, elencado dentre os objetivos fundamentais da República (arts. 3º, IV; 6º; 7º, inc. XXII; 37 e 39, § 3º; 170, *caput*, da CR).

O assédio moral nas relações sociais, notadamente nas relações de trabalho, é uma espécie de violência ao empregado ou servidor, consistente na prática de situações vexatórias que causem constrangimento, humilhação e ofensa à dignidade do trabalhador. O assédio moral tanto pode ser praticado diretamente por superiores hierárquicos nas relações jurídicas de direito público, quanto pelos chefes nas relações contratuais de trabalho. Mas também pode ser praticado por outros trabalhadores situados no mesmo patamar funcional ou até mesmo em patamares menos elevados, com a conivência dos superiores. O objetivo do assédio moral é, resumidamente, inferiorizar, isolar e desestabilizar mentalmente o trabalhador no seu ambiente de trabalho, com consequências nefastas para a sua saúde e para a própria instituição em que ocorra. O assédio moral se configura pela prática reiterada e de maneira frequente de condutas que extrapolem os limites normalmente esperados de uma relação de trabalho, seja na iniciativa privada ou na administração pública.

Cartilha elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) definiu o assédio moral como

> processo contínuo e reiterado de condutas abusivas que, independentemente de intencionalidade, atentem contra a integridade, identidade e dignidade humana do trabalhador, por meio da degradação das relações socioprofissionais e do ambiente de trabalho, exigência de

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciência do Desporto pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro/PPGCD-UERJ (2000). Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro/UERJ. Ex-coordenador e membro da Associação Juízes para a Democracia/AJD. Sócio honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros/IAB. Jornalista.

cumprimento de tarefas desnecessárias ou exorbitantes, discriminação, humilhação, constrangimento, isolamento, exclusão social, difamação ou abalo psicológico.[1]

O Poder Judiciário tem trabalhado para adotar medidas preventivas contra as diversas formas de assédio e discriminação nas relações funcionais estabelecidas nos órgãos e instituições que o compõe. O CNJ editou a Resolução 351/2020[2] que dispõe sobre a Política de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral, do Assédio Sexual e da Discriminação.[3] Mas pesquisa realizada pelo próprio Conselho Nacional de Justiça demonstrou que a norma e o tema ainda são pouco conhecidos dos agentes que atuam nos tribunais.

O tema tem natureza constitucional pois está afeto ao princípio da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da proibição de todas as formas de discriminação e do direito à saúde e à segurança no trabalho, esculpidos nos artigos 1º, inc. III e IV; 3º, IV; 6º; 7º, inc. XXII; 37 e 39, § 3º; 170, *caput*, da Constituição da República, bem como na Convenção Interamericana sobre Toda Forma de Discriminação e Intolerância, conforme adverte o Professor LUIZ ROBSON MOTA.[4] Analisando as modalidades de violações ao direito do trabalhador e a amplitude do leque probatório colocado à sua disposição, visando às reparações, o jurista paranaense discorre sobre a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, o direito à saúde e à segurança no trabalho, abordando o acórdão de relatoria da Ministra CÁRMEN LÚCIA, proferido no HC 191.873/Agr, em que se considerou a licitude das provas obtidas por gravação ambiental realizada por um dos interlocutores a fim de demonstrar deterioração de relações de trabalho decorrente de modalidades de assédio.

"Assédio judicial é a utilização do direito de ação como instrumento de perseguição e intimidação."

A palavra assédio, de origem latina, se referia aos cercos militares a cidades e fortalezas. Mas se estendeu a situações semelhantes na vida cotidiana das pessoas. Assim, o termo cobre uma gama de comportamentos de natureza ofensiva. É geralmente entendido como um comportamento que importuna ou perturba e é caracteristicamente repetitivo; é um comportamento que parece ser ameaçador ou

1 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/cartilha-assediomoral-aprovada.pdf.

2 https://atos.cnj.jus.br/files/compilado114105202204226262945137e9b.pdf.

3 https://www.conjur.com.br/2022-fev-26/preciso-esforco-prevenir-assedio-judiciario-cnj.

4 MOTA, Luiz Robson. A licitude da gravação ambiente para a defesa da dignidade pessoal, prevenção de danos à saúde e segurança no trabalho. [No prelo]: Curitiba, 2022.

perturbador. Muitos são os tipos de assédio: moral, sexual, eletrônico, de senhorio e outros. No âmbito das relações jurídico-processuais, vamos encontrar o assédio processual, o assédio judicial, o *lawfare* e as demandas opressivas.

Assédio processual é o conjunto de atos processuais temerários, infundados ou despropositados, com o intuito de retardar ou procrastinar o andamento do feito, evitar o pronunciamento judicial, enganar o juízo ou impedir o cumprimento ou a satisfação do direito reconhecido judicialmente, desestimulando o adversário da demanda, fazendo com que este desacredite na Justiça, atingindo não só a parte contrária, mas também a sociedade.

Assédio judicial é a utilização do direito de ação como instrumento de perseguição e intimidação. Inexiste expressão consagrada, mas se igual procedimento ocorre no âmbito da administração pública, visando a molestar funcionário por meio de procedimento administrativo, também se pode cunhar a expressão assédio disciplinar.

Lawfare[5] é a utilização da lei e dos procedimentos legais pelos agentes do sistema de justiça para perseguir quem seja declarado inimigo. Assim, o sistema jurídico é manipulado para dar aparência de legalidade às perseguições aos adversários. Ao oponente são formuladas acusações frívolas, por vezes apenas para intranquilizar.

Toda modalidade de assédio é ilícita, ainda quando formalmente aparente revestir-se de legalidade.

Ao relatar o Resp 1.817.845, a Ministra NANCY ANDRIGHI, analisando prática traduzida como assédio judicial assim pontificou:

> Ocorre que o ardil, não raro, é camuflado e obscuro, de modo a embaralhar as vistas de quem precisa encontrá-lo. O chicaneiro nunca se apresenta como tal, mas, ao revés, age alegadamente sob o manto dos princípios mais caros, como o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, para cometer e ocultar as suas vilezas. O abuso se configura não pelo que se revela, mas pelo que se esconde.
> É por isso que é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito, não para frustrar o regular exercício dos direitos fundamentais pelo litigante sério e probo, mas para refrear aqueles que abusam dos direitos fundamentais por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo.

No recurso de cujo julgamento participou a ministra, restou apurado que ao longo de 39 anos foram propostas 10 (dez) ações judiciais ou processos administrativos, com recursos diversos, que impediram os recorrentes do exercício do direito do qual eram titulares.

5 https://odia.ig.com.br/opiniao/2017-07-28/joao-batista-damasceno-o-que-e-lawfare.html.

Este precedente há de servir de padrão para o estabelecimento de regra no caso de demandas diversas com o fim de molestar pessoa determinada. Além da reunião de todas as ações para julgamento por um único juiz, se comprovado o abuso de direito pelos "demandistas opressores", as vítimas de tais condutas ilícitas merecem ser reparadas no dano suportado.

Assédio judicial é gênero da modalidade abuso no exercício do direito de ação, mas comporta espécie quando ao invés de se tratar de um demandista contra desafeto, a quem deseja molestar, ocorre ajuste entre pessoas distintas para molestar outra, fundando as ações em causas de pedir semelhantes.

A Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 90/2021 de autoria do Deputado Paulo Ramos, tratando de "demanda opressiva". Na definição propositiva, agora em tramitação no Senado Federal, "demanda opressiva" foi conceituada como o ajuizamento de ações diversas com a mesma causa de pedir, pelo mesmo autor ou por diversos autores contra a mesma pessoa, com o intuito de prejudicá-la. O projeto, em tramitação no Senado Federal, na relatoria do Senador Paulo Paim, se convertido em lei possibilitará a reunião das ações num mesmo órgão jurisdicional, à escolha do demandado, para julgamento conjunto.

A ideia da ilicitude do abuso de direito está positivada no Código Civil, no art. 187. Mas, na vigência do Código Civil de 1916, havia disposição que afastava a ilicitude das condutas praticadas no exercício regular de direito. O exercício irregular, portanto, se traduzia em ilicitude, e tornava possível o dever de reparação com fundamento no art. 159 daquele dispositivo. A "demanda opressiva" é exercício irregular de direito; é abuso de direito e o dever de reparação está expresso nos arts. 166, 186, 187, 927, 942, 943, 944, todos do CC/2002.

Todos têm direito de ação e os juízes têm o dever de dizer o direito. Ação é poder que tem cada pessoa de exigir de um juiz que lhe resolva uma demanda e nenhuma lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Mas o abuso de direito caracteriza conduta contrária ao Direito e à eticidade que deve nortear a vida social. O demandismo opressivo caracteriza ato ilícito e, embora todos possam propor ação judicial, o exercício deve ser feito adequadamente. Quem se excede no exercício de um direito, pelo seu fim econômico ou social ou pela boa-fé, comete ato ilícito.

O "assédio judicial" pode ocorrer entre duas pessoas. Diversamente, o "demandismo opressor" ou "acionamento opressivo" ocorre quando várias pessoas demandam contra um desafeto em comum. As "demandas opressivas" pressupõem a identidade, de qualquer espécie, entre autores que as promovem para causar dano ou mal-estar a outrem. O assédio judicial pode ser promovido por pessoa individualizada contra

outra, comuns em varas de família e conflitos de vizinhança, mas é gênero do qual a "demanda opressiva" é espécie.

Dentre as soluções propostas no projeto de lei aprovado na Câmara dos Deputados, para evitar as demandas opressivas, estão a reunião de todas as ações para julgamento por um único juiz e a indenização à vítima do ilícito.

A facilitação do acesso à justiça não pode servir aos abusos de grupos organizados para importunar eventual desafeto. Um parlamentar que seja demandado em municípios ou Estados distintos por grupos contrários à sua orientação ideológica pode ter que cessar suas atividades para se dedicar à defesa em demandas opressivas. Igualmente, jornalistas ou artistas, podem ficar impedidos do exercício da própria liberdade de comunicação ou expressão.

Para a busca de democratização do acesso ao judiciário, foram instituídos os juizados especiais cíveis, onde ações com valor de até 20 salários-mínimos podem ser propostas sem a necessidade de advogado. Isto serviu para favorecer o acesso indevido e os abusos de direito. Nos juizados especiais cíveis, o réu deve comparecer pessoalmente para audiência de conciliação ou de instrução e julgamento, sob pena de revelia. Mas, sendo propostas ações em lugares distintos, o réu não pode estar em mais de um lugar ao mesmo tempo ou, quando em dias diversos, tem que se deslocar por comarcas distintas, numa constante itinerância.

> **"*Lawfare* é a utilização da lei e dos procedimentos legais pelos agentes do sistema de justiça para perseguir quem seja declarado inimigo."**

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito. Disto resulta dever de reparação. Os que promovem "demanda opressiva" podem ser responsabilizados civilmente. Isto porque o abuso de direito é ilícito.

O Brasil registra diversos casos em que grupos específicos, visando a coibir a liberdade de expressão, ajuizaram múltiplas demandas frívolas em comarcas e distintas unidades da federação, objetivando exclusivamente cercear a atividade de determinados profissionais. Assim, o CNJ, "considerando que o acesso à justiça não pode ser utilizado indiscriminadamente de modo a dificultar o pleno exercício da liberdade de expressão", editou a Recomendação nº 127, de 15 de fevereiro de 2022.

A Recomendação CNJ 127, de 15 de fevereiro de 2020, sugere aos tribunais a adoção de cautelas, visando a coibir a judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão.

Para os fins daquela recomendação, entende-se por "judicialização predatória" o ajuizamento em massa em território nacional de ações com pedido e causa de pedir semelhantes em face de uma pessoa ou de um grupo específico de pessoas, a fim de inibir a plena liberdade de expressão.

O conceito atribuído pelo CNJ para "judicialização predatória" é similar ao conferido pelo legislador a "demanda opressiva". A especificidade da recomendação do CNJ está em considerar a utilização da via jurisdicional para inibir a plena liberdade de expressão. A finalidade do projeto em tramitação, disciplinando a reunião de ações em caso de "demanda opressiva", é mais ampla.

Com o objetivo de evitar os efeitos danosos da judicialização predatória na liberdade de expressão, recomenda-se que os tribunais adotem, quanto ao tema, medidas destinadas, exemplificativamente, a agilizar a análise da ocorrência de prevenção processual, da necessidade de agrupamento de ações, bem como da eventual má-fé dos demandantes, a fim de que o demandado, autor da manifestação, possa efetivamente defender-se judicialmente.

O CNJ poderá, de ofício ou mediante requerimento, acompanhar a tramitação de casos de "judicialização predatória", bem como sugerir medidas concretas necessárias para evitar o efeito inibidor (*chilling effect*).

O projeto aprovado na Câmara dos Deputados e em tramitação no Senado Federal estabelece que o foro do domicílio indicado pelo demandado será competente para processar e julgar as ações e que o demandado poderá requerer que sejam reunidas para audiência única e para julgamento conjunto. Tal requerimento poderá ser feito no mandado de citação ou no Aviso de Recebimento em caso de citação pelo correio ou por petição enviada, por qualquer meio, ao juízo processante.

Dispõe o projeto que, ao requerer a reunião das ações, o demandado indicará o foro do seu domicílio, seu endereço e, se já tiver sido citado em alguma ação, o juízo para o qual pretenda que o processo seja distribuído por dependência, o número do processo ao qual deva ser apensado, bem como que poderá optar pelo foro da ação em que tenha sido citado em primeiro lugar, pelo do seu domicílio, pelo do local do fato ou por outro em que ação tenha sido ajuizada e que considere mais adequado ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Em havendo pluralidade de réus e se não houver entre eles acordo sobre a eleição do foro, prevalecerá o foro escolhido pela pessoa física, se pessoa jurídica também for demandada, ou poderão ser as ações desmembradas.

Outro aspecto que visa a facilitar o exercício do contraditório e ampla defesa é que a resposta ofertada em uma das ações servirá como contestação para todas as demais, o que deverá ser certificado pelo cartório, sem necessidade de juntada nos referidos autos.

Vislumbrada a existência de "demanda opressiva", o juiz condenará o autor em custas, despesas do processo e honorários advocatícios, ainda que o feito tenha tramitação nos Juizados Especiais. O demandado poderá, na resposta, formular pedido contraposto de reparação do dano moral decorrente da "demanda opressiva" e o pedido contraposto realizado na resposta estender-se-á a todas as ações conexas, se assim o requerer o demandado.

Mas, visando a que os consumidores não sejam prejudicados em caso de direito individuais homogêneos, o projeto prevê que o disposto na referida lei referente a "demanda opressiva" não se aplique às relações de consumo nas ações ajuizadas pelos consumidores em face de prestadores de serviços ou de fornecedores de produtos, ainda que haja identidade entre o fato ou fundamento jurídico do pedido.

Em seu voto, a Ministra NANCY ANDRIGHI transcreveu citação de MICHELE TARUFFO[6] segundo a qual "que eu esteja investido do direito fundamental de acesso à justiça não significa que eu esteja autorizado a propor qualquer demanda sem nenhum interesse legal (i.e., para perseguir alegações frívolas: ver Hazard), apenas com o intuito de perturbar outra pessoa".

A civilidade se contrapõe a todo tipo de constrangimento indevido. O assédio judicial, na sua forma genérica ou nas espécies conhecidas como "*lawfare*" ou "demanda opressiva", é uma forma de intimidação quando, por razões hostis à Justiça, detratores se utilizam do Poder Judiciário para amedrontar, ameaçar e constranger pessoas. "Não se pode, pois, dar guarida a simulacros de processo ao nobre albergue do direito fundamental de acesso à justiça", concluiu a Ministra NANCY ANDRIGHI em seu voto.

6 TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral) in Revista de Processo: RePro, vol. 34, nº 177, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2009, p. 164/166.

Considerações sobre a imparcialidade do juiz criminal

RUBENS R. R. CASARA*

I. Autoritarismo, neoliberalismo e transformações das agências do Sistema de Justiça Criminal: a crise da imparcialidade

Nos últimos anos, um movimento, que se sustenta na ideia de que "homens puros" exercendo o poder sem limites legais ou éticos podem acabar com a "corrupção" (o que implica na naturalização de práticas inquisitoriais, na violação de direitos fundamentais e também em uma relação promíscua entre julgadores e acusadores), deixou claros a permanência e o apelo popular de uma atuação autoritária no Sistema de Justiça Criminal brasileiro: o "Lavajatismo".

> **"Impossível, portanto, ignorar a função das Agências do Sistema de Justiça na crise da democracia liberal. Uma crise que passa pela colonização da democracia e do direito pelo mercado, com a erosão dos valores democráticos da soberania popular e do respeito aos direitos fundamentais."**

Para entender o "lavajatismo", um modo de atuação que seduziu vários atores jurídicos, é preciso analisar a distância entre o projeto constitucional e as práticas dos atores jurídicos "lavajatistas". Se o projeto constitucional se caracteriza pela existência de limites ao exercício do poder (de qualquer poder), o marco normativo do "lavajatismo" é a ilimitação: os princípios e regras do processo penal, na lógica "lavajatista", podem ser afastados, negociados ou mesmo descartados à luz dos objetivos e estratégias dos atores jurídicos.

A compreensão da democracia como um horizonte que aponta para uma sociedade autônoma construída a partir de deliberações coletivas, com efetiva participação popular na tomada das decisões políticas e ações voltadas à concretização dos direitos e garantias fundamentais, permite identificar que, não raro, o Poder Judiciário e também o Ministério Público reforçam valores contrários à soberania popular e ao

* Juiz de Direito do TJRJ, com pós-doutorado em Ciência Política, doutorado em Direito e mestrado em Ciências Penais.

respeito aos direitos e garantias fundamentais, que deveriam servir de obstáculos ao arbítrio, à opressão e aos projetos políticos autoritários.

Nos últimos anos, para dar respostas (ainda que meramente formais ou simbólicas) às crescentes demandas dos cidadãos (percebidos como meros consumidores ou espectadores do espetáculo judicial), para controlar os indesejáveis aos olhos dos detentores do poder econômico, para satisfazer desejos incompatíveis com as "regras do jogo democrático" ou mesmo atender a pactos entre os detentores do poder político, parcela significativa do Poder Judiciário e do Ministério Público tem recorrido a uma concepção política antidemocrática, forjada tanto a partir da tradição autoritária em que a sociedade brasileira está lançada quanto da racionalidade neoliberal (um modo de ver e atuar no mundo que trata tudo e todos como objetos negociáveis a partir de cálculos de interesse), que faz com que ora se utilize de expedientes "técnicos" para descontextualizar conflitos e sonegar direitos, ora se recorra ao patrimônio gestado nos períodos autoritários da história do Brasil na tentativa de atender aos objetivos do projeto neoliberal.

Impossível, portanto, ignorar a função das Agências do Sistema de Justiça na crise da democracia liberal. Uma crise que passa pela colonização da democracia e do direito pelo mercado, com a erosão dos valores democráticos da soberania popular e do respeito aos direitos fundamentais. Uma crise que envolve a legitimidade do Poder Judiciário e o princípio da imparcialidade.

No Brasil, uma das características dessa mutação antidemocrática foi o crescimento da atuação do Poder Judiciário correlato à diminuição da ação política, naquilo que se convencionou chamar de "ativismo judicial", isso a indicar um aumento da influência dos juízes e tribunais nos rumos da vida brasileira. Hoje, percebe-se claramente que o Sistema de Justiça se tornou um locus privilegiado da luta política.

Por evidente, não se pode pensar a atuação do Poder Judiciário desassociada da tradição em que os atores jurídicos estão inseridos. Adere-se, portanto, à hipótese de que há uma relação histórica, teórica e ideológica entre o processo de formação da sociedade brasileira (e das Agências Estatais) e as práticas observadas na Justiça brasileira. Em apertada síntese, pode-se apontar que em razão de uma tradição autoritária, marcada pelo colonialismo e a escravidão, na qual o saber jurídico e os cargos no Poder Judiciário eram utilizados para que os rebentos da classe dominante (aristocracia) pudessem se impor perante a sociedade, sem que existisse qualquer forma de controle democrático dessa casta, gerou-se um Poder Judiciário marcado por uma ideologia patriarcal, patrimonialista e escravocrata, constituída de um conjunto de valores que se caracteriza por definir lugares

sociais e de poder, nos quais a exclusão do outro (não só no que toca às relações homem-mulher ou étnicas) e a confusão entre o público e o privado somam-se ao gosto pela ordem, ao apego às formas e ao conservadorismo.

Em razão da tradição autoritária, pode-se falar em um óbice hermenêutico para uma atuação democrática no âmbito do sistema de justiça. Isso porque há uma diferença ontológica entre o texto e a norma jurídica produzida pelo intérprete: a norma é sempre o produto da ação do intérprete condicionada por uma determinada tradição. A compreensão e o modo de atuar no mundo dos atores jurídicos ficam comprometidos em razão da tradição em que estão lançados. Intérpretes que carregam uma pré-compreensão inadequada à democracia (em especial, a crença no uso da força, o ódio de classes e o medo da liberdade), com base nos valores em que acreditam, produzem normas autoritárias, mesmo diante de textos tendencialmente democráticos.

No Brasil, os atores jurídicos estão lançados em uma tradição autoritária que não sofreu solução de continuidade após a redemocratização formal do país com a Constituição da República de 1988. Os mesmos atores jurídicos que serviam aos governos autoritários continuaram, após a redemocratização formal do país, a atuar no sistema de justiça com os mesmos valores, a mesma crença no uso abusivo da força, que condicionavam a aplicação do direito no período de exceção. Nas estruturas hierarquizadas das agências que atuam no sistema de justiça, os concursos de seleção e as promoções nas carreiras ficam a cargo dos próprios membros dessas instituições, o que também contribui à reprodução de valores e práticas comprometidos com o passado. O conservadorismo, porém, acabava disfarçado através do discurso da neutralidade das agências do Sistema de Justiça. Interpretações carregadas de valores autoritários eram apresentadas como resultado da aplicação "neutra" do direito.

Nas agências estatais que atuam no Sistema de Justiça brasileiro, podem ser encontrados, dentre outros sintomas: o **convencionalismo**: aderência rígida aos valores da classe média, mesmo que em desconformidade com os direitos e garantias fundamentais escritos na Constituição da República. Assim, se é possível encontrar na sociedade brasileira, notadamente na classe média, apoio ao linchamento de supostos infratores ou à violência policial, o ator jurídico autoritário tende a atuar (julgar ou acusar) de acordo com opinião média e naturalizar esses fenômenos; a **agressão autoritária**: tendência a ser intolerante, estar alerta, condenar, repudiar e castigar as pessoas que violam os valores "convencionais". O ator jurídico antidemocrático, da mesma forma que seria submisso com as pessoas a que considera "superiores" (componente masoquista da personalidade autoritária),

seria agressivo com aquelas que etiqueta de inferiores ou diferentes (componente sádico). Como esse tipo de ator jurídico se mostra incapaz de fazer qualquer crítica consistente aos valores convencionais, tende a castigar severamente quem os viola; a **anti-intracepção**: oposição à mentalidade subjetiva, imaginativa e sensível. O juiz e o acusador autoritários tendem a ser impacientes e ter uma atitude em oposição ao subjetivo e ao sensível, insistindo com metáforas e preocupações bélicas e desprezando análises que busquem a compreensão das motivações e demais dados subjetivos do caso. Por vezes, a anti-intracepção se manifesta pela explicitação da recusa a qualquer compaixão ou empatia; o **pensamento estereotipado**: tendência a recorrer a explicações hipersimplistas de eventos humanos, o que faz com que sejam interditadas as pesquisas e ideias necessárias para uma compreensão adequada dos fenômenos. Correlata a essa "simplificação" da realidade, há a disposição a pensar mediante categorias rígidas. O ator jurídico autoritário recorre ao pensamento estereotipado, fundado com frequência em preconceitos aceitos como premissas; a **dureza**: preocupação em reforçar a dimensão domínio-submissão somada à identificação com figuras de poder ("o poder sou Eu"). A personalidade autoritária afirma desproporcionalmente os valores "força" e "dureza", razão pela qual opta sempre por respostas de força em detrimento de respostas baseadas na compreensão dos fenômenos e no conhecimento. Essa ênfase na força e na dureza leva ao anti-intelectualismo e à desconsideração dos valores atrelados à ideia de dignidade humana; a **confusão entre acusador e juiz**: é uma característica historicamente ligada ao fenômeno da inquisição e à epistemologia autoritária. No momento em que o juiz protofascista se confunde com a figura do acusador, e passa a exercer funções como a de buscar confirmar a hipótese acusatória, surge um julgamento preconceituoso, com o comprometimento da imparcialidade. Tem-se, então, o primado da hipótese sobre o fato. A verdade e a imparcialidade perdem importância diante da "missão" do juiz, que aderiu psicologicamente à versão acusatória.

De igual sorte, não se pode desconsiderar que as agências do sistema de Justiça se tornaram o que EUGÊNIO RAÚL ZAFFARONI chama de uma *máquina de burocratizar*.[1] Esse processo, que se inicia na seleção e treinamento dos atores jurídicos, pode ser explicado: em parte, porque assim juízes, promotores de justiça e procuradores da República se dispensam da tarefa de pensar (há em grande parcela dos juízes um pouco de Eichmann) e, ao mesmo tempo, ao não contrariar o sistema (ainda que arcaico), evitam a colisão com a opinião daqueles que

1 Sobre o tema: ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: crises e acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

podem definir sua ascensão e promoção na carreira; em parte, porque há uma normalização produzida pelo senso comum e internalizada pelos atores jurídicos, através da qual passam a acreditar no papel de autoridade diferenciada, capaz de julgar ou acusar despido de ideologias e valores. Assume, enfim, a postura que o processo de produção de subjetividades lhe outorgou, o que acaba por condicioná-lo a adotar posturas conservadoras no exercício de suas funções com o intuito de preservar a tradição. Mas não é só.

A transformação da tendência conservadora dos atores do sistema de justiça em práticas explicitamente ligadas aos interesses dos detentores do poder econômico, frequentemente em violação ao princípio da imparcialidade, se dá a partir da hegemonia da racionalidade neoliberal, esse modo de compreender e atuar no mundo, que se caracteriza tanto pela ilimitação quanto por tratar tudo e todos como objetos negociáveis e/ou descartáveis, a partir de cálculos de interesse que visam exclusivamente o lucro ou a obtenção de vantagens pessoais. Com o empobrecimento subjetivo e a mutação do simbólico, fenômenos produzidos por essa racionalidade, os valores da jurisdição penal democrática ("liberdade" e "verdade") sofreram profundo enfraquecimento. Basta pensar no alto número de prisões contrárias à legislação (como as prisões decretadas para forçar "delações"), nas negociações com acusados em que "informações" (por evidente, apenas aquelas "eficazes" por confirmar a hipótese acusatória e que não guardam relação necessária com o valor "verdade") são trocadas pela liberdade dos imputados, dentre outras distorções.

O neoliberalismo é, na verdade, um modo de ver e atuar no mundo que se mostra adequado a qualquer ideologia conservadora e tradicional. A propaganda neoliberal, de fórmulas mágicas e revolucionárias, torna-se, no imaginário da população, a nova referência de transformação e progresso. O neoliberalismo, porém, propõe mudanças e transformação com a finalidade de restaurar uma "situação original" e mais "pura", em que o capital possa circular e ser acumulado sem limites.

A racionalidade neoliberal altera também as expectativas acerca do próprio Poder Judiciário. Desaparece a crença em um poder comprometido com a realização dos direitos e garantias fundamentais. O Poder Judiciário, à luz dessa racionalidade, que condiciona instituições e pessoas, passa a ser procurado como um instrumento a serviço do poder econômico: como um mero homologador das expectativas do mercado ou mesmo um instrumento de controle dos pobres (que não dispõem de poder de consumo ou interessam ao sistema de produção) e das pessoas identificadas como inimigos políticos do projeto neoliberal.

Para entender o lavajatismo, portanto, é imperioso analisar tanto a tradição autoritária brasileira quanto a hegemonia da racionalidade neoliberal. O que há de

"novo" na relação entre o Poder Judiciário e o autoritarismo é que o "Lavajatismo" simboliza a união no Sistema de Justiça entre o autoritarismo e o projeto neoliberal. Por Lavajatismo pode-se chamar o modo de perceber e atuar no processo criminal que se caracteriza pela ilimitação na busca por objetivos políticos previamente traçados no âmbito no Sistema de Justiça, o que engloba tanto a naturalização com que os direitos e garantias fundamentais são violados quanto as inovações de inspiração neoliberal no Sistema de Justiça, tais como a proliferação de delações premiadas, os cálculos de "produtividade" dos juízes, a aplicação de técnicas de gestão privada ao Poder Judiciário, a flexibilização das formas processuais (que, no modelo democrático, serviam como garantias contra a opressão estatal), dentre outras mudanças que levam a modificações na cultura das Agências Estatais.

Para iludir e mistificar, criam-se inimigos imaginários (os direitos humanos, a democracia representativa, a degradação moral, a depravação sexual, a diversidade, as minorias, a imparcialidade, etc.), que não só são apresentados como os responsáveis pelos problemas concretos suportados pela população como também passam a ser alvos do Poder Judiciário.

A burocratização, marcada por decisões conservadoras em um contexto de desigualdade e insatisfação, e o distanciamento dos valores democráticos fazem com que o Judiciário seja visto cada vez mais como uma agência seletiva a serviço daqueles capazes de deter poder e riqueza. Se por um lado, pessoas dotadas de sensibilidade democrática raramente são incapazes de identificar no Poder Judiciário um instrumento de construção da democracia ou de barreira ao arbítrio; por outro, pessoas que acreditam em posturas autoritárias (na crença da força em detrimento do conhecimento, na negação da diferença, etc.) aplaudem juízes que atuam a partir de uma epistemologia autoritária.

Não causa surpresa, portanto, que considerável parcela dos meios de comunicação de massa, a mesma que propaga discursos de ódio e ressentimento, procure construir a representação do "bom juiz" a partir dos seus preconceitos e de sua visão descomprometida com a democracia ou, em particular, com a imparcialidade. Não se pode esquecer que os meios de comunicação de massa têm a capacidade de fixar sentidos e alimentar ideologias, o que interfere na formação da opinião pública e na construção do imaginário social acerca do Poder Judiciário. Assim, o "bom juiz", construído/vendido por essas empresas de comunicação e percebido por parcela da população como herói, passa a ser aquele que considera os direitos fundamentais como óbices à eficiência do Estado (ou do mercado). Para muitos, alguns por ignorância das regras do jogo democrático, outros por compromisso com posturas autoritárias, o "bom juiz"

é justamente aquele que, ao afastar direitos fundamentais e desconsiderar o princípio da imparcialidade, nega a democracia.

Entender o funcionamento do Lavajatismo, a versão brasileira do Sistema de Justiça Criminal para o neoliberalismo ultra-autoritário, passa necessariamente por reconhecer que essa atuação leva à imunização de parcela do mercado e dos verdadeiros detentores do poder econômico (que, muitas vezes, se encontram no exterior) contra qualquer ameaça ou intervenção externa (e a democracia é vista como uma ameaça). Assim, o Sistema de Justiça Criminal pode ser utilizado para afastar ameaças políticas ou destruir empresas brasileiras, tudo isso em atenção aos interesses daqueles que podem ser chamados de "super-ricos".

O neoliberalismo, ao mesmo tempo que faz da ilimitação e da concorrência os modelos normativos a serem seguidos nas relações sociais e nas instituições, produzindo igualmente mudanças na subjetividade, tem também uma dimensão destrutiva. Essa dimensão destrutiva visa eliminar tudo aquilo que possa representar um risco à propriedade, ao mercado, à livre circulação do capital, ao lucro, enfim, aos interesses dos detentores do poder econômico. E isso pode se dar tanto no que diz respeito à proteção do mercado contra práticas sociais ou políticas democráticas de redistribuição de renda ou regulatórias, quanto na eliminação, inclusive pelo sistema de justiça criminal, dos inimigos do projeto neoliberal através de medidas autoritárias.

> **"A ausência de uma cultura democrática (...) facilita a transformação do Estado em empresa, com juízes reproduzindo em suas atuações a ilimitação típica do capitalismo."**

As mudanças provocadas no Estado pelo neoliberalismo, entendido não apenas como uma teoria econômica ou como uma mera ideologia, mas como um modo de governabilidade e de subjetivação, que faz do mercado o modelo para todas as relações sociais e da concorrência a lógica a ser seguida pelos indivíduos, transformou o Poder Judiciário em uma empresa que percebe os direitos e garantias fundamentais, as teorias jurídicas e as formas processuais como obstáculos à eficiência repressiva do Estado e ao livre funcionamento do mercado (ou seja, aos ganhos dos detentores do poder econômico).

A ausência de uma cultura democrática – a falta de uma compreensão acerca da necessidade de limites jurídicos e éticos ao exercício do poder – facilita a transformação do Estado em empresa, com juízes reproduzindo em suas atuações a ilimitação típica do capitalismo. Se o que importa é sempre aumentar o capital

e vencer a concorrência (o que amplia a rivalidade entre os indivíduos e transforma parcela da sociedade em "inimigos"), juízes de todo o Brasil passaram a atuar sem compromisso com a legalidade estrita (correlato ao sistema de freios e contrapesos entre os órgãos estatais), princípio historicamente construído com objetivo de evitar o arbítrio e a opressão.

Com o desaparecimento dos vínculos legais que estabeleciam "quem pode" e "como se deve decidir", bem como "o que se deve" e "o que não se deve" decidir, instaurou-se uma espécie de vale-tudo normativo no qual juízes passam a criar de forma parcial, em um típico procedimento paranoico, pautado por certezas (por vezes, delirantes) e preconceitos, as soluções dos casos postos à apreciação judicial.

II. Princípio da Imparcialidade

> "Tradicionalmente a imparcialidade é representada por uma mulher com olhos vendados e com uma espada numa mão e uma balança equilibrada noutra. Contudo, não há negar, é temeridade dar uma espada a quem está de olhos vendados".
>
> Rui Portanova

A exigência de um juiz imparcial encontra-se prevista no artigo 8º, nº 1, do Pacto de São José da Costa Rica. Imparcialidade, como já se viu, é sinônimo de alheabilidade, ou seja, a Agência Judicial não pode ter interesse pessoal em relação às partes, nem retirar proveito do processo. Juiz imparcial é aquele que não tem interesse, próprio ou de pessoa que lhe seja próxima, no julgamento. Trata-se de um dos pilares da estrutura judiciária. Não há jurisdição sem imparcialidade. Há, portanto, direito público subjetivo, verdadeiro direito fundamental do cidadão, ao acesso a um juiz independente e imparcial. O acesso à justiça só se concretiza se o cidadão puder veicular sua pretensão perante um juiz independente. Ademais, só a intervenção de um juiz imparcial torna legítimo o afastamento e/ou restrições aos direitos fundamentais.

A própria ideia de "justiça", construída ao longo da história, nunca se afastou da exigência de um julgador imparcial. Na **Bíblia** encontra-se menção à imparcialidade ("justos juízos, sem se inclinarem para uma das partes..." – **Deuteronômio**, 16, 18-20). Também no **Código de Hammurabi** e no de **Manu**, exige-se a imparcialidade do juiz. Não se trata, portanto, de uma novidade, nem de um obstáculo à eficiência do julgamento ou à descoberta da verdade. Na realidade, a imparcialidade é verdadeira condição de possibilidade de um julgamento justo.

Trata-se de condição de validade da atuação judicial. Não se pode esquecer que a exigência legal é um dado objetivo. Com RUI PORTANOVA, afirma-se que a "imparcialidade é tema que se liga institucionalmente à questão do juiz natural e, processualmente, à condição pessoal do juiz-homem-individual".[2] Como registra MOURAZ LOPES,

> a importância da imparcialidade como alteridade, ou distinção perante as partes e como *terzietá*, no sentido de eqüidistância perante os intervenientes são, dir-se-ia, um *acquis* indiscutível. Uma outra dimensão da imparcialidade começa a ser hoje absolutamente inequívoca: o juiz só é imparcial se estiver disponível a decidir somente com base nas provas legitimamente carreadas para o momento da decisão sobre o seu objeto que, naquele momento e circunstâncias, deverá ser por si analisado. Sem qualquer pré-juízo fundado em interesses subjetiva e objetivamente identificáveis, decorrentes de intervenções anteriores no processo.[3]

O juiz, órgão do Poder Judiciário, fica impedido de exercer jurisdição sempre que ocorra algum fato, alguma circunstância, que o torne passível de parcialidade. A tradição do direito brasileiro é de que o legislador fixe o rol das hipóteses de impedimento e de suspeição: se ocorrer uma das hipóteses previstas em lei, deve o juiz abster-se de julgar e, caso se omita em relação ao dever de abstenção, pode ser recusado por qualquer uma das partes. Porém, diante da percepção de que a garantia da imparcialidade existe em prol da sociedade e é inerente à própria atividade jurisdicional (as partes têm direito a um "duelo justo"), não se pode descartar a existência de situações fáticas não previstas pelo legislador, mas capazes de afastar a imparcialidade necessária ao exercício da jurisdição (assim, por exemplo, o fato de o julgador ter absolvido sumariamente o réu, nas hipóteses em que o julgamento antecipado é permitido, e o tribunal ter cassado essa decisão de mérito. Por evidente, aquele juiz não é imparcial para julgar novamente o mesmo fato).

A imparcialidade do órgão julgador é indispensável do início ao término da relação processual, isso porque o fato gerador da parcialidade pode ser superveniente à instauração da relação processual, o que torna imprescindíveis mecanismos e estratégias de manutenção da imparcialidade originária. Um exemplo pode ser útil: assim, se no decorrer do procedimento, o juiz comete um ilícito contra o réu (por exemplo, vaza à imprensa, em contrariedade à legislação,

2 PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 77.

3 LOPES, José Antônio Mouraz. **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 12 .

a interceptação de uma conversa telefônica) torna-se evidentemente parcial e deve abandonar o julgamento.

A maior garantia para a *imparcialidade endoprocessual*, isto é, para a imparcialidade no curso do *iter* processual penal, é a inércia do órgão julgador (*ne procedat iudex ex officio*), que somada ao correlato ativismo do Ministério Público e ao fato de a gestão da prova estar nas mãos das partes, garante o distanciamento necessário ao julgamento e à justiça da decisão no sistema processual penal acusatório. Sempre que um juiz abandona a inércia para, em parceria com o Ministério Público, atuar no sentido de confirmar a hipótese acusatória tem-se clara violação da imparcialidade. Sinais da violação à imparcialidade, portanto, podem ser percebidos ao se analisar a relação de "parceira" entre o órgão acusador e o juiz ao longo do processo. Também basta pensar na prática inquisitorial de alguns juízes que ficam por horas a formular perguntas ao réu durante o interrogatório na tentativa de "produzir" contradições ou encontrar elementos probatórios que não foram produzidos durante toda a instrução, para se identificar indícios de parcialidade. Em apertada síntese, sempre que o juiz adota o compromisso de confirmar a hipótese acusatória ou a absolutória tem-se clara violação à imparcialidade judicial.

A doutrina, em especial a europeia, costuma distinguir entre duas vertentes do princípio da imparcialidade do juiz: a) a *imparcialidade objetiva*; e b) a *imparcialidade subjetiva*. Em que pese essa distinção, o certo é que a parcialidade da decisão decorre sempre do caminho intelectual seguido por seu autor. A constatação do desvio, por sua vez, exige a exteriorização desse ato parcial. Outro exemplo pode ajudar: imagine um juiz que, durante as suas férias, adota medidas concretas (exteriorização do ato) para fazer prevalecer o seu desejo (parcialidade subjetiva) sobre a situação jurídica de um determinado réu, isso ao arrepio das normas de competência e da garantia constitucional do juiz natural.

A imparcialidade subjetiva diz respeito ao que pensa um juiz que intervém em um dado caso penal. Logo, a constatação da parcialidade em sentido subjetivo importa em uma investigação, na medida do possível, do foro íntimo do julgador para se descobrir se o juiz esconde razões para favorecer uma das partes. A imparcialidade subjetiva do juiz é presumida (presunção *iuris tantum*), devendo os interessados demonstrar o contrário, apontando os atos concretos que permitam identificar sinais que explicitem a vontade do juiz de tratar de forma diferenciada um determinado réu ou o desejo de atuar sempre no sentido de produzir uma condenação ou uma absolvição. O distanciamento em relação às regras do jogo democrático, em especial aos direitos e garantias fundamentais, é um bom indicativo de parcialidade subjetiva.

A imparcialidade objetiva, por sua vez, refere-se ao juiz, em razão de considerações de caráter orgânico ou funcional, não apresentar (e nem dar sinais de) *(pré)juízos* ou *(pré)conceitos* em relação ao caso penal que irá julgar (parafraseando o que se dizia da mulher de César, não basta ao juiz ser imparcial, ele deve aparentar essa imparcialidade). Em relação à imparcialidade objetiva, vale o adágio anglo-saxão: "*justice must not only be done; it must also be seen to be done*". Assim, impõe-se ao juiz a maior transparência possível no exercício de suas funções, de modo a assegurar a confiança dos cidadãos na imparcialidade da justiça. Assim, por exemplo, se o juiz vaza conteúdos sigilosos de um determinado caso penal, para mobilizar a opinião pública, causar prejuízos a um réu ou facilitar a aceitação da decisão que ele pretende tomar (decisão, aliás, tomada antes do momento adequado), fica evidente a parcialidade analisada do ponto de vista objetivo.

"Não há jurisdição sem imparcialidade. Há, portanto, direito público subjetivo, verdadeiro direito fundamental do cidadão, ao acesso a um juiz independente e imparcial."

É importante atentar que a atividade jurisdicional só é legítima em razão do fato de a Agência Judicial encontrar-se distante dos interesses parciais, o que garante que as decisões e/ou eventuais restrições aos diretos fundamentais miram na solução justa do caso penal. Sem imparcialidade, não há efetivo contraditório[4], não há obediência ao devido processo legal e, então, o sistema acusatório se mostra inviável. Sem imparcialidade, eventual julgamento não passará de uma fraude.

É preciso, pois, levar a imparcialidade a sério. Isso porque se fala muito em imparcialidade, mas há muita confusão sobre o tema. Juízes que atuam de forma flagrantemente parcial, comprometidos com interesses outros que não o da concretização do Estado Democrático de Direito, costumam se apresentar como exemplos de imparcialidade. Isso para não falar de juízes que partem de certezas delirantes incompatíveis com a posição inicial de não-saber que caracteriza a jurisdição imparcial. Há também situações em que juízes distanciados dos interesses em disputa, e que se limitam a aplicar a lei contra a opinião de maiorias de ocasião, são apontados tanto pelos meios de comunicação de massa (que, não raro, nada têm de imparciais) quanto por outros atores jurídicos (estes, verdadeiramente parciais) como violadores da imparcialidade. Como já se afirmou,

4 FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 114.

a imparcialidade é sinônimo de alheabilidade: os juízes não podem ter interesse pessoal em relação ao resultado do processo, nem atuar para retirar proveito político, midiático, financeiro ou social da causa posta em julgamento. Assim, por exemplo, um juiz não pode julgar os seus adversários ou inimigos (ou mesmo os adversários de sua família ou de seus amigos íntimos). De igual sorte, se o juiz tem pretensão de exercer cargos políticos no poder executivo não pode julgar causas que facilitem essa nomeação ou que gerem vantagem para seus familiares ou aliados. Inadmissível um juiz condenar uma pessoa (vamos imaginar um candidato a cargo eletivo), retirando-lhe as chances de vitória em uma disputa eleitoral, e, em seguida, concorrer ao mesmo cargo pretendido por aquele ou mesmo ser nomeado para cargo no governo vitorioso em razão da eliminação do concorrente.

Todo julgador deve ter contato com o processo em uma situação de não-saber, sem ter convicções ou certezas acerca dos fatos atribuídos ao acusado. A *grosso modo*, pode-se afirmar que, no processo penal brasileiro, a decisão do juiz imparcial só é tomada no momento constitucionalmente adequado, a saber: após a apresentação das alegações finais das partes. Até esse derradeiro momento, o juiz deve estar em condições de alterar suas impressões provisórias sobre o caso.

III. Distinção entre neutralidade e imparcialidade

O mito da neutralidade do juiz, vinculado à mesma ideologia que resume as normas processuais a meras normas técnicas, revela-se datado e não resiste à análise transdisciplinar da atuação concreta da Agência Judicial. As contribuições da psicanálise, da sociologia e da filosofia hermenêutica acabaram com as pseudo-justificativas exculpantes que atribuíam à "vontade da lei" as consequências concretas dos atos dos juízes. Neutralidade, por definição, é a ausência de valores. O homem, e o juiz não é exceção (deve-se abandonar o mito do "juiz quase-divino"), é formado por valores que se agregam à personalidade durante a caminhada histórica de cada um. Há juízes reacionários e juízes progressistas, juízes que são racistas e sexistas e outros que respeitam a alteridade.

Não se sustenta a ilusão de que os atos jurisdicionais, e dentre eles destaca-se a sentença penal, representam a mera subsunção lógico-formal entre os fatos e o texto da lei. Ultrapassou-se a "filosofia da consciência" e, por evidente, tanto as particularidades do caso concreto quanto o próprio processo de criação de uma norma jurídica (frise-se que a "norma" produzida pelo intérprete não se confunde com o "texto" da lei) exigem, sempre e sempre, ao lado da cognição, *atividade criativa* e, neste atuar criativo, os valores de cada agente estatal, de cada intérprete, adentram no resultado final do processo.

Com LUIGI FERRAJOLI, reconhece-se que "o juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzam os fatos e por baixo se retiram as sentenças". Ainda segundo ele, o magistrado "por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais em que atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos".

Percebe-se, pois, que a neutralidade que alguns esperam do julgador é impossível. O mesmo não pode ser dito da "imparcialidade", entendida como uma posição de não-saber como se irá decidir: a alheabilidade.

IV. A duração razoável do processo e a imparcialidade

A duração atípica de um processo pode caracterizar, para além da violação à garantia constitucional da duração razoável do processo criminal, um forte indício de parcialidade judicial. A duração razoável do processo é uma garantia constitucional do imputado, prevista tanto na Constituição da República quanto em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

O princípio da "duração razoável" enuncia o direito do imputado (aquele a quem se atribui o cometimento de um delito) de ser julgado em tempo razoável, o necessário para assegurar a concretização dos direitos das partes, sem dilações indevidas. Trata-se de direito correlato ao dever do Estado de entregar a tutela jurisdicional em tempo razoável.

Sem dúvida, o estado de incerteza gerado pela indefinição do resultado de um processo criminal por longo período temporal afeta desnecessariamente a estabilidade emocional do imputado, da vítima e de todos aqueles cujas relações humanas se dão no entorno do caso penal. O processo penal atinge, em especial e com gravidade, a dignidade do imputado. Esse constrangimento torna-se ilegal no momento em que se constata a duração excessiva do processo penal. Todavia, no que se refere à imparcialidade judicial, a duração excessiva do processo pode esconder o desejo do julgador tanto de prejudicar quanto de favorecer o réu.

Se por um lado, um juiz parcial pode fazer com que um indivíduo fique submetido a um processo por mais tempo do que necessário (o processo funcionaria, então, como uma espécie de pena), por outro, em violação à imparcialidade, um juiz pode fazer com que um processo demore a ponto de levar à extinção da punibilidade em razão do fenômeno da prescrição. Mas a violação da garantia da imparcialidade pode ser exteriorizada também na hipótese de um processo ser julgado mais rápido do que o normal. Nestes casos, é justamente a celeridade excessiva que revela o tratamento seletivo, desigual, interessado e parcial do juiz. Pense-se, por exemplo, em um processo que é julgado sem que as provas ou as alegações das

partes sejam lidas porque os julgadores já sabem a decisão que querem proferir ao arrepio do conjunto probatório e do devido processo legal.

Sabe-se que o efetivo exercício dos direitos e garantias do acusado demanda tempo. O imputado necessita de um adequado espaço temporal para concretizar os direitos à defesa, ao contraditório, à prova, etc. Porém, a duração do processo penal além ou aquém do tempo necessário para assegurar esses direitos fundamentais e respectivas garantias acaba por se converter na violação de cada um desses direitos. De igual sorte, o tratamento diferenciado de um determino processo também viola o devido processo legal. Assim, por exemplo, se um réu é julgado antes de outros réus que respondem a processos mais antigos, tem-se um sinal de que a imparcialidade está comprometida. Da mesma forma, se o processo de um réu solto é julgado antes de outros processos de réus presos, se está diante de um claro indício de tratamento diferenciado e seletivo incompatível com a garantia da imparcialidade. Em resumo, sempre que as normas legais e regimentais são violadas para acelerar ou retardar o processo de um determinado réu, há violação à garantia da imparcialidade.

V. A liberdade de expressão dos juízes

Outra questão que merece ser tratada é a da relação entre a imparcialidade e a liberdade de expressão dos juízes, isso porque, não raro, em nome da "imparcialidade" se pretende cercear o direito à liberdade de expressão de juízes, em clara inversão ideológica do sistema de garantias constitucionais.

Ao tratar dos direitos fundamentais dos juízes, JORGE F. MALEM SEÑA afirmou que a "liberdade de expressão é um direito fundamental em uma democracia que deve ser protegido e garantido da forma mais eficaz e ampla possível (...). Há que se construir muralhas que suponham uma defesa adequada aos intentos de limitá-la de um modo ilegítimo" (SEÑA, Jorge F. Malem. "Libertad de expresión de jueces y magistrados". *In* **Los derechos fundamentales de los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 99).

Há o direito fundamental dos juízes de expressar suas opiniões, ou seja, o direito de expressar e manifestar ideias que ajudam a que o conjunto de cidadãos possa se informar no objetivo de contribuir melhor ao autogoverno coletivo. Aliás, os únicos limites ao exercício da Liberdade de Expressão dos magistrados estão no próprio texto constitucional, a saber: os direitos e garantias fundamentais de terceiros e a imparcialidade exigida de quem exerce a jurisdição. Nesse ponto, vale mencionar que a imparcialidade só limita a liberdade de expressão dos juízes nas hipóteses em que existe uma ligação do evento objeto de manifestação com causas postas ou que no futuro poderiam estar à apreciação do juiz.

O exercício legítimo de um direito fundamental, adequado aos compromissos éticos, morais e legais assumidos por um juiz (por exemplo, a defesa da legalidade democrática), não pode ser ao mesmo tempo um ato passível de correição e punição, seja administrativa, seja judicial. Um ato não pode ser legal e ilegal ao mesmo tempo, adequado à Constituição e inadequado ou ofensivo a uma moral pessoal que quer se impor como moral pública. A visão do juiz como um sacerdote, lembra JORGE SEÑA, é um mito, pois os "juízes são pessoas ancoradas na realidade, com suas próprias ideologias e preconceitos" (SEÑA, Jorge F. Malem. "Libertad de expresión de jueces y magistrados". *In* **Los derechos fundamentales de los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 111).

No exercício da função jurisdicional, todo juiz deve atender à normatividade constitucional, mas fora do exercício concreto da jurisdição, como todo ser humano, o juiz, por ter sido lançado em uma determinada tradição (autoritária ou democrática), pela história de vida, pelos valores que agrega sua personalidade, pela ideologia a que adere mesmo sem o saber, é um ser-no-mundo distante da neutralidade pretendida por alguns. Ao se reconhecer a existência do direito dos magistrados de exercerem o direito à liberdade de expressão, amplamente reconhecido pelas Cortes Internacionais, não entra em questão valorações sobre o conteúdo (certo/errado) ou a forma (esteticamente correta ou incorreta), mas só o reconhecimento de que a manifestação (que, em concreto, pode ser estúpida, equivocada, feia ou chocante) está assegurada. Por evidente, o que se assegura a partir da Constituição da República não é só a opinião com a qual o detentor do poder político ou do poder correcional concorda. O direito fundamental à liberdade de expressão serve, em especial, para assegurar o direito das minorias à expressão de seu pensamento.

Desnecessário lembrar que, em todo o Brasil, diversas autoridades jurisdicionais brasileiras exercem cotidianamente o direito de liberdade de expressão sobre temas polêmicos. São públicas e notórias as situações históricas em que Ministros dos Tribunais Superiores foram chamados a se posicionar sobre questões políticas. Diante desse contexto, recorrer à ideia de "imparcialidade" para perseguir juízes que se limitaram a exercer livremente o direito de se expressar não passa de perverter uma garantia da jurisdição democrática e transformá-la em instrumento de perseguição política e/ou controle ideológico.

VI. Princípio da Inércia

A inércia é uma das características da jurisdição (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*) e funciona como condição de possibilidade da imparcialidade. O correlato princípio enuncia que a jurisdição não pode ser exercida sem a provocação de uma das partes através da ação. A jurisdição civil é sempre substitutiva da atuação

das partes, enquanto a jurisdição penal conta com o Ministério Público, parte e órgão estatal adstrito ao princípio da legalidade, para dar início ao procedimento em juízo. No processo penal, então, busca-se com a inércia da Agência Judicial preservar a imparcialidade do julgador, isto é, evitar comprometimentos do magistrado com os interesses em jogo no caso penal. Trata-se de valor essencial à atividade jurisdicional em um processo de partes.

A necessidade da demanda é correlata à inércia da jurisdição. Após a propositura da ação, da provocação parcial visando uma decisão judicial imparcial, o natural é que por *impulso oficial* chegue-se à extinção do processo. No processo penal forjado no sistema acusatório público, o órgão julgador deve (e pode) permanecer inerte, vez que existe outra agência estatal encarregada da acusação e, por consequência, da produção de provas em oposição à inocência presumida pela Constituição da República: o Ministério Público. O Ministério Público surge para assegurar a inércia, e consequentemente a imparcialidade, do Poder Judiciário.

Dito de outra forma: o ativismo judicial, reclamado no processo civil, entendido como a exigência do Estado-juiz abandonar a inércia em nome da realização do valor "justiça", não encontra espaço no processo penal, vez que este já conta com o Ministério Público, como agência estatal capaz de agir em direção à justiça das decisões. Pode-se, portanto, reafirmar a inércia do juiz criminal como condição necessária à equidistância do órgão julgador em relação aos interesses parciais. A inércia é, diante desse quadro, a principal garantia da imparcialidade da Agência Judicial: a garantia da equidistância do julgador em relação aos interesses em jogo.

A inércia estatal rompe-se com o exercício da ação penal. Desde então, o processo se movimenta em direção à sua extinção, seja por provocação das partes, seja por impulso do próprio juiz (o chamado *impulso oficial*). Registre-se que afirmar o "impulso oficial" não significa tolerar que a Agência Judicial busque confirmar qualquer das hipóteses parciais: isso significaria afronta tanto à opção constitucional pelo sistema acusatório quanto ao princípio da democraticidade. No processo penal, vale insistir, o *impulso oficial* não alcança a gestão da prova, que no sistema acusatório cabe às partes, sob pena de comprometimento da imparcialidade exigida da Agência Judicial.

VII. Conclusão

Deixando de lado a ingenuidade de se acreditar que as decisões são tomadas a partir de técnicas ou métodos "neutros", como a indução e a dedução, não há dúvida de que a lógica dedutiva deforma o interesse que se tem por uma decisão não contaminada pela hipótese inicial, cuja eleição pode ser (e provavelmente será) um desdobramento inconsciente e/ou produto da tradição em que está inserido o intérprete-julgador.

A *verdade construída* pelos inquisidores, de ontem e de hoje, é a história da violação da imparcialidade (posição de "não-saber") na busca pela confirmação da premissa psicologicamente construída no *imaginário*. Para o Processo Penal, cuja finalidade é conter o exercício do poder, isto é péssimo. Explica FRANCO CORDERO: [5]

> *la solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittoria, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavorio poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli "primato dell'ipotesi sui fatti": chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioiso sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla "sua" ipotesi.*

Impedir que o julgador viole a imparcialidade e tome parte deste *quadro mental* paranoico, mascado por certezas prévias e que se caracteriza pelo primado da hipótese, assumida como verdadeira, sobre o fato (ou, pelo menos, evitar ao máximo que isso ocorra), é o ponto central do sistema acusatório e sem o qual não é possível compreendê-lo na essência", como ensina JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO.[6]

A *imparcialidade*, portanto, é a condição epistemológica estratégica à tomada de decisões num Processo Penal democrático. A imparcialidade, desde que bem entendida (em apertada síntese: por imparcialidade entende-se a equidistância objetiva – constatável a partir de atos concretos – em relação aos interesses em jogo; uma posição de não-saber o que decidir até o momento previsto para a decisão), configura verdadeira condição de validade da atuação judicial.

5 CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Milano: Giufreè, 1966, p. 51.

6 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.) **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, *op. cit.*, p. 25.

Normose: quando normas sociais são patológicas

MARCELO MORAES CAETANO*

Introdução: o que é normose? Por que normas sociais podem se tornar patologias?

As sociedades são baseadas em parâmetros e padrões, evidentemente coletivos, que estabelecem genericamente, sobre cada indivíduo, o que é "normal" e, em oposição àquele padrão, o que não o é. A "normalidade", nesse sentido, tende a ser uma média de atitudes, cognições, hábitos, costumes e comportamentos que ou bem são aceitos por um maior número de pessoas, ou bem são aceitos pelas pessoas que detêm prestígio sociocultural ou socioeconômico nas sociedades.

No entanto, essas normalidades podem não condizer com o momento presente e/ou com a realidade empírica de vastos grupos de pessoas no seio da sociedade. Quando isso acontece, os ditames das normalidades começam a ser patogênicos, ou seja, começam a causar inquietação individual e social, perturbações que, de alguma forma, precisam ser confrontadas.

Trata-se da normose.

A *normose*, então, é o fenômeno que se ocasiona exatamente quando uma normalidade ou mesmo uma norma (escrita ou tácita) causa, no presente, sofrimento, desconcerto social, descompasso antropológico e cultural, por ter origem no passado e, por várias razões, estar em conflito com o tempo e com o espaço presentes. É um conceito que se correlaciona e se complementa com muitos outros, como o de "discursos reguladores" de FOUCAULT, que JUDITH BUTLER tanto evoca para tratar dos atos performativos de sexualidade (baseados em papéis de gênero preestabelecidos) e sua relação com o poder (o que ligo à psicanálise de ADLER, mais do que à de FREUD), que, por sua vez, é estabelecido, como salienta Freud, no que se considera "normal", e que, como vimos, pode se tornar uma normose, um "normal" que causa os aludidos sofrimentos. Também são evidentes as correlações com o conceito de "normopatia" em JOYCE MCDOUGALL.

Assim, basicamente, quando falamos de normose, trata-se do desgaste de uma norma social e cultural, que passa a não mais corresponder ao espaço e/ou tempo em que ela vigora. Esse desgaste causa uma representação social de normalidade e do que é aceito consensualmente como normal, e que, apesar

* Mestre em Letras pela PUC-Rio e Doutor em Letras pela UERJ. Professor Adjunto da UERJ e membro titular da International PEN e do PEN Clube do Brasil.

disso, pode gerar sofrimentos, doenças, depressões e mortes, como explica PIERRE WEIL. Isso se dá porque os paradigmas sociais que representam o que é normal precisam ser criados a partir de generalizações advindas de hábitos e costumes do passado, e isso faz com que nem todas as pessoas se encaixem naquela normalidade social-cultural propagada, o que ainda é acirrado à medida que o tempo passa.

Explicitando-se:

> Cabe resumir a normose, aqui, seguindo as trilhas dos três Mestres mencionados[1], como: *um conjunto de pensamentos e comportamentos que são sistematizados dentro de um consenso e aprovação social, tornando-se a "norma", o "normal" e a "normalidade", que são até mesmo incentivados dentro desse âmbito, e que, no entanto, são patogênicos, isto é, levam a "sofrimentos, doenças e mortes"*, como sintetiza Pierre Weil nesses três substantivos. (CAETANO, 2020, p. 37[2])

A origem do termo é aqui apontada por PIERRE WEIL:

> Quando indaguei a respeito de quem havia desenvolvido o conceito de normose, tive duas surpresas. Uma foi que, na França, Jean-Yves Leloup tinha forjado e se aprofundado nessa noção, a qual publicou em alguns artigos. Quando me voltei para o Brasil, descobri que Roberto Crema também tinha desenvolvido o mesmo conceito, que já consta em seu livro *Análise transacional centrada na pessoa... e mais além* (1984). Mais ou menos na mesma época, ou pelo menos no mesmo século... Sendo assim, vocês estão na presença daqueles que desenvolveram o criativo tema da normose. Essa palavra me tocou muito quando a ouvi de Jean-Yves Leloup por ocasião de um seminário sobre a normalidade. (CREMA; LELOUP; WEIL, 2014, p. 14[3])

O embate humano, podemos assim dizer, se estabelece pelo fato de que nossa subjetividade (ou individualidade, como querem algumas correntes) precisa se expressar, quase paradoxalmente, num ambiente não individual, mas coletivo. E a coletividade impõe em nossas visões de mundo traços que, sempre, de alguma forma, estarão defasados em relação ao presente temporal e espacial.

1 Aludo a Pierre Weil, Jean-Yves Leloup e Roberto Crema, precursores do conceito, como explicitarei adiante.

2 CAETANO, Marcelo Moraes. **Em busca do novo normal: reflexões sobre a normose em um mundo diferente**. Rio de Janeiro: Editora Jaguatirica, 2020.

3 CREMA, Robert; LELOUP, Jean-Yves; WEIL, Pierre. **Normose: a patologia da normalidade**. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

Enquanto gramático e filólogo, lido com essa constatação o tempo todo: uma norma estabelecida num dado momento da gramática normativa de um idioma será sempre um retrato retrospectivo, e não necessariamente prospectivo, dos costumes linguísticos de um povo. Como antropólogo e psicanalista, são as mesmas percepções que me carreiam: normas, mesmo que inseridas no ordenamento jurídico, retratam antes o passado do que o presente, razão por que o direito está sempre se adaptando aos costumes culturais dos povos que rege, a fim de não permitir que um vácuo entre os costumes e as leis se deteriore em estado de anomia e anarquia.

Não é por acaso que o binômio viver-conviver cria equações que só tendem a se tornar mais complexas diante da realidade multicultural do mundo em que vivemos, em que o Brasil, particularmente, se destaca. É por essa razão que, no século XX, especialmente com seu arquitexto **O mal-estar na civilização**, de 1930, FREUD oporá "civilização" e "barbárie", de forma que se busque o denominador comum ao ser humano no colateral "mal-estar" que é inevitavelmente ocasionado, pela lúcida tese freudiana, quando precisamos abrir mão do desejo e da libido para nos mantermos "civilizados", e não em estado de "barbárie".

> **"A *normose* (...) é o fenômeno que se ocasiona exatamente quando uma normalidade ou mesmo uma norma (...) causa, no presente, sofrimento, desconcerto social, (...) por ter origem no passado e (...) estar em conflito com o tempo e com o espaço presentes."**

Então, como apontam os estudos da normose, o fato de estarmos inseridos em células sociais cobra o preço de que certas regras e normalidades imputam sobre o indivíduo a condição de abrir-se mão, em algum grau, da sua própria individualidade ou subjetividade. É por isso que a normose, assim como a neurose, causa sintomas psíquicos nas pessoas. E ambas, também, retiram do sujeito parte substancial do prazer, oferecendo-lhe, em seu lugar, um substitutivo social qualquer, que pode ser categorizado como uma compensação, que seria como uma espécie de "prêmio de consolação" por aquilo de que precisamos abrir mão.

Quando precisamos abdicar de nossas subjetividades e identidades em função de normas que são letras mortas (ou seja, que já não representam os costumes e usos concretos das sociedades a que deveriam servir), então estamos diante do caso do nascimento ou do aprofundamento de uma normose. Quando o sofrimento psíquico é causado por uma necessidade de adequação a normas discrepantes de fatos sociais

que as coletividades já sentem como éticos e morais, a patologia não será da pessoa, mas da sociedade. A pessoa que se ajustar demais a normas desajustadas incorre em patologia individual e coletiva. A normose, assim, é, no âmbito social, uma norma ou conjunto de normas em desacordo com a realidade dos costumes. E, no âmbito individual, é o sofrimento que a pressão por ajustar-se àquelas normas dissonantes causa.

1. Normose, neurose, Superego, castrações e obrigações sociais

Correlaciono assim a neurose freudiana à normose, articulando-as. Cito meu mais recente livro, em que trato de FREUD e de sua psicanálise primogênita:

> A normose, ora imbuída da terminologia freudiana, vem encarada como um conteúdo que pode estar reprimido ou recalcado no Inconsciente, e a pessoa só tem acesso a tal conteúdo a partir de sintomas que, muitas vezes, no caso da normose, tanto podem surgir como semelhantes aos da neurose (e até causados por neuroses advindas de recalcamentos por razões sociais), como podem ser aparentes ausências de sintomas. Isso ocorre frequentemente porque a pessoa normótica é aquela que se "ajusta" à sociedade doente ou normótica, diferentemente da pessoa neurótica ou até psicótica.
>
> Nesse sentido, a normose, quando se apresenta com os sintomas da neurose, precisa ser considerada pelo psicanalista clínico. Afinal, a causa do sofrimento de seu paciente pode estar não numa questão intrínseca apenas à sua pulsão, mas num sofrimento que lhe foi imputado por uma norma social que já não condiz com a realidade concreta e fenomenológica do espaço e tempo em que ela se deflagra enquanto norma.
>
> Em outras palavras, quando se apresenta com a sintomatologia das neuroses – fóbica, obsessiva, histérica –, é preciso levar em consideração que o paciente pode estar refletindo um sofrimento causado por um Superego que o pune por causa de uma norma social desgastada, isto é, por uma normose. Ou seja, o recalcamento, como um compromisso estabelecido entre a defesa (Ego) e o desejo (Id), pode retornar em forma de sintomas neuróticos em função de um interdito (Superego) que, do ponto de vista psicossocial, já não apresenta razão de existir, sendo uma norma desgastada: uma normose.
>
> É como se percebêssemos, nesses casos, que a doença e a psicopatologia não são do paciente, mas da sociedade. A desalienação do paciente nesse sentido pode permitir que a sua elaboração seja efetiva, levando à neurose de transferência, no set psicanalítico, permitindo com isso a ab-reação almejada e o caminho para a cura. (CAETANO, 2022, p. 109-110[4])

4 CAETANO, Marcelo Moraes. **Freud e psicanálise: primeiros contatos com a teoria e a prática clínica**. Rio de Janeiro: Jaguatirica, 2022.

Freud, em seu acima citado clássico de 1930, nos fala sobre três pontos que implicam o ser humano numa rede complexa. Observemos que, já na sua obra clássica, FREUD falará de dois elementos que podemos conceber como sociais ou coletivos: o que ele chama de "mundo externo" e o que ele chama de "relações com os outros seres humanos":

> O sofrer nos ameaça a partir de três lados: do próprio corpo, que, fadado ao declínio e à dissolução, não pode sequer dispensar a dor e o medo, como sinais de advertência; do mundo externo, que pode se abater sobre nós com forças poderosíssimas, inexoráveis, destruidoras; e, por fim, das relações com os outros seres humanos. O sofrimento que se origina desta fonte nós experimentamos talvez mais dolorosamente que qualquer outro; tendemos a considerá-lo um acréscimo um tanto supérfluo, ainda que possa ser tão fatidicamente inevitável quanto o sofrimento de outra origem. (FREUD, 2011 [1930], p. 21 (Sublinhei.)[5])

FÉLIX GUATTARI converge, neste ponto, com Freud, ao demonstrar que há três ecologias a serem consideradas no amplo espectro humano: a subjetivo-simbólica, a social e a ambiental. A contribuição de GUATTARI parece ser a ênfase que é dada, quando ele é contrastado com FREUD, sobre a questão do meio ambiente, da natureza. Assim é que GUATTARI fala, bem como FREUD, de três faces, inserindo, como se disse, a face ambiental.

> O que está em questão é a maneira de viver daqui em diante sobre esse planeta, no contexto da aceleração das mutações técnico-científicas e do considerável crescimento demográfico. Em função do contínuo desenvolvimento do trabalho maquínico redobrado pela revolução informática, as forças produtivas vão tornar disponível uma quantidade cada vez maior do tempo de atividade humana potencial. Mas com que finalidade? A do desemprego, da marginalidade opressiva, da solidão, da ociosidade, da angústia, da neurose, ou a da cultura, da criação, da pesquisa, da reinvenção do meio ambiente, do enriquecimento dos modos de vida e de sensibilidade? (GUATTARI, Félix. 1990, p. 8-9[6])

Em síntese, o ser humano precisa se articular às questões que o inserem no âmbito social – e no do meio ambiente – de modo que possa equacionar suas questões intrínsecas às questões extrínsecas que a coletividade lhe oferece e também cobra.

5 FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011 [1930]. p. 21.

6 GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, SP: Papirus, 1990.

FREUD se manifesta assim, mais uma vez, em seu arquitexto de 1930, quando explicita claramente a distinção entre sociedades de "direito" e sociedades de "força bruta" (as expressões dicotômicas são do próprio FREUD):

> A vida em comum só se torna possível quando se reúne uma maioria mais forte do que qualquer indivíduo isolado e que permanece unida contra todos os indivíduos isolados. O poder dessa comunidade é então estabelecido como "direito", em oposição ao poder do indivíduo, condenado como "força bruta". A substituição do poder do indivíduo pelo poder de uma comunidade constitui o passo decisivo da civilização.
> [....]
> O maior desafio das lutas da humanidade centraliza-se em torno da tarefa de encontrar uma acomodação conveniente entre as reivindicações culturais do grupo e as do sujeito, e um dos problemas que incide sobre o destino da humanidade é o de saber se tal acomodação pode ser alcançada por meio de alguma forma específica de civilização [justiça] ou se tal conflito é irreconciliável. (FREUD, 2011 [1930], p. 101-102 (sublinhei)[7])

HERBERT MARCUSE dialoga profundamente com essas articulações em sua obra **Eros e civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud**. Aqui, MARCUSE lança mão do conceito freudiano de Eros não apenas para mencionar a "pulsão de vida" (em contraposição a Tânatos, ou a "pulsão de morte"), como também, em outros aspectos, a própria pulsão em si mesma. A pulsão, energia que repousa entre o físico e o psíquico, é regente do princípio de prazer, presente em toda a teoria que FREUD evidenciou, até mesmo quando ele vai além dela, o que se dá, por exemplo, quando justamente ele discute as questões do ser humano como ser social, cultural, civilizatório, submetido, portanto, às normas de coerção da coletividade:

> A proposição de Sigmund Freud, segundo a qual a civilização se baseia na permanente subjugação dos instintos humanos, foi aceita como axiomática. A sua interrogação, sobre se os benefícios da cultura teriam compensado o sofrimento assim infligido aos indivíduos, não foi levada muito a sério ainda menos quando o próprio Freud considerou o processo inevitável e irreversível. A livre gratificação das necessidades instintivas do homem é incompatível com a sociedade civilizada: renúncia e dilação na satisfação constituem pré-requisitos do progresso. Disse Freud: "A felicidade não é um valor cultural".
> A felicidade deve estar subordinada à disciplina do trabalho como ocupação integral, à disciplina da reprodução monogâmica, ao sistema estabelecido

7 FREUD, Sigmund. *Op. cit.*, 2011.

> de lei e ordem. O sacrifício metódico da libido, a sua sujeição rigidamente imposta às atividades e expressões socialmente úteis, é cultura. O sacrifício compensou bastante: nas áreas tecnicamente avançadas da civilização, a conquista da natureza está praticamente concluída, e mais necessidades de um maior número de pessoas são satisfeitas numa escala nunca anteriormente vista. Nem a mecanização e padronização da vida, nem o empobrecimento mental, nem a crescente destrutividade do atual progresso, fornecem bases suficientes para pôr em dúvida o princípio que tem governado o progresso da civilização ocidental.
>
> O contínuo incremento da produtividade torna cada vez mais realista, de um modo constante, a promessa de uma vida ainda melhor para todos. Contudo, o progresso intensificado parece estar vinculado a uma igualmente intensificada ausência de liberdade. Por todo o mundo da civilização industrial, o domínio do homem pelo homem cresce em âmbito e eficiência.
>
> Essa tendência tampouco se apresenta como uma regressão incidental, transitória, na senda do progresso. Os campos de concentração, extermínios em massa, guerras mundiais e bombas atômicas não são recaídas no barbarismo, mas a implementação irreprimida das conquistas da ciência moderna, da tecnologia e dominação dos nossos tempos. E a mais eficaz subjugação e destruição do homem pelo homem tem lugar no apogeu da civilização, quando as realizações materiais e intelectuais da humanidade parecem permitir a criação de um mundo verdadeiramente livre. (MARCUSE, 1975, p. 29-30[8])

DELEUZE e GUATTARI aprofundam a questão. Como excelentes exegetas pós-freudianos, os pesquisadores concentram sua atenção num dos mais importantes postulados freudianos, que aliás MARCUSE parafraseou acima: o complexo de Édipo. Em resumo, podemos dizer que Édipo é a representação, oriunda da sociedade, que faz nascer e estabelecer-se, no indivíduo, o Superego (ou Supereu), que é a instância psíquica responsável, na atilada psicanálise de FREUD, pelas interdições, repressões, censuras, denegações, rejeições, recalcamentos. O Édipo, portanto, como fator que FREUD considera não apenas universal como também unívoco (no sentido de sempre estabelecer limites ou "castrações", na linguagem psicanalítica), será alvo de importantíssimas releituras pós-freudianas.

É assim que BAUMAN, por exemplo, seguindo LACAN, descreve um Superego que, diferentemente da castradora instância freudiana, exige que o sujeito "deseje ininterruptamente", criando o que BAUMAN chamou, por exemplo, de "relações líquidas". ZIZEK descreve esse Superego como "insaciável" e, pior, como sendo obrigado a sê-lo. LACAN atribui, antes de todos eles, uma "jouissance" ("gozo-dor") incansável e até

8 MARCUSE, Herbert. **Eros e civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

despótica inerente ao Superego pós-moderno. Nesses pós-freudianos, portanto, há em comum a percepção de que o Superego deixa de ser o interditor que nasce e se desenvolve a partir do Édipo universal enquanto complexo (a introjeção da castração que a sociedade impõe com suas normas), e passa a ser um tirano (no que eles remontam até ao nome completo da obra dramatúrgica de Sófocles, que é **Édipo Tirano**) que escraviza o sujeito, impelindo-o a fetichizar o prazer, reduzindo-o a partes incompletas de sensações compensatórias. De toda forma, como se percebe, em FREUD e nos pós-freudianos, quando Édipo é discutido, é-o sempre como um tirano. O Superego, assim, seguindo-o ou o negando, é igualmente tirânico.

Sintetizando e explicitando LACAN e ZIZEK, estes observam criticamente, como vimos, a percepção de FREUD sobre os mecanismos do Superego (ou Supereu) de castrarem o prazer para a consolidação da "civilização", que terá, como efeito colateral, o conhecido mal-estar freudiano:

> Zizek tem se dedicado a desvendar o modo de funcionamento do supereu na cultura contemporânea, tentando elucidar quais seriam as suas exigências. Antes dele, filósofos da Escola de Frankfurt e o psicanalista francês Jacques Lacan analisaram – de pontos de vista diferentes – as mudanças subjetivas trazidas pela passagem da sociedade de produção, sustentada em instituições hierarquizadas com papéis sociais bem definidos, para a sociedade de consumo, na qual os papéis sociais se tornam tão intercambiáveis quanto os produtos oferecidos ao mercado. Lacan foi, no campo da psicanálise, o primeiro a investigar e analisar a mudança sofrida pelo imperativo do supereu, que de interditor do gozo passou a ser o seu mandante: "Goza!" Grosso modo, o gozo para Lacan não significa o usufruto dos bens de que alguém dispõe, nem a satisfação sexual cumprida, ele é, antes, um tipo estranho de satisfação que não leva em conta os interesses de preservação do eu, que incita o sujeito a ir além do seu bem-estar. Em relação ao prazer, o gozo sempre se manifesta como excessivo, como um parente muito próximo da dor. [...]
>
> Para Zizek, o supereu pós-moderno nos obriga, em primeiro lugar, a sentirmos prazer naquilo que somos obrigados a fazer. Tais como os dirigentes de empresa que procuram criar um vínculo de devoção do empregado em relação à empresa, de modo a que ele trabalhe como se estivesse em família, em busca de sua própria realização espiritual, enfim, para usar um termo muito em voga nas organizações, de modo que ele se sinta um "colaborador", e não um empregado. (SAROLDI, 2017, pp. 136-137[9])

9 SAROLDI, Nina. **O mal-estar na civilização: as obrigações do desejo na era da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2017.

Confrontando diretamente o que consideram a tirania *freudiana* de Édipo (por sua universalização e por sua suposta univocidade castradora, apontadas há pouco), ou a tirania *lacaniana* de Édipo (por querer avassalar o sujeito numa "*jouissance*" incessante), DELEUZE e GUATTARI se expressam em outros termos. Com isso, contribuem enormemente para as discussões sobre normose, já que põem o sujeito em confronto com sua condição coletivo-social-antropológica, discordando, de certa forma, da tirania edipiana que LACAN, ZIZEK e BAUMAN estabeleceram, e apontando uma possível "terceira" tirania para Édipo, a qual eles chamam de "Édipo soberano", que está muito mais de acordo com os paradoxos das sociedades multiculturais em que vivemos, em que, portanto, as normoses aparecem cada vez mais explícitas e, por isso mesmo, em crises cada vez mais evidentes. Observemos como DELEUZE e GUATTARI, aqui, contrapõem o tempo todo o indivíduo e o coletivo, sobrepondo-lhes a relação do recalcamento (individual) com a repressão (social):

> Essa descoberta do inconsciente produtivo tem dois correlatos: de um lado, a confrontação direta entre essa produção desejante e a produção social, entre as formações sintomatológicas e as formações coletivas, ao mesmo tempo sua identidade de natureza e sua diferença de regime; de outro lado, a repressão que a máquina social exerce sobre as máquinas desejantes, e a relação do recalcamento com essa repressão. Tudo isso é que será perdido ou que ficará, pelo menos, singularmente comprometido com a instauração do Édipo soberano. A associação livre, em vez de se abrir às conexões plurívocas, se fecha num impasse de univocidade. Todas as cadeias do inconsciente são bi-univocizadas, linearizadas, penduradas num significante despótico. Toda a produção desejante é esmagada, submetida às exigências da representação, aos jogos sombrios do representante e do representado na representação. (DELEUZE; GUATTARI, 2010 [1972], p. 77[10])

2. Sociedades abstratas e edênicas? Platão e Aristóteles *avant la lettre*

Há, como vemos, muitas formas de se ler as correlações entre o sujeito, enquanto ser desejante, e a sociedade, que lhe exige submissões para que o "direito" sobressaia à "força bruta", retomando as expressões germinais de FREUD. Como quer que seja, a normose é o desgaste severo de uma norma e a manutenção da sua letra incoerente, ainda que proveniente do direito. Um desgaste que se mantém no consenso social. É um paradigma quebrado e ultrapassado que ainda não foi substituído. Ou até mesmo um paradigma novo que já nasce desgastado.

10 DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia**. Trad. Luiz B. L. Orlandi. São Paulo: Editora 34, 2010 [1972].

O atrito, portanto, de onde nascem as normoses, parece residir na abstração excessiva que nossa sociedade passou a criar para se autodefinir. Quando a abstração se torna tirânica, despótica ou soberana, como vimos sobre a metonímia de Édipo nas linhas acima, ocorre inevitavelmente a normose.

Neste aspecto, a luta que a coletividade, enquanto sistema abstrato, causa nas psiques, enquanto sistemas concretos, retrocede a muito antes da disputa entre existencialistas e essencialistas contemporâneos, e ganha foro de validação na disputa prototípica entre SÓCRATES e PLATÃO, de um lado, e ARISTÓTELES, de outro. Tudo o que SANTO AGOSTINHO, KANT, HEGEI, o primeiro WITTGENSTEIN (do **Tractatus Logico-Philosophicus**), CHOMSKY, essencialistas no sentido lato, debatem com KIERKEGAARD, SARTRE, NIETZSCHE, FREUD, LACAN, ZIZEK, FOUCAULT, DELEUZE, GUATTARI, PIAGET, o segundo WITTGENSTEIN (o das **Investigações filosóficas**), existencialistas no sentido lato, remonta à disputa entre Sócrates/Platão e Aristóteles.

> **"Como quer que seja, a normose é o desgaste severo de uma norma e a manutenção da sua letra incoerente, ainda que proveniente do direito. Um desgaste que se mantém no consenso social."**

Devemos lembrar que ARISTÓTELES passou a discordar de PLATÃO em grande parte no que se refere a essa fetichização de PLATÃO pelo plano das ideias "puras", sem trazê-las para a concretude do que PLATÃO chamava de Eikasía e até simulacro (no nível das artes, por exemplo). Ou seja, PLATÃO preconizava um mundo de ideias em detrimento do "mundo dos objetos", como diria ERNST CASSIRER (que, a propósito, define o ser humano como "animal simbólico").

FERNANDO PESSOA, em um de seus ensaios filosóficos – e eu, como estudioso das normoses, aprendi que é sempre fundamental dar ouvidos à voz dos artistas –, trata a questão aristotélica da seguinte maneira:

> Sendo o indivíduo a única realidade social, não é todavia o único elemento social. Esse indivíduo vive em dois meios ou ambientes — um o ambiente físico, outro o ambiente social, ou sociedade. É esse o valor do elemento sociedade — é o meio, um dos meios, em que o indivíduo vive. O sábio realismo de Aristóteles viu isto bem; e assim se assentou a tese política grega — que a sociedade existe para o indivíduo, que não o indivíduo para a sociedade (PESSOA, 2022[11]).

11 PESSOA, Fernando. <http://arquivopessoa.net/textos/1767> Acesso em: 21 abr. 2022.

A tentativa de se deturpar ARISTÓTELES a um estereótipo "abstratizante" e até obscurantista, ou algo que deveria ser afastado da formação intelectual das novas gerações, ocorre desde pelo menos a Idade Média, como mostra SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA em seu livro **Visão do paraíso**. Trata-se do que se chama "normose do paraíso perdido", uma visão idílica e idealizante da vida (ideal, platônica) em detrimento da imensa diversidade concreta e factual (aristotélica) que esta nos oferece.

Essa tentativa de domar ARISTÓTELES lhe foi impingida nesse tempo antigo pelos então chamados "humanistas", que fugiam da inserção da concretude aristotélica no plano teológico (que era, então, um dos mais estudados estilos do que será chamado de epistemologia). Ou fugiam, ainda, do "meio-termo" aristotélico (famoso na pintura de RAFAEL **Escola de Atenas**, onde Platão aponta para o alto, e Aristóteles aponta para o meio) entre o plano "puro" das "ideias" de PLATÃO (o "alto") e a incontornável condição instintiva e pulsional (dirá FREUD) humana, bem como a condição concreta que as condições naturais e a própria vida coletiva e a história impõem ao ser humano (o "baixo"). Naturalmente falo dos "humanistas" na acepção medieval e do início do renascimento, em que se desenvolveu e aprofundou a epinormose que, adiante, chamarei de "antropocentrismo tóxico", quando se coloca o ser humano acima da natureza e abaixo da sociedade, num tipo de construção antropológica que é normótica, pois já não condiz com as condições ambientais contemporâneas do planeta.

A obra de SÉRGIO BUARQUE a que dou voz agora é seu livro que prefigura, de alguma forma, a normose do paraíso perdido, em que o ser humano deseja voltar a um Éden longínquo e criador das culpas capitais; qual seja, o livro **Visão do Paraíso**. **Os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil**:

> Em todo o longo curso da polêmica dos humanistas contra a escolástica e o aristotelismo, a superioridade frequentemente afirmada da Retórica em confronto com a Dialética e a Lógica relaciona-se para muitos à sua capacidade de aderir mais intimamente ao concreto e ao singular ou, ainda, à sua eficácia maior como instrumento de Persuasão. Pode dizer-se que o influxo deste modo de sentir irá marcar ulteriormente o pensamento e, segundo todas as probabilidades, a estética dos seiscentistas, dirigindo esta última, de um lado, no sentido de esquivar-se à expressão direta, e de outro, paradoxalmente, para a forma incisiva e sem meandros.
>
> A propósito deste último aspecto houve mesmo quem relacionasse à especulação de certos humanistas a doutrina do estilo chão, propugnada pelos puritanos e nela visse o prenúncio, quando não exatamente a causa do racionalismo. Contudo, o pano de fundo daquela especulação ainda é o complexo de ensinamentos contra os quais ela procura rebelar-se, ganhando forças através desta rebelião: o aristotelismo e a

> escolástica medieval, mas a escolástica de físicos e lógicos, como o fora o português Pedro Hispano, não tanto a de teólogos, como o próprio Santo Tomás de Aquino.
> [....]
> Mesmo nesses países, porém, mal se poderá dizer sem exagero, que ficará inútil todo o trabalho desenvolvido pelos humanistas, em sua campanha antiescolástica ou antiaristotélica. Da exaltação da Retórica, oposta desse modo à Lógica e à Dialética, e ainda da aversão declarada a todo pensamento de cunho abstrato e puramente especulativo, permanecerão neles sinais duradouros. (HOLANDA, 1969, p. 2-3[12])

3. Machado de Assis e um mergulho profundíssimo nas normoses brasileiras

Como faço em meu livro inaugural sobre normose, teço sempre considerações sobre como o tema vem incutido nas obras literárias. Os artistas possuem uma capacidade ímpar de perceber as normoses e de expô-las, que vai muito além das percepções que as formas analíticas são capazes de alcançar. Por isso mesmo é que suas contribuições são inestimáveis.

MACHADO DE ASSIS, por exemplo, foi testemunha ocular de quebras de paradigmas muito marcantes na história brasileira, como a "abolição" da escravatura (1888) e a proclamação da república (1889), aliás intimamente correlacionadas. Um de seus romances que trata disso de forma mais explícita é **Esaú e Jacó**, cuja trama gira em torno de dois irmãos, Pedro e Paulo, em óbvias alusões onomásticas irônicas à Bíblia, que discordavam exatamente por um ser monarquista e o outro republicano.

DANIEL PIZA observa que, "mais uma vez, Machado vê o Brasil a dormir diante das dicotomias, embalado por um sonho rousseauniano de perfeição e estabilidade no paraíso tropical" (PIZA, 2005, p. 345[13]).

Ainda em **Esaú e Jacó**, a atitude de Flora – que era o ponto de união entre os irmãos, pois ambos se apaixonaram por ela –, diante da proclamação da república e do novo paradigma que se mostrava, é sentar-se ao piano e tocar uma sonata, numa espécie de indiferença ou até um sono dogmático kantiano. "E é o estado de espírito de Flora, quando ouve as notícias e opta por tocar uma sonata ao piano, que melhor traduz a alma brasileira" (PIZA, 2005, p. 345[14]). Esse episódio da escolha pela sonata *blasée* dialogará com o conto machadiano "Trio em lá menor".

12 HOLANDA, Sérgio Buarque. **Visão do paraíso. Os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1969.

13 PIZA, Daniel. **Machado de Assis, um gênio brasileiro**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2005.

14 PIZA, 2005. *Op. cit.*

A prática dos diálogos metatextuais e intertextuais é frequente na obra de Machado, e parece estabelecer exatamente teses e antíteses corriqueiras para casos muito brasileiros, que MACHADO, quase socraticamente, quer apenas trazer ao conhecimento e à discussão, sem chegar a qualquer conclusão. Para dar brevíssimos exemplos, **Memórias póstumas de Brás Cubas** (1881) dialoga diretamente com **Quincas Borba** (1891), guiados por obsessões em remédios miraculosos para o corpo ou a alma como o "emplasto" ou o "humanitismo", respectivamente. **Esaú e Jacó** (1904) dialoga diretamente com **Memorial de Aires** (1908), ligados pelo "1888" e pelo "1889" que didaticamente introduzem as partes do **Memorial**.

Isso sem inserir os contos e crônicas, que assiduamente parecem inspirados em modos de "esclarecer" questões levantadas em outras partes. Este é o caso do conto "O alienista" (de 1882), um dos mais emblemáticos da literatura brasileira, que parece esclarecer e preparar terreno para o delírio ainda maior do "humanitismo", e que, por isso mesmo, já fora anunciado um ano antes como o título de um capítulo de **Memórias póstumas** (de 1881), a respeito da loucura e da vertigem que cavalgavam a mente de **Quincas Borba**, narrados por Brás Cubas.

O mesmo "grãozinho de sandice" elogiado pelo médico que visitou **Quincas Borba** nas **Memórias póstumas de Brás Cubas** retornará dez anos depois no **Quincas Borba** (de 1891), agora já emancipado de personagem para o nível do romance (e já tão defunto quanto o próprio Brás Cubas que o antecipara), no capítulo "O herdeiro". O médico em **Memórias póstumas** "acrescentou até que um grãozinho de sandice, longe de fazer mal, dava certo pico à vida"; no **Quincas Borba**, o narrador, não totalmente conhecedor do íntimo de Rubião, perguntará: "Saberia Rubião que o nosso Quincas Borba trazia aquele grãozinho de sandice, que o médico supôs achar-lhe?". Essa prática rocambolesca, de retomadas intertextuais de temas interiores à própria obra, foi usada pelo compositor ROBERT SCHUMANN, que terá inspirado CARL GUSTAV JUNG a escrever seus **Tipos psicológicos** (introvertido e extrovertido, basicamente).

Sobre a sandice a que Machado parece aludir nas duas ocasiões acima, atribuídas à vertigem de **Quincas Borba** com seu já citado "humanitismo" (que não deixa de ser uma acusação do que eu chamo de "antropocentrismo tóxico" caldeado à normose da retirada do ser humano de seu estatuto de ser psicossocial), um trecho do romance **Esaú e Jacó** serve de ilustração a DANIEL PIZA e a mim.

Eis o trecho de **Esaú e Jacó** que trata da passagem da monarquia para a república brasileira e a opção romanesca e platônica, quase estoica e edênica, como vimos há pouco, de Flora pela sonata, inserindo o Brasil na "vantagem de não ser presente, passado ou futuro", mas "uma idealidade pura", como diz MACHADO neste trecho, acusando a "normose do paraíso perdido" que SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA nos apontou:

> Flora não era avessa à piedade, nem à esperança, como sabeis; mas não ia com a agitação dos pais, e meteu-se com o seu piano e as suas músicas. Escolheu não sei que sonata. Tanto bastou para lhe tirar o presente. A música tinha para ela a vantagem de não ser presente, passado ou futuro; era uma coisa fora do tempo e do espaço, uma idealidade pura. Quando parava, sucedia-lhe ouvir alguma frase solta do pai ou da mãe: "...Mas como foi que...?" — "Tudo às escondidas..." — "Há sangue?" Às vezes um deles fazia algum gesto, e ela não via o gesto. O pai, com a alma trôpega, falava muito e incoerente.
> [...]
> Também se pode achar na sonata de Flora uma espécie de acordo com a hora presente. Não havia governo definitivo. A alma da moça ia com esse primeiro albor do dia, ou com esse derradeiro crepúsculo da tarde, — como queiras, — em que nada é tão claro ou tão escuro que convide a deixar a cama ou acender velas. Quando muito, ia haver um governo provisório. Flora não entendia de formas nem de nomes. A sonata trazia a sensação da falta absoluta de governo, a anarquia da inocência primitiva naquele recanto do Paraíso que o homem perdeu por desobediente, e um dia ganhará, quando a perfeição trouxer a ordem eterna e única. Não haverá então progresso nem regresso, mas estabilidade. O seio de Abraão agasalhará todas as coisas e pessoas, e a vida será um céu aberto. Era o que as teclas lhe diziam sem palavras, ré, ré, lá, sol, lá, lá, dó... (ASSIS, 1904, pp- 75-76. Sublinhei.)[15].

A normose é, então, como temos visto, um desgaste da "normalidade" em dado espaço e tempo social, que gera paradigmas estagnados, os quais deveriam ser rompidos. Essa estagnação recalcitrante ocasiona hipocrisias, sofrimentos e patogenias psíquicas e sociais. E isso é o pano de fundo de parte substantiva – senão integral – da obra machadiana. Eis uma razão loquaz para a literatura ser lida não como mero deleite, mas como fator muito concreto para subsidiar reflexões sociais que alcançam até mesmo as discussões do direito e as necessárias flexibilizações dos ordenamentos jurídicos ao longo dos tempos, para que não se causem esgarçamentos individuais e sociais.

Vejo que até o último romance de MACHADO DE ASSIS, o quase idílico **Memorial de Aires**, de 1908, ano de sua morte, trata do discurso de "desistência" que MACHADO acusa por derradeiro. Essa "desistência" machadiana acusa que lutar contra as normoses não é, aparentemente, o caminho mais fácil. Antes pelo contrário: ajustar-se às doenças sociais parece tentador à primeira vista, e apenas nas consequências ulteriores de sofrimento e apatia é que se perceberá o preço de se ter cedido a esses ajustamentos normóticos. Não é exatamente a apatia

15 ASSIS, Machado de. **Esaú e Jacó**, 1904. In: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000030.pdf

absoluta que recai sobre o casal Carmo e Aguiar, num dos finais mais solertes, líricos e patéticos da literatura brasileira? "Queriam ser risonhos e mal se podiam consolar. Consolava-os a saudade de si mesmos." (ASSIS, 1908, p. 101[16]).

Em suma, o narrador de **Memorial de Aires** parece abraçar a normose do suposto idílio matrimônio-patrimônio entre o homem e a mulher, nos casais dos quais Aires é um *voyeur*: Aguiar e Carmo, Tristão e Fidélia. Notemos que Tristão e Fidélia parecem remeter aos nomes de duas óperas do romantismo alemão, aludindo à abstração platônica que revestiu esse movimento artístico: **Tristão e Isolda**, de WAGNER, e **Fidélio**, de BEETHOVEN. Reitere-se que, em MACHADO, como vimos, a presença da música em seus escritos geralmente traduz um traço de "não presente, não passado, não futuro", como foi o caso quando Flora decide, em **Esaú e Jacó**, tocar uma sonata ao piano após a proclamação da república. Claro, os nomes podem remeter a "triste" e a "fidelidade". Como Capitu pode remeter a "capitular", como nos lembra JOSUÉ MONTELLO[17].

Essa "desistência" de Machado, no **Memorial de Aires**, a mesma "desistência" de Quixote diante de sua causa (contra as normoses, como mostrei em meu livro sobre o tema[18]) e de madame Bovary em face da sua (idem, ibidem[19]), fez com que o MACHADO ontológico, como pessoa, e não como identidade-personalidade artística, sucumbisse à mesma sorte de Quixote e de Bovary (e talvez de Carmo e Aguiar) ao desistirem de mostrar os mecanismos normóticos: encontrou a morte ao abrir mão de sua visão que acusava a normose.

Como vimos, o "humanitismo" (uma "filosofia" altamente platônica) presente explicitamente em **Quincas Borba**, a sanha diagnosticadora de Simão Bacamarte em "O alienista" e a paranoia sôfrega e patriarcal de Bentinho em **Dom Casmurro** são exemplos contundentes. Também posso mencionar a deturpação da imagem de Jacobina diante do espelho, exatamente no conto "O espelho", que só se "recupera" quando ele veste a farda militar, seu símbolo de *status* social, concluindo que a "alma exterior", a imagem que a sociedade faz dele, é muito superior à "alma interior". É muito óbvia, em MACHADO, a forma de mostrar o quanto se é apegado às normoses como objetos das convenções sociais.

Se SALVADOR DALÍ estava certo ao afirmar que "escrever é uma outra forma de pintar", então MACHADO DE ASSIS acertou na mosca ao pintar o Brasil em seus paradoxos/dialéticas mais pungentes. Os outros, gigantes, pintaram flashes do Brasil,

16 ASSIS, Machado de. **Memorial de Aires**, 1908, *In*: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bn000025.pdf

17 MONTELLO, Josué. **Memórias póstumas de Machado de Assis**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997.

18 CAETANO, 2020. *Op. cit.*

19 CAETANO, 2020. *Op. cit.*

e nisso têm imenso valor. Mas a alma de ontem, hoje e amanhã quem conseguiu pintar foi MACHADO.

MACHADO DE ASSIS é um dos melhores escritores do mundo, de todos os tempos. Foi, ele próprio, em sua vida pessoal, um *flaneur*. Negro, num dos países mais racistas do mundo, numa das épocas mais racistas do Brasil, foi um dos fundadores da agremiação cultural mais elitista e aristocrática de nossa terra: a Academia Brasileira de Letras. Furou as normoses com uma sagacidade até hoje não ombreada no Brasil.

Machado olhava-nos como uma Nação.

Nação brasileira, sim. Até porque um dos motivos de fazer Machado desabrochar de sua descorada **Helena** (1876) ou **Iaiá Garcia** (1878) para seu caleidoscópico **Memórias póstumas de Brás Cubas** (1881) foi a emulação com EÇA DE QUEIRÓS (ROCHA, 2013[20]). O fato é que Eça conseguira oferecer uma espécie de identidade nacional – ao Brasil – com seu lusitano-universal **O primo Basílio** (1878), cujo pano de fundo é a normose patriarcal, assim como o terá sido anteriormente em **Madame Bovary** (1856), de FLAUBERT, que, além disso, traça paralelo com **Dom Quixote** (1605 e 1615), de CERVANTES, como aliás mostrei há pouco. Nada de estranho nesse evento, já que o Brasil e os brasileiros se identificam com a lusitanidade e com o iberismo desde os 1500. EÇA se colou àquela tradição de Geist ibérico inscrito no Brasil.

Mas MACHADO se doeu.

Isso despertou a conhecida crítica furiosa de MACHADO a EÇA no jornal, depois da qual ele próprio, MACHADO, se viu na "obrigação" de tomar o lugar de centro de convergência da "comunidade imaginada" brasileira, como diria BENEDICT ANDERSON. Isso o fez dar seu salto "epistemológico", ético e estético, e compor suas já mencionadas **Memórias póstumas de Brás Cubas** (1881) e seus outros quatro romances (perfazendo seus cinco romances realistas-naturalistas) e contos e crônicas com teor muito mais "machadiano" do que antes. É o que JOÃO CEZAR chama de a passagem de o "Machadinho" de Iaiá Garcia para trás em direção ao "Machado" de **Brás Cubas** para a frente (ROCHA, 2013[21]).

O **Dom Quixote**, a propósito, é uma obra que tem como pano de fundo a normose, como mostro em meu livro já mencionado:

> O *Dom Quixote* tem como terceiro personagem principal, além do Quixote e de Sancho Pança, a própria normose, tão ilusória e real quanto a personagem Dulcineia del Toboso, que simplesmente "não existe", embora seja o que faz o Quixote agir por toda a obra. É contra a normose que o Quixote batalha, em direção à sua superação.

20 ROCHA, João Cezar de Castro. **Machado de Assis: por uma poética da emulação**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

21 ROCHA, João Cezar, 2103. *Op. cit.*

> Também Sancho é impelido por uma ilusão: a ilha da qual ele será governador, que só existe na imaginação. É a normose, em *Dom Quixote*, que sopapeia e maltrata o cavaleiro da triste figura em seus sonhos que, estes sim, estão muito além dos normóticos, razão pela qual a normose o castiga, em mil personagens e situações, durante a obra inteira. Até que o Quixote resolve se "ajustar" à normose para parar de sofrer, o que muitas "terapias" e "pedagogias" fazem, como veremos. E, assim ajustado, estagnado... morre o peregrino Dom Quixote... náufrago ou iluminado? No caso do Quixote fica a dúvida, o pulmão da obra. Aliás, em Madame Bovary, *Emma Bovary* teve um fim mais ou menos semelhante. (CAETANO, 2020[22], p. 50)

Mas há, no **Dom Quixote**, igualmente uma espécie de batalha épica de PLATÃO contra ARISTÓTELES, como eu a mostro neste artigo. O que motiva a obra é que o Quixote vai em busca de uma espécie de "sabedoria", que, para ele, tem como meio e fim a própria honra, bem ao modo socrático-platônico. O livro ironiza todo a visão de mundo da Idade Média, que, com os cavaleiros, os duelos, os cruzados, as guerras sem fim, defendidas no "humanitismo" machadiano, assim, demonstra como o período medieval alimentou e acirrou um modo socrático-platônico de ver a vida, baseado em "altos ideais" aristocráticos cuja meta derradeira era a própria concepção neoplatônica de mundo em oposição à *Pólis* aristotélica, a sociedade feita para o indivíduo e não o indivíduo feito para a sociedade, parafraseando FERNANDO PESSOA mostrado um pouco acima.

> **"A normose é, então, como temos visto, um desgaste da "normalidade" em dado espaço e tempo social, que gera paradigmas estagnados, os quais deveriam ser rompidos."**

Tratando de MACHADO, poucos souberam perfurar o véu do tipo médio (normótico) brasileiro como ele, presente nas sanhudas oligarquias. O brasileiro médio e medíocre despido. Ou melhor: desvestido.

A forma como MACHADO ironizou o "plano da ideia", tão ao gosto de PLATÃO, se encontra em uma das metáforas mais *sui generis* da literatura brasileira, quase uma metáfora pelo avesso, em que todo um conteúdo simbólico transcendentalista se contorce em uma concretude palpável que chega a ser patética. Trata-se do início do capítulo 2 de **Memórias póstumas de Brás Cubas**, "O emplasto", que não deixa de ser a face concreta (ARISTÓTELES) do "humanitismo" abstrato

22 CAETANO, 2020. *Op. cit.*

(PLATÃO) de Quincas Borba, concretizada, pois, nessa metáfora pelo avesso, em que a ideia de PLATÃO se remexe como uma coisa de ARISTÓTELES:

> Com efeito, um dia de manhã, estando a passear na chácara, pendurou-se-me uma ideia no trapézio que eu tinha no cérebro. Uma vez pendurada, entrou a bracejar, a pernear, a fazer as mais arrojadas cabriolas de volatim, que é possível crer. Eu deixei-me estar a contemplá-la. Súbito, deu um grande salto, estendeu os braços e as pernas, até tomar a forma de um X: decifra-me ou devoro-te. (ASSIS, 2012 [1881], p. 3[23])

Memórias póstumas de Brás Cubas, para nos aprofundarmos por derradeiro nesta obra-prima, detém um ponto de vista narrativo privilegiado, pelo fato de o autor estar morto e poder, com isso, dizer abertamente as coisas que seriam inconfessáveis socialmente, escancarando normoses. Brás Cubas, com efeito, é o protótipo do personagem machadiano que é esperto, espertalhão, mas não sagaz para escapar das mesmas normoses que ele acusa em suas vertigens. Bem-nascido, todas as suas tentativas de galgar a glória humana e mesmo de se casar, algo considerado o básico dos básicos naquela sociedade normótica, são frustradas para ele. Na arte de conquistar, Brás Cubas é um fiasco completo. Marcela o explora; Eugênia, a quem ele finalmente conquista, lhe causa repulsa; Virgília, que seria um excelente casamento, cai nas mãos de Lobo Neves, seu oponente, e eles se tornam no máximo amantes, adúlteros, nesse tema da hipocrisia e normose social que, aliás, irá apavorar outro de seus personagens futuros, Bentinho, em **Dom Casmurro**; finalmente Eulália morre antes de se casarem.

Esse lugar privilegiado de "defunto autor" é uma janela singularmente ampla que Machado nos abre para nos falar muito francamente de temas nos quais ele em geral desliza como um *flaneur*. É o que ele faz no mesmo capítulo 2, "O emplasto", onde revela as intenções reais por trás da criação da panaceia que prometia curar a alma. É sempre interessante notar o paralelo do "emplasto" de Brás Cubas (concreto) com a "filosofia" do "humanitismo" (abstrata) de seu amigo de infância, Quincas Borba. Enquanto o "humanitismo" promete curar o corpo através da alma, platonicamente, o emplasto promete curar a alma através do corpo, aristotelicamente. MACHADO põe essa dialética, assim, no centro de seu jogo sagaz. Brás Cubas revela:

> Agora, porém, que estou cá do outro lado da vida, posso confessar tudo: o que me influiu principalmente foi o gosto de ver impressas nos jornais, mostradores, folhetos, esquinas, e enfim nas caixinhas do

23 ASSIS, Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 2012 [1881].

> remédio, estas três palavras: Emplasto Brás Cubas. Para que negá-lo? Eu tinha a paixão do arruído, do cartaz, do foguete de lágrimas. Talvez os modestos me arguam esse defeito; fio, porém, que esse talento me hão de reconhecer os hábeis.
> Assim, a minha ideia trazia duas faces, como as medalhas, uma virada para o público, outra para mim. De um lado, filantropia e lucro; de outro lado, sede de nomeada. Digamos: — amor da glória.
> Um tio meu, cônego de prebenda inteira, costumava dizer que o amor da glória temporal era a perdição das almas, que só devem cobiçar a glória eterna. Ao que retorquia outro tio, oficial de um dos antigos terços de infantaria, que o amor da glória era a coisa mais verdadeiramente humana que há no homem, e, conseguintemente, a sua mais genuína feição.
> Decida o leitor entre o militar e o cônego; eu volto ao emplasto. (ASSIS, 2012 [1881], p. 3[24])

Também nos dois capítulos derradeiros de *Memórias póstumas*, o narrador retorna aos paralelos entre o seu "emplasto" e o "humanitismo" de seu fiel amigo Quincas Borba, que morre "semidemente" e voltará como assombração no romance seguinte de Machado, justamente o **Quincas Borba**, escrito dez anos depois do Brás Cubas (1891), como vimos:

> **CAPÍTULO 159**
> **A semidemência**
> Compreendi que estava velho, e precisava de uma força; mas o Quincas Borba partira seis meses antes para Minas Gerais, e levou consigo a melhor das filosofias. Voltou quatro meses depois, e entrou-me em casa, certa manhã, quase no estado em que eu o vira no Passeio Público. A diferença é que o olhar era outro. Vinha demente. Contou-me que, para o fim de aperfeiçoar o Humanitismo, queimara o manuscrito todo e ia recomeçá-lo. A parte dogmática ficava completa, embora não escrita; era a verdadeira religião do futuro.
> — Juras por Humanitas? Perguntou-me.
> — Sabes que sim.
> A voz mal podia sair-me do peito; e aliás não tinha descoberto toda a cruel verdade. Quincas Borba não só estava louco, e esse resto de consciência, como uma frouxa lamparina no meio das trevas, complicava muito o horror da situação. Sabia-o, e não se irritava contra o mal; ao contrário, dizia-me que era ainda uma prova de Humanitas, que assim brincava consigo mesmo. Recitava-me longos capítulos do livro, e antífonas, e litanias espirituais; chegou até a reproduzir uma dança sacra que inventara para as cerimônias do Humanitismo. A graça lúgubre com que ele levantava e sacudia as pernas era singularmente fantástica. Outras vezes amuava-se a um canto, com os olhos fitos no ar, uns olhos em

24 ASSIS, 2012 [1881]. *Op. cit.*

> que, de longe em longe, fulgurava um raio persistente da razão, triste como uma lágrima...
> Morreu pouco tempo depois, em minha casa, jurando e repetindo sempre que a dor era uma ilusão, e que Pangloss, o caluniado Pangloss, não era tão tolo como o supôs Voltaire.
> **CAPÍTULO 160**
> **Das negativas**
> Entre a morte do Quincas Borba e a minha, mediaram os sucessos narrados na primeira parte do livro. O principal deles foi a invenção do emplasto Brás Cubas, que morreu comigo, por causa da moléstia que apanhei. Divino emplasto, tu me darias o primeiro lugar entre os homens, acima da ciência e da riqueza, porque eras a genuína e direta inspiração do céu. O acaso determinou o contrário; e aí vos ficais eternamente hipocondríacos.
> Este último capítulo é todo de negativas. Não alcancei a celebridade do emplasto, não fui ministro, não fui califa, não conheci o casamento. Verdade é que, ao lado dessas faltas, coube-me a boa fortuna de não comprar o pão com o suor do meu rosto. Mais; não padeci a morte de Dona Plácida, nem a semidemência do Quincas Borba. Somadas umas coisas e outras, qualquer pessoa imaginará que não houve míngua nem sobra, e, conseguintemente que saí quite com a vida. E imaginará mal; porque ao chegar a este outro lado do mistério, achei-me com um pequeno saldo, que é a derradeira negativa deste capítulo de negativas:
> — Não tive filhos, não transmiti a nenhuma criatura o legado da nossa miséria. (ASSIS, 2012 [1881], p. 98-99[25])

O plano do conteúdo, e não o plano da expressão, nesse aspecto, é o que de mais rico MACHADO tem a nos oferecer. E isso apesar de MACHADO ser um esteta e cultor intimorato da linguagem e da língua portuguesa. Vale lembrar que, na juventude precoce, MACHADO conviveu com RAMOS PAZ e com o filólogo MANUEL DE MELO, frequentando o imenso Gabinete Português de Leitura, onde teve acesso às obras clássicas universais. Ele foi tipógrafo da imprensa nacional e depois revisor. Escreveu uma resenha famosa à gramática portuguesa de VERGUEIRO e PERTENCE, em 1862, e um artigo em 1873 com finalidade semelhante. O próprio artigo 1º da Academia Brasileira de Letras expressa que a instituição "tem por fim a cultura da língua e da literatura nacional". No discurso da recém-fundada ABL, em 1897, MACHADO propõe que, no ano seguinte, sejam arrolados "alguns elementos do vocabulário crítico dos brasileirismos entrados na língua portuguesa, e das diferenças no modo de falar e escrever dos dois povos, como nos obrigamos por um artigo do regimento interno".

Um fato curioso que vem a reboque deste é que, em 1881, mesmo ano da publicação de **Memórias póstumas de Brás Cubas**, JÚLIO RIBEIRO estará publicando sua

25 ASSIS, 2012 [1881]. *Op. cit.*

Gramática Portuguesa, o primeiro instrumento gramatical da gramatização científica brasileira. A gramática de JÚLIO RIBEIRO é impressionante em relação à visão científica de elementos da linguagem. A forma como RIBEIRO lida com fonética, por exemplo, nos capítulos e partes iniciais, mostra uma visão quase precursora sobre o tema, já que o próprio **Cours de linguistique générale**, de SAUSSURE, será de 1916, e o Círculo de Praga, que deu toda a cientificidade às questões de fonética e fonologia (ou fonêmica) só será fundado em 1926. Em 1888, o mesmo Júlio Ribeiro escreverá sua obra ficcional **A carne**. Ele será um dos membros da Academia Brasileira de Letras. Ou seja, o ambiente que circundava Machado era extremamente fértil em relação às questões de linguagem e de língua. Recentemente, gravei na Fundação Biblioteca Nacional depoimentos em que eu ressaltava as características de MACHADO como cultor da língua portuguesa e sua diversidade.

Mas, aqui, volto a enfatizar o conteúdo. Os tais humanos machadianos são universais justamente por serem médios ou normóticos, não sendo nada "universais" num sentido pretensamente platônico. Esses tipos desfilam bastante territorializados, inseridos em células sociais muito brasileiras e muitas vezes, até, surpreendentemente, regionalizadas. Mas obviamente nunca macunaímicas. Essa é a verve de uma outra inclinação artística. É um verdadeiro SÓCRATES-PLATÃO que desce e se concretiza em ARISTÓTELES.

Para não me deter muito, uma figura é de Itaguaí, chegada da Europa com os ranços do academicismo do velho continente; outra é da Rua do Carmo; outra é de Barbacena; outra é ex-futura frequentadora da Rua do Bispo, do Seminário São José (um protótipo literário da repressão cristã patriarcal da época), numa sucessão de censuras, repressões e recalcamentos que o clero, ainda que meramente beliscado, impinge a quem se inclina contra as suas veladas volúpias.

Os mapas em MACHADO DE ASSIS não passam incólumes. Os territórios provinciana e brasileiramente marcados estão em cada rua e em cada ruga machadiana.

E o malandro sábio, ou o sábio malandro, flana sobre tudo e todos, expondo formas de mediocridade e normose.

Palavras finais: PLATÃO versus ARISTÓTELES e a normose: o meio ambiente como Juiz Supremo

Para finalizarmos a discussão, volto à aludida batalha entre PLATÃO e ARISTÓTELES, entre o primado do abstrato e o elogio do concreto. PLATÃO e antes dele SÓCRATES de certa forma acabaram reforçando (principalmente pelas deturpações que se lhes impuseram desde a Idade Média) uma visão de mundo do que chamo de

"antropocentrismo tóxico", que é uma forma de normose das mais profundas, e que está diante de sua própria ruptura, dada a necessidade de vivermos num mundo ecologicamente sustentável, como acima ficou demonstrado por GUATTARI, DELEUZE, ZIZEK. Situo a questão num cruzamento recentíssimo que estamos atravessando: a pandemia de Covid:

> Há lógicas mecânicas de causa e consequência na deflagração da pandemia. Muitas delas têm relação direta exatamente com a normose do que nomeio como ANTROPOCENTRISMO TÓXICO, em que o ser humano, crendo-se "a medida de todas as coisas", como diz Protágoras, dilapida as florestas e as águas e todo o bioma, evidenciando que a nossa relação com o planeta permanece sobre as práticas, pensamentos e atitudes de extração, exploração, depredação e tortura em relação ao planeta Terra. Temos transformado nossas florestas em pastos, currais, monoculturas. Trata-se de uma alimentação que podemos chamar de potencialmente pandêmica. (CAETANO, 2020, p.40. Sublinhei.[26])

Evidentemente o que chamo de "antropocentrismo tóxico" – uma forma de convívio com a Natureza e com os outros seres humanos que é baseada na sujeição, opressão, controle estrito da própria Natureza e controle inclusive de Eros e do prazer de si mesmo e do alheio, mediante relações de poder, repressão e depredação, com hipocrisia e cinismo – encontra correlação com o que PAUL CRUTZEN chamou de "antropoceno". Trata-se, no conceito de CRUTZEN, de uma verdadeira "era geológica" em que o ser humano, dado o seu antropocentrismo tóxico, está em vias de deteriorar o meio ambiente a tal ponto, que pode tornar inviável a continuidade da vida da espécie humana na Terra.

Como tenho salientado, estamos numa fase que, por si só, merece toda a mudança de paradigma que nunca na história humana foi tão radical. Essa mudança se concentra sobretudo nas relações entre o ser humano e a Natureza, baseadas, até aqui, na depredação. É claro que, como sempre deixo evidenciado, as normoses caem por terra uma hora ou outra, mais cedo ou mais tarde. As mudanças de paradigma, exatamente como THOMAS KUHN descreveu em seu arquitexto **Estrutura das revoluções científicas**, de 1964, são a ordem incontornável das sociedades, por mais que isso seja sumamente doloroso aos normóticos.

No entanto, as mudanças de paradigma ocorridas até hoje, desde que o ser humano se tornou sedentário, no Neolítico, criando as "civilizações" modernas em suas raízes, nunca precisaram fazer cair todo um paradigma que já dura mais de doze

26 CAETANO, 2020. *Op. cit.*

mil anos: o paradigma em que nossa relação com a Natureza é de "tortura", como disse FRANCIS BACON, baseada numa suposta "superioridade" da espécie humana sobre todas as outras, como mostrado ironicamente ás avessas no "humanitismo" machadiano. Esse antropocentrismo tóxico foi fortalecido por SÓCRATES e PLATÃO na tresleitura que lhe impuseram seus pósteros. Nossas relações com outros seres humanos, baseadas nesse pressuposto, são igualmente predatórias, opressoras, separatistas, segregadoras, preconceituosas, criadoras de verdadeiros apartheids multidimensionais em vários âmbitos.

Para só dar alguns exemplos de como as mudanças de paradigma sociais, com a queda das normoses, são regra, e não exceção, no século V, o vasto e antigo Império Romano é subjugado pelo imperador germânico Odoacro, e dá-se início à longa Idade Média, em que se fomenta toda uma concepção de vida baseada exatamente em SÓCRATES-PLATÃO. No século XV, experimentamos um pré-capitalismo, derrubando os paradigmas das relações feudais, que começaram a se dispersar, e os burgos e burgueses começaram a negociar em mercados citadinos. No século XVIII, viveu-se a revolução francesa; e o paradigma da monarquia e da nobreza, bem como o do clero papal, foi posto em xeque e derrubado em muitos locais, reforçando a própria reforma protestante de LUTERO, que ocorrera alguns séculos antes. No século XX, houve a revolução russa. Posso citar as revoluções industriais, que vêm ocorrendo em quatro ondas (entrando na quinta) desde o século XVIII até hoje, e que moldaram e moldam uma forma de vida que em muitos aspectos é conflitante com a sustentabilidade ecológica e, portanto, com a continuidade do processo civilizatório.

Todos são exemplos de mudanças severas de paradigmas sociais, em que normoses arraigadíssimas precisaram desmoronar. E desmoronaram.

No entanto, o que quero salientar é que NENHUMA DESSAS mudanças de paradigma tocou na grande normose que, agora, se evidencia a nós: a forma opressora e destrutiva com a qual lidamos com a Natureza e os outros seres humanos. Todas essas mudanças de paradigma que exemplifiquei, sobretudo na Europa e no espectro do século V ao século XXI, mantiveram um mesmíssimo paradigma subjacente a todas elas, que é o paradigma do antropocentrismo tóxico, que veio a culminar no antropoceno. A pandemia foi, sem dúvida, um ponto de inflexão para refletirmos, mesmo que forçosamente, sobre essa epinormose que se vinha esticando de modo inconsequente, levando a "*jouissance*" lacaniana a um estatuto que quase culminou com um suicídio coletivo da espécie humana, salva por um triz.

Antes, a relação com a Natureza era um assunto secundário e meramente filosófico, ou artístico, ou "metafísico", ou até aparentemente transcendentalista e talvez esotérico. Ou uma concessão de luxo que a teologia e a ciência delegavam, com ares de benevolência, à discussão sobre os rumos da humanidade.

Agora a questão é a mais central de todas, ou, eu ousaria dizer, a ÚNICA questão central de todas, da qual todo o mais se tornou mera consequência. Trata-se, sem dúvida, da epinormose em torno da qual todas as discussões sobre os rumos da humanidade devem girar.

Não adiantará nada discutirmos sociedades, civilizações, barbáries, direito, força bruta, vivência, convivência, existencialismo, essencialismo, normose, etc., se não dispusermos de uma natureza saudável que permita que nossas vidas convivam em estado dialógico de respeito e alteridade, baseadas na mesma complexidade que, assim como nas modernas sociedades multiculturais, é também realidade empírica e aristotélica inegável nas próprias teias de inter-relações da Natureza enquanto Juíza Suprema e Derradeira.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.962.113 - RJ (2021/0147460-1)

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO. DANO EM CARGA DURANTE TRANSPORTE INTERNACIONAL. SEGURADORA. SUB-ROGAÇÃO. TRANSMISSÃO DO DIREITO MATERIAL. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. MATÉRIA PROCESSUAL. INOPONIBILIDADE À SEGURADORA SUB-ROGADA. CONVENÇÃO DE MONTREAL. SÚMULA Nº 283/STF.

1. Ação regressiva de ressarcimento, ajuizada em 26/06/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 05/02/2020 e concluso ao gabinete em 08/09/2021.

2. O propósito recursal é decidir (I) se a cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e o segurado vincula a seguradora em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado em virtude do dano na carga durante transporte internacional; e (II) se a Convenção de Montreal é aplicável à hipótese em julgamento.

3. De acordo com o art. 786 do CC, depois de realizada a cobertura do sinistro, a seguradora sub-roga-se nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano, nos limites do valor pago.

4. O instituto da sub-rogação transmite apenas a titularidade do direito material, isto é, a qualidade de credor da dívida, de modo que a cláusula de eleição de foro firmada apenas pela autora do dano e o segurado (credor originário) não é oponível à seguradora sub-rogada.

5. Tendo o acórdão recorrido decidido pela não aplicação da Convenção de Montreal na hipótese em julgamento, a falta de fundamentação pela recorrente quanto à aplicação da referida Convenção, sem indicar, por exemplo, em qual de seus dispositivos se enquadra a situação fática da presente demanda, enseja a incidência da Súmula nº 283/STF.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Especial nº 1.962.113 - RJ, em que é Recorrente *Waiver Arts* Logística de Precisão Ltda e Recorrido *Allianz* Seguros S/A.

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, negar-lhe provimento, 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), 22 DE MARÇO DE 2022.
(DATA DO JULGAMENTO)
MIN. NANCY ANDRIGHI
RELATORA

RELATÓRIO

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

Cuida-se de recurso especial interposto por *Waiver Arts* Logística de Precisão Ltda, fundamentado exclusivamente na alínea "a" do permissivo constitucional.

Recurso especial interposto em: 05/02/2020.

Concluso ao gabinete em: 08/09/2021.

Ação: regressiva, ajuizada por *Allianz* Seguros S/A contra *Waiver Arts* Logística de Precisão Ltda, em que se pretende o ressarcimento de quantia

paga a terceiro segurado, com quem havia celebrado contrato de seguro de coisa, cujo sinistro se operou por culpa da recorrente.

Decisão interlocutória: o Juízo de primeiro grau afastou a preliminar de incompetência da Justiça brasileira.

Acórdão: o TJ/RJ negou provimento ao agravo de instrumento interposto por *Waiver Arts* Logística de Precisão Ltda.

Recurso especial: alega violação dos arts. 349 e 786 do CC; 25, *caput* e § 2º, do CPC/2015; e do art. 33.1 do Decreto nº 5.910/2006 (Convenção de Montreal).

Sustenta que a recorrente celebrou com o segurado contrato para ser sua "representante para providenciar serviços de transporte e fornecer aconselhamento logístico", no qual consta cláusula de eleição de foro, pela qual "qualquer litígio oriundo da execução do presente Contrato, seja iniciado pelo Cliente ou pela DIS, será o do Condado de Los Angeles, Califórnia" (e-STJ f. 53).

Aduz que, na condição de credora sub-rogada, a seguradora [ora recorrida] submete-se às mesmas regras que se submeteria o credor originário (segurado), na forma dos arts. 349 e 786 do CC, não havendo previsão legal sustentando "o entendimento do v. acórdão recorrido de que o instituto da sub-rogação transfere apenas o direito material, e não a matéria processual" (e-STJ f. 53).

Pleiteia o reconhecimento da incompetência da Justiça brasileira, diante da aplicabilidade à seguradora recorrida da referida cláusula de eleição de foro, com fulcro no art. 25, *caput* e § 2º, do CPC/2015.

Subsidiariamente, argumenta que o art. 33.1 da Convenção de Montreal "define a regra de Jurisdição a ser observada em casos como o presente, que trata de indenização decorrente de avaria em carga objeto de transporte aéreo internacional" e, em todas as possibilidades previstas, a competência "é do Tribunal de Miami, na Flórida (Estados Unidos da América) " (e-STJ f. 56).

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/RJ inadmitiu o recurso, dando azo à interposição do AREsp nº 1.900.814/RJ, provido para determinar a conversão em recurso especial (e-STJ f. 161).

É o relatório.

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO. DANO EM CARGA DURANTE TRANSPORTE INTERNACIONAL. SEGURADORA. SUB-ROGAÇÃO. TRANSMISSÃO DO DIREITO MATERIAL. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. MATÉRIA PROCESSUAL. INOPONIBILIDADE À SEGURADORA SUB-ROGADA. CONVENÇÃO DE MONTREAL. SÚMULA Nº 283/STF.

1. Ação regressiva de ressarcimento, ajuizada em 26/06/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 05/02/2020 e concluso ao gabinete em 08/09/2021.

2. O propósito recursal é decidir (I) se a cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e o segurado vincula a seguradora em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado em virtude do dano na carga durante transporte internacional; e (II) se a Convenção de Montreal é aplicável à hipótese em julgamento.

3. De acordo com o art. 786 do CC, depois de realizada a cobertura do sinistro, a seguradora sub-roga-se nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano, nos limites do valor pago.

4. O instituto da sub-rogação transmite apenas a titularidade do direito material, isto é,

a qualidade de credor da dívida, de modo que a cláusula de eleição de foro firmada apenas pela autora do dano e o segurado (credor originário) não é oponível à seguradora sub-rogada.

5. Tendo o acórdão recorrido decidido pela não aplicação da Convenção de Montreal na hipótese em julgamento, a falta de fundamentação pela recorrente quanto à aplicação da referida Convenção, sem indicar, por exemplo, em qual de seus dispositivos se enquadra a situação fática da presente demanda, enseja a incidência da Súmula nº 283/STF.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

VOTO

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

O propósito recursal é decidir (I) se a cláusula de eleição de foro firmada entre a autora do dano e o segurado vincula a seguradora em ação regressiva na qual pleiteia o ressarcimento do valor pago ao segurado em virtude do dano na carga durante transporte internacional; e (II) se a Convenção de Montreal é aplicável à hipótese em julgamento.

1. DA INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO

1. O Código Civil, ao regulamentar o direito das obrigações, especificamente quanto ao adimplemento e extinção, prevê, nos arts. 346 a 351, forma especial de pagamento da dívida por meio da sub-rogação (pessoal), consistente na "transferência da qualidade creditória para aquele que solveu obrigação de outrem ou emprestou o necessário para isso. Essa pessoa substitui o credor originário na relação obrigacional, sendo este satisfeito pelo pagamento" (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: obrigações. Salvador: *JusPodivm*, 2017, p. 493).

2. Ainda, nos termos do art. 349 do CC, a sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

3. De igual modo, tratando especificamente da sub-rogação legal decorrente do seguro, o art. 786 do CC estabelece que, depois de realizada a cobertura do sinistro, a seguradora sub-roga-se nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano, nos limites do valor pago.

4. Nota-se, contudo, que o Código trata da relação jurídica obrigacional existente entre o credor e o devedor da dívida, prevendo, com a sub-rogação, hipótese de substituição do credor nessa relação que é de direito material.

5. Nesse sentido, esta Terceira Turma já decidiu que "o instituto da sub-rogação transfere o crédito apenas com suas características de direito material. A cláusula de eleição do foro estabelecida no contrato entre segurado e transportador não opera efeitos com relação ao agente segurador sub-rogado" (REsp nº 1.038.607/SP, 3ª Turma, DJe 05/08/2008).

6. Destaca-se que a controvérsia apreciada nesse julgado assemelha-se à presente hipótese, porquanto consistia em "saber se o foro de eleição estabelecido no contrato de transporte marítimo firmado entre a transportadora e a segurada tem, ou não, o condão de vincular a sociedade empresária seguradora em ação em que pretende reaver quantia paga à segurada em decorrência de avaria sofrida em mercadoria durante o trajeto" (REsp nº 1.038.607/SP, 3ª Turma, DJe 05/08/2008), concluindo, assim, pela não vinculação.

7. Portanto, a sub-rogação transmite tão somente a titularidade do direito material, isto é, a qualidade de credor da dívida. Não obstante essa transferência possa produzir consequências

de natureza processual – como o ajuizamento de ação pelo novo credor contra o devedor –, essas decorrem exclusivamente da mera efetivação do direito material adquirido, de modo que as questões processuais atinentes ao credor originário não são oponíveis ao novo credor, porquanto não foram objeto da sub-rogação.

8. Ademais, não há violação do art. 25 do CPC/2015, porquanto a cláusula de eleição de foro não foi acordada entre as partes da presente demanda, mas tão somente entre a recorrente e terceiro (segurado) e, como visto, o instituto da sub-rogação não transmite questões processuais, tal qual a eleição de foro.

9. Dessa forma, não merece reforma o acórdão recorrido que afastou a incidência, em relação à seguradora recorrida, da cláusula de eleição de foro firmada exclusivamente entre a autora do dano (recorrente) e o segurado.

2. DA CONVENÇÃO DE MONTREAL. SÚMULA Nº 283/STF

10. A recorrente alega prevalência das normas previstas na Convenção de Montreal em relação às de direito interno, sustentando violação, pelo acórdão recorrido, do artigo 33.1 da Convenção, segundo o qual "a competência para apreciar e julgar a presente demanda, é do Tribunal de Miami, na Flórida (Estados Unidos da América)" (e-STJ f. 56).

11. Quanto à Convenção aludida, o Tribunal de origem decidiu que "no presente caso, não se discute o contrato de transporte, mas o seguro contratado com terceiro estranho a esta relação. Assim, não há que se falar em aplicação da Convenção de Montreal, uma vez que se refere estritamente ao transporte aéreo internacional" (e-STJ f. 43).

12. Desse modo, o acórdão recorrido não analisou a competência sob a luz do artigo 33.1 da Convenção de Montreal, porque decidiu não ser hipótese de aplicação da Convenção como um todo.

13. Não obstante, a recorrente, em suas razões recursais, limita-se a examinar apenas as regras de competência fixadas no referido artigo 33.1, sem fundamentar o motivo pelo qual a Convenção de Montreal seria aplicável na hipótese em julgamento, deixando de indicar, por exemplo, em qual dos dispositivos da Convenção se enquadra a situação fática da presente demanda, a fim de ensejar a sua incidência.

14. Assim, neste ponto, o recurso não merece conhecimento, com base na Súmula nº 283/STF.

3. CONCLUSÃO

Forte nessas razões, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e NEGO-LHE PROVIMENTO.

Deixo de fixar honorários advocatícios, em virtude da ausência de condenação na instância de origem.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.976.741 - RJ (2020/0053077-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. MUDANÇA DE ENDEREÇO COMUNICADA À JUNTA COMERCIAL. AUSÊNCIA DE ATUALIZAÇÃO DO ENDEREÇO NO SÍTIO ELETRÔNICO DA *INTERNET*. CARTA CITATÓRIA ENTREGUE NO ENDEREÇO ANTIGO. NULIDADE. RECONHECIMENTO. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA APARÊNCIA NA HIPÓTESE.

1. Controvérsia em torno da validade da citação de pessoa jurídica em seu antigo endereço, cuja mudança fora comunicada à Junta Comercial, mas sem alteração no sítio eletrônico da empresa.

2. Extrema relevância da regularidade formal do ato citatório por sua primordial importância na formação da relação processual.

3. Não preenchimento dos requisitos para aplicação da teoria da aparência.

4. Precedentes da Terceira Turma do STJ.

5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Recurso Especial nº 1.976.741 - RJ, em que é Recorrente MHAG Serviços e Mineração S/A e Recorrido R.M.R..

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após a vista regimental, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros RICARDO VILLAS BOAS CUEVA (Presidente), MARCO AURÉLIO BELLIZZE, MOURA RIBEIRO e NANCY ANDRIGHI votaram com o Sr. Ministro Relator.

BRASÍLIA (DF), 26 DE ABRIL DE 2022.
(DATA DO JULGAMENTO)
MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
RELATOR

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. MUDANÇA DE ENDEREÇO COMUNICADA À JUNTA COMERCIAL. AUSÊNCIA DE ATUALIZAÇÃO DO ENDEREÇO NO SÍTIO ELETRÔNICO DA INTERNET. CARTA CITATÓRIA ENTREGUE NO ENDEREÇO ANTIGO. NULIDADE. RECONHECIMENTO. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA APARÊNCIA NA HIPÓTESE.

1. Controvérsia em torno da validade da citação de pessoa jurídica em seu antigo endereço, cuja mudança fora comunicada à Junta Comercial, mas sem alteração no sítio eletrônico da empresa.

2. Extrema relevância da regularidade formal do ato citatório por sua primordial importância na formação da relação processual.

3. Não preenchimento dos requisitos para aplicação da teoria da aparência.

4. Precedentes da Terceira Turma do STJ.

5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do TJ/RJ assim ementado:

> OBRIGAÇÃO DE FAZER. DEMANDA AJUIZADA PARA COBRANÇA DE VALORES RELACIONADOS A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. EMPRESA RÉ QUE FOI CITADA NO ENDEREÇO CONSTANTE EM SEU *SITE* COMO SENDO DE SUA MATRIZ. REVELIA DECRETADA. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. INICIADA A FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA A EXECUTADA APRESENTA IMPUGNAÇÃO, POSTULANDO PELA NULIDADE DA CITAÇÃO, UMA VEZ QUE TERIA PROCEDIDO A ALTERAÇÃO DE SUA SEDE ANTES DO ATO CITATÓRIO, COM COMUNICAÇÃO FORMAL À JUNTA COMERCIAL. - A ora agravante tinha obrigação de atualizar o seu *site*, fornecendo a clientes e parceiros comerciais seu endereço correto. Se não o fez, seja por qual razão for, deve arcar com o ônus de sua desídia e não, simplesmente, pretender a anulação de todo o processo, já na fase de cumprimento de sentença. - Mantida a revelia e a condenação, não cabe em sede de impugnação ao cumprimento de sentença nova análise da prescrição da pretensão. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Registro que foram opostos embargos de declaração contra o acórdão, os quais foram rejeitados pelo Tribunal *a quo*.

De acordo com os fundamentos do recurso especial, o acórdão recorrido deve ser reformado porque: i) o endereço da recorrente já havia sido alterado à época da citação pelo correio,

inclusive com o arquivamento do ato societário correspondente na Junta Comercial, restando violado o artigo 274 do CPC 1973; ii) há vários acórdãos de outros tribunais entendendo pela necessidade de verificação do endereço da pessoa jurídica nos arquivos da Junta Comercial, sendo inválido aquele informado no sítio eletrônico da empresa, restando caracterizado o dissídio jurisprudencial.

A recorrida apresentou contrarrazões, sustentando, em resumo, que: i) a citação fora efetivada no endereço declarado publicamente pela recorrente, de forma que o ato deve ser considerado válido; ii) a recorrente não pode se beneficiar da sua própria torpeza, até porque o seu comparecimento ao processo somente na fase de liquidação revela reprovável estratégia processual; iii) não há provas de que a pessoa que assinou o aviso de recebimento seria o porteiro do edifício comercial e não um funcionário da recorrente; iv) o recurso não pode ser conhecido em razão dos óbices dos enunciados n° 7 e 83 da súmula de jurisprudência do STJ.

É o relatório.

VOTO

O recurso especial merece provimento.

Inicialmente, registro as principais premissas fáticas estabelecidas pelo Tribunal *a quo*, a partir das quais a questão será dirimida: i) a citação da recorrente foi realizada no endereço informado em seu sítio eletrônico à época do ato; ii) a recorrente demonstrou, inclusive mediante documento arquivado na Junta Comercial, que já havia mudado de endereço alguns meses antes do ato citatório; e iii) não há provas de que o recebedor da carta de citação seria o porteiro do edifício comercial ou qualquer outra pessoa estranha ao quadro de funcionários da recorrente.

Como a questão será resolvida a partir dessas premissas, sendo desnecessário o reexame de provas, não incide o óbice do enunciado n° 7 da súmula de jurisprudência desta Corte.

Também não se aplica o enunciado n° 83, pois este caso é bem diverso daquele representado pela ementa transcrita pela recorrida nas contrarrazões (f. e-STJ Fl. 166). Com efeito, a citação não ocorreu no local onde a recorrente mantinha o seu domicílio à época da realização do ato. Além disso, com a indicação de apenas uma ementa, não está demonstrado que a orientação deste Tribunal Superior teria se firmado no mesmo sentido da decisão recorrida.

Pois bem.

A verificação da validade da citação deve levar em conta a importância do ato, especialmente à luz dos direitos e garantias que envolvem o sistema processual. Sobre o assunto, destaco a lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

> "Tão importante é a citação, como elemento instaurador do indispensável contraditório no processo, que sem ela todo o procedimento se contamina de irreparável nulidade, que impede a sentença de fazer coisa julgada. Em qualquer época, independentemente de ação rescisória, será lícito ao réu arguir a nulidade de semelhante ato decisório (arts. 525, § 1°, I, e 535, I). Na verdade, será nenhuma a sentença assim irregularmente prolatada. Observe-se, outrossim, que o requisito de validade do processo é não apenas a citação, mas também a citação válida, pois o Código fulmina de nulidade expressa as citações e as intimações 'quando feitas sem observância das prescrições legais' (art. 280). E trata-se de nulidade insanável, segundo o entendimento da melhor doutrina" (Curso de Direito Processual Civil - Teoria do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. I. 58 ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 556/557).

Justamente em razão da estreita ligação entre a citação e o exercício das garantias processuais do contraditório e da ampla defesa, o formalismo desse ato de comunicação assume papel fundamental e não pode ser afastado.

Neste passo, são extremamente oportunas as lições de TERESA ARRUDA ALVIM:

> "Considerando que a citação é ato de comunicação, deve a informação de que há ação judicial em trâmite chegar ao seu destinatário. A expedição da carta, mandado ou edital de citação, assim, é apenas parte da citação, que somente se perfaz quando o demandado recebe a informação.
>
> Por isso que, tão ou mais importante que a emissão da informação e sua validade, em si mesma considerada, é o conhecimento por parte daquele que ocupa o polo passivo da relação jurídico-processual.
>
> (...)
>
> O efeito típico e específico deste ato processual é o de levar ao conhecimento do réu a circunstância de que contra ele está sendo movida uma ação, na jurisprudência contenciosa. A lei processual, então, estabelece formas, cuidadosamente, para que este objetivo seja efetivamente atingido. O alcance deste objetivo é de capital importância para a estrutura do processo civil no mundo ocidental, de regime democrático, de que deriva um princípio a que converge a grande maioria dos dispositivos do Código: o do contraditório. Sendo obedecidas, de forma ortodoxa, as regras que a lei impõe para que se proceda à citação, dá-se o objetivo por cumprido, pois as formas são integralmente reguladas, de molde que, por meio delas, quase que se garanta a eficácia do ato. Todavia, se tendo afastado dos cânones formais estabelecidos, resta saber se a sua finalidade foi atingida: ora, a forma mais simples de sabê-lo é a ausência da revelia, ou seja, é o fato de o réu ter contestado a ação.
>
> Assim, uma sentença proferida em processo em que tenha havido citação viciada e em que o réu tenha sido revel é inexistente, porque o foi, também, o processo." (Nulidades do processo e da sentença. – 6ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 354-356).

A especial importância do ato já era reconhecida expressamente pelo legislador no Código de Processo Civil de 1973, cominando expressamente de nulidade o ato que não observasse as suas formalidades:

> Art. 247. As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais.

Assim, como a recorrente não compareceu espontaneamente ao processo na fase de conhecimento, é preciso verificar se as formalidades do ato citatório foram respeitadas.

A citação de pessoa jurídica, na vigência do CPC 1973, deveria observar o disposto no artigo 223, *verbis*:

> Art. 223. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou chefe da secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz, expressamente consignada em seu inteiro teor a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, comunicando, ainda, o prazo para a resposta e o juízo e cartório, com o respectivo endereço.
>
> Parágrafo único. A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo. Sendo o réu pessoa jurídica, será válida a entrega a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração.

Diante da dificuldade de o carteiro verificar quem ostenta poderes para representar a pessoa jurídica, a jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que a citação é válida quando a carta for recebida por quem se apresenta como responsável pela empresa, sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação.

A propósito:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA, DE PLANO, DAR ROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA AGRAVADA. 1. Consoante jurisprudência desta Corte Superior, com base na teoria da aparência, considera-se válida a citação quando, encaminhada ao endereço da pessoa jurídica, é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa, sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação em juízo. Não se aplica a referida teoria quando a comunicação for recebida por funcionário da portaria do edifício, pessoa estranha aos quadros da pessoa jurídica. Precedentes. 2. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp nº 476.491/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 22/11/2019)

Esse entendimento, baseado na teoria da aparência, foi incorporado pelo CPC 2015, em seu artigo 248, § 2°, *verbis*, em destaque:

> Art. 248. Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou o chefe de secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz e comunicará o prazo para resposta, o endereço do juízo e o respectivo cartório.
>
> § 1º A carta será registrada para entrega ao citando, exigindo-lhe o carteiro, ao fazer a entrega, que assine o recibo.
>
> § 2º Sendo o citando pessoa jurídica, será válida a entrega do mandado a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração ou, ainda, a funcionário responsável pelo recebimento de correspondências.
>
> § 3º Da carta de citação no processo de conhecimento constarão os requisitos do art. 250.
>
> § 4º Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente.

O pragmatismo que exigiu da doutrina e da jurisprudência - e agora também da lei - a adoção da teoria da aparência não está imune a críticas, como as do ilustre jurista CALMON DE PASSOS: "Chocante é a quase irresponsabilidade com que se valida citações de pessoas jurídicas feitas em qualquer empregado da empresa, quando a exigência da lei é que ela seja pessoal" (Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais. - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 156).

De qualquer forma, como se trata de teoria que vinha sendo amplamente aceita à época da citação em questão, é preciso definir os seus contornos e verificar se, no caso concreto, poderia ter sido invocada para validar a citação da recorrente. Sobre o assunto, transcrevo as seguintes lições doutrinárias:

> "A teoria da aparência, de elaboração relativamente recente, encontra campo apropriado de aplicação no direito das obrigações, em especial, de natureza comercial.
>
> No direito processual civil, surgiu como reação à circunstância de os representantes le-

gais das pessoas jurídicas nunca estarem no estabelecimento comercial ou colocarem à sua testa pessoas sem o devido e específico mandado para receber citações, com o nítido intuito de se beneficiarem com a nulidade do ato citatório.

Segundo esta teoria, é válido o ato citatório feito em pessoa que, estando no estabelecimento comercial (ou na sede da pessoa jurídica demandada), aparenta ter poderes para receber citação, mormente quando tal ato induz certeza de que o destinatário tomou efetivo conhecimento da demanda.

Em outras palavras, consiste tal teoria em considerar-se válida a citação, quando realizada em pessoa que ostenta aparência de ser realmente aquela que deveria representar a pessoa jurídica, para o fim de receber citação, embora, na verdade, não o seja." (CORREIA, André de Luizi. A citação no direito processual civil brasileiro. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001 p. 347/348).

A partir da doutrina e da jurisprudência sobre essa teoria, conclui-se que devem ser preenchidos dois requisitos básicos para que a citação seja considerada válida: 1°) entrega do mandado ou da carta de citação no endereço da pessoa jurídica; e 2°) recebimento do mandado ou da carta por funcionário da pessoa jurídica, mesmo que não seja seu representante, não faça qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes de representação.

No caso em discussão, não foi preenchido o primeiro requisito, pois a carta de citação foi entregue em endereço no qual a recorrente não mais mantinha a sua sede. Por outro lado, não é possível concluir pelo preenchimento do segundo requisito, dado que não foi constatado, pelo Tribunal *a quo*, se o recebedor da carta teria algum vínculo com a recorrente ou se era porteiro do edifício comercial onde a MHAG outrora manteve a sua sede.

Neste passo, tenho que não se sustentam os fundamentos do acórdão recorrido no sentido de que a recorrente "tinha obrigação de atualizar o seu *site*, fornecendo a clientes e parceiros comerciais seu endereço correto", bem como que "se não o fez, seja por qual razão for, deve arcar com o ônus de sua desídia e não, simplesmente, pretender a anulação de todo o processo, já na fase de cumprimento de sentença" (e-STJ f. 44).

Isso, porque não se trata de questão envolvendo notificações extrajudiciais ou outras formas de comunicação entre contratantes para provocar efeitos em relações de direito privado, como, por exemplo, a constituição em mora ou a resilição contratual. Nesses casos, é dever anexo ao vínculo obrigacional informar o outro contratante sobre eventuais mudanças de endereço, reputando-se válidas as comunicações efetuadas no endereço primitivo informado no momento da contratação (REsp nº 1.592.422/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 22/06/2016, dentre outros).

Independentemente dos deveres que devem ser observados no âmbito das relações de direito material e, evidentemente, não se olvidando da observância da boa-fé objetiva também na seara processual, é ônus do autor informar o endereço correto do réu, a fim de viabilizar a prática correta dos atos de comunicação processual, nos termos do artigo 282 do CPC 1973 e do artigo 319, II, do CPC 2015.

Ressalte-se que a recorrente cumpriu a obrigação legal de registro da alteração do contrato social com o novo endereço, nos termos do artigo 32 da Lei nº 8.934/94, garantindo-se a publicidade da modificação e, portanto, o acesso da autora a tal informação.

Esta Corte já teve oportunidade de se debruçar sobre caso análogo e assim decidiu:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CITAÇÃO. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. NULIDADE RECONHECIDA. VÍCIO TRANSRESCISÓRIO. PREJUÍZO EVIDENTE.

1. Cuida-se de ação renovatória de locação julgada antecipadamente, tendo em vista o reconhecimento da revelia da ré.

2. Interposição de recurso de apelação suscitando preliminar de nulidade do processo por vício de citação.

3. Cinge-se a controvérsia a definir se é válida a citação de pessoa jurídica efetivada em endereço diverso de sua sede ou filial e recebida por pessoa estranha aos seus quadros sociais ou de funcionários.

4. A jurisprudência desta Corte, abrandando a regra legal prevista no artigo 223, parágrafo único, segunda parte, do Código de Processo Civil, com base na teoria da aparência, considera válida a citação quando, encaminhada ao endereço da pessoa jurídica, é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa, sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação em juízo.

5. Inaplicabilidade da teoria da aparência no caso concreto em que a comunicação foi encaminhada a endereço desatualizado e no qual há muito não mais funcionava a pessoa jurídica e recebida por quem não mantinha relação com a ré, nem de subordinação nem de representação.

6. O vício de nulidade de citação é o defeito processual de maior gravidade em nosso sistema processual civil, tanto que erigido à categoria de vício transrescisório, podendo ser reconhecido a qualquer tempo, inclusive após o escoamento do prazo para o remédio extremo da ação rescisória, mediante simples alegação da parte interessada.

7. Os deveres de informação, boa-fé, probidade, lealdade e cooperação, exigíveis das partes na execução dos contratos, não têm a força de expungir o princípio constitucional do devido processo legal.

8. Por aplicação do princípio da *pas de nullité sans grief*, mesmo os vícios mais graves não se proclamam se ausente prejuízo às partes.

9. No caso, o prejuízo é evidente diante do prosseguimento do processo sem a apresentação de defesa, seguido de julgamento antecipado da lide, a despeito da alegação de que indispensável a produção de prova pericial para estabelecer o valor real do aluguel mensal referente ao imóvel.

10. Recurso especial provido.

(REsp nº 1.449.208/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 27/11/2014).

Peço vênia para transcrever os seguintes trechos do voto do eminente Relator para o acórdão:

"Nesse contexto, não há sequer espaço para eventual alegação da parte autora de desconhecimento da localização atualizada da ré, visto que poderia ser facilmente obtida mediante consulta às alterações contratuais registradas na Junta Comercial, que confere a tais atos a ampla publicidade que lhe é inerente, bem como aos dados constantes no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da Receita Federal, antes mesmo do ajuizamento da demanda, proposta em 14/05/2010.

Além disso, não há notícia de que a recebedora do mandado, C.P., tenha qualquer relação com a pessoa jurídica ré, seja de subordinação seja de representação.

(...)

Também desprovida de qualquer amparo legal a imputação, feita pela Corte de origem, do ônus à locadora-ré de manter informado o locatário-autor acerca de sua nova localização, sendo certo que o dever processual de fornecer o endereço correto para citação é, como cediço, do autor da demanda, independentemente da relação jurídica de direito material subjacente entre as partes"

(...)

Assim, a meu ver, os deveres de informação, boa-fé, probidade, lealdade e cooperação, exigíveis das partes na execução dos contratos, não têm a força de expungir o princípio constitucional do devido processo legal que aqui se encontra nitidamente violado diante do reconhecimento da validade de citação em endereço diverso e em nome de pessoa estranha à pessoa jurídica ré.

Trata-se, como já registrado, de questão ligada diretamente ao exercício de garantias processuais no bojo de uma relação de direito público em que o jurisdicionado se sujeita, independentemente da sua vontade e em razão de regras que lhe são impostas, aos efeitos da tutela jurisdicional.

Também por isso, não me parece possível invocar o *nemo potest venire contra factum proprium*, como parece defender a recorrida.

É certo que a lei processual veda o comportamento contraditório em várias situações, como, por exemplo, ao tratar da preclusão lógica do direito de recorrer (CPC 2015, art. 1.000 – CPC 1973, art. 503) e da falta de interesse para alegar a ocorrência de nulidade (CPC 2015, art. 276 – CPC 1973, art. 243).

No entanto, ao cuidar do dever de informar endereços para a prática de atos de comunicação processual, a Lei é bastante cautelosa e específica.

Para a citação por meio eletrônico, por exemplo, não é válido todo e qualquer endereço propagado pelo jurisdicionado, inclusive aquele publicado pelas pessoas jurídicas perante clientes e parceiros comerciais nos sítios eletrônicos da rede mundial de computadores. É necessário observar o endereço eletrônico cadastrado especificamente para tal finalidade.

Com efeito, a Lei nº 11.419/2006 já exigia que as citações por meio eletrônico fossem realizadas por meio de endereço previamente cadastrado nos Tribunais, senão vejamos:

Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico

(...)

Art. 6º Observadas as formas e as cautelas do art. 5º desta Lei, as citações, inclusive da Fazenda Pública, excetuadas as dos Direitos Processuais Criminal e Infracional, poderão ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando.

Seguindo essa mesma linha, o CPC 2015, em sua redação originária, assim dispunha:

Art. 246. A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça.

(...)

§ 1° Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas

> públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

Recentemente, o § 1° foi alterado pela Lei n° 14.195/21 e passou a ter a seguinte redação:

> § 1º As empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

Especificamente sobre os atos de comunicação por meio físico, o CPC 1973 já trazia uma regra prevendo a validade de intimações dirigidas ao endereço da parte, mesmo que não recebidas por ela, caso não houvesse atualização, mas desde que se tratasse do endereço informado nos autos, ou seja, no âmbito da relação processual:

> Art. 238. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais e aos advogados pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.
>
> Parágrafo único. Presumem-se válidas as comunicações e intimações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos, cumprindo às partes atualizar o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva.

O Código de Processo Civil em vigor traz regra bastante semelhante, *verbis*:

> Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.
>
> Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.

Por essas razões, não é possível considerar válida a citação por carta dirigida a local onde não mais se encontrava estabelecida a sede da pessoa jurídica, conquanto entregue em endereço apontado no sítio eletrônico disponibilizado na *internet*.

Ademais, o envio da carta de citação a endereço diverso daquele em que estava estabelecida a recorrente à época do ato, a par de revelar a ausência do primeiro requisito para a aplicação da teoria da aparência, induz à conclusão de que também estava ausente o segundo, porquanto se presume que o recebedor da carta não era funcionário da citanda. E isto, por si só, também invalida o ato citatório. A propósito:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. VÍCIO TRANSRESCISÓRIO. PREJUÍZO EVIDENTE.
>
> 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
>
> 2. A jurisprudência desta Corte, abrandando a regra legal prevista no art. 223, parágrafo único, segunda parte, do Código de Processo Civil de 1973, com base na teoria da apa-

rência, considera válida a citação quando, encaminhada ao endereço da pessoa jurídica, é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa, sem ressalvas quanto à inexistência de poderes de representação em juízo.

3. Inaplicabilidade da teoria da aparência no caso concreto, em que a comunicação foi recebida por funcionário da portaria do edifício, pessoa estranha aos quadros da pessoa jurídica.

4. O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 248, § 4º, traz regra no sentido de admitir como válida a citação entregue a funcionário de portaria responsável pelo recebimento de correspondência, norma inaplicável à hipótese dos autos.

5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp nº 913.878/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 30/09/2019, DJe 04/10/2019).

Anoto, ainda, que não existe norma jurídica prevendo qualquer tipo de presunção de validade de citação encaminhada a endereço desatualizado e, como se trata de ato processual de suma importância para o exercício do contraditório e da ampla defesa, não é lícita qualquer citação ficta além daquelas expressamente previstas em lei (citação por hora certa e citação por edital).

Caso seja constatado que a recorrente se utilizou de alguma estratégia reprovável para atrasar a tramitação do processo, o caminho correto é a aplicação das sanções por litigância de má-fé.

Não é possível, porém, validar uma citação nula como forma de penalizar a parte.

Finalmente, não é possível a condenação da parte demandante, ora recorrida, ao pagamento dos ônus sucumbenciais (custas e honorários advocatícios), pois o processo não foi extinto, devendo ter seu curso retomado desde o seu início.

Diante do que foi exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para decretar a nulidade da citação da recorrente na fase de conhecimento.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.391.954 - RJ (2013/0235787-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. INSTITUIDOR CASADO. NÃO SEPARADO DE FATO OU JUDICIALMENTE. BENEFICIÁRIO. CONCUBINA. IMPEDIMENTO PARA O CASAMENTO. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. CC/2002. ART. 793. MONOGAMIA. ORIENTAÇÃO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO DO SEGUNDO BENEFICIÁRIO INDICADO PELO SEGURADO.

1. O seguro de vida não pode ser instituído por pessoa casada, não separada de fato e nem judicialmente, em benefício de parceiro em relação concubinária, por força de expressa vedação legal (CC/2002, arts. 550 e 793).

2. Tese fixada pelo STF no RE nº 1.045.273/SE, em julgamento com repercussão geral reconhecida: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro" (ementa publicada no DJ de 09/04/2021).

3. Diante da orientação do STF, no mesmo precedente, no sentido de que "subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como

deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil)", é inválida, à luz do disposto no art. 793 do Código Civil de 2002, a indicação de concubino como beneficiário de seguro de vida instituído por segurado casado e não separado de fato ou judicialmente na época do óbito.

4. Não podendo prevalecer a indicação da primeira beneficiária, deve o capital segurado ser pago ao segundo beneficiário, indicado pelo segurado para a hipótese de impossibilidade de pagamento ao primeiro, em relação ao qual, a despeito de filho da concubina, não incide a restrição do art. 793 do Código Civil.

5. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Especial nº 1.391.954 - RJ, em que é Recorrente E.N.V.A.L. e Recorrida A.M.C.A.

A Quarta Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos, quanto à preliminar, os Ministros LUIS FELIPE SALOMÃO e MARCO BUZZI. Vencido, quanto ao mérito, o Ministro MARCO BUZZI. Os Srs. Ministros ANTONIO CARLOS FERREIRA, LUIS FELIPE SALOMÃO (Presidente) e RAUL ARAÚJO votaram com a Sra. Ministra Relatora.

BRASÍLIA/DF, 22 DE MARÇO DE 2022.
(DATA DO JULGAMENTO)
MIN.ª MARIA ISABEL GALLOTTI
RELATORA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. SEGURO DE VIDA. BENEFICIÁRIA. DISPUTA ENTRE A ESPOSA E OUTRA QUE A ELA SE EQUIPARAVA EM TERMOS DE RELAÇÃO AFETIVA. CONVIVÊNCIA PARALELA E PROPORCIONAL AO DA LEGÍTIMA COMPANHEIRA. ART. 793 DO CÓDIGO CIVIL. INAPLICABILIDADE. CONVIVÊNCIA DIÁRIA E DURADOURA DEVIDO RESPEITO À LIVRE VONTADE DO SEGURADO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PONDERAÇÃO DE VALORES. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO.

No caso presente o Segurado mantinha relações paralelas, tanto com a Apelante, sua esposa, como com a Apelada, companheira habitual e de longa data. Ambos os relacionamentos eram públicos e contínuos.

Nessa hipótese, dada a particularidade da causa, não merece observância o expresso comando legal do art. 793 do Cod. Civil, que levaria a questão a uma solução injusta, preconceituosa e ultrapassada, eis que não mais representa o sentimento que emana do atual e contemporâneo espírito social.

Atividade interpretativa do julgador, que há de ir de encontro a uma averiguação principiológica e de forma a prestigiar a igualdade e a isonomia, além de respeitar de maneira ética a vontade do próprio segurado, que até a data do óbito foi quem contribuiu com o prêmio para a formação do capital.

Sustenta a recorrente, em suma, violação ao art. 793 do Código Civil de 2002 e dissídio jurisprudencial, sob o argumento de que o seguro de vida não pode ser instituído por homem casado, não separado de fato e nem judicialmente, em benefício de companheira com a qual está legalmente impedido de casar.

Nesse sentido, afirma que o acórdão recorrido "está em total desacordo a Legislação Federal vigente, na qual expressa claramente que só é válida a instituição de companheira no caso do beneficiário ser separado judicialmente", acres-

centando que, na hipótese presente, "também restou cabalmente provado que o segurado sequer era separado de fato, muito pelo contrário, vivia normalmente sua vida de casado com a Recorrente, tendo esta notícia da existência da beneficiária apenas após a morte do seu marido, quando interpôs ação em face do INSS requerendo pensão por morte", pedido julgado improcedente pelo "8º Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro".

Contrarrazões a f. 550-559.

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. INSTITUIDOR CASADO. NÃO SEPARADO DE FATO OU JUDICIALMENTE. BENEFICIÁRIO. CONCUBINA. IMPEDIMENTO PARA O CASAMENTO. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. CC/2002. ART. 793. MONOGAMIA. ORIENTAÇÃO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO DO SEGUNDO BENEFICIÁRIO INDICADO PELO SEGURADO.

1. O seguro de vida não pode ser instituído por pessoa casada, não separada de fato e nem judicialmente, em benefício de parceiro em relação concubinária, por força de expressa vedação legal (CC/2002, arts. 550 e 793).

2. Tese fixada pelo STF no RE nº 1.045.273/SE, em julgamento com repercussão geral reconhecida: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro" (ementa publicada no DJ de 09/04/2021).

3. Diante da orientação do STF, no mesmo precedente, no sentido de que "subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil)", é inválida, à luz do disposto no art. 793 do Código Civil de 2002, a indicação de concubino como beneficiário de seguro de vida instituído por segurado casado e não separado de fato ou judicialmente na época do óbito.

4. Não podendo prevalecer a indicação da primeira beneficiária, deve o capital segurado ser pago ao segundo beneficiário, indicado pelo segurado para a hipótese de impossibilidade de pagamento ao primeiro, em relação ao qual, a despeito de filho da concubina, não incide a restrição do art. 793 do Código Civil.

5. Recurso especial parcialmente provido.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): As instâncias de origem, soberanas no exame das provas dos autos, a despeito de terem delineado que o instituidor do seguro de vida era casado e não estava separado de fato ou judicialmente da esposa, determinaram que 75% da indenização securitária fosse destinada à beneficiária indicada na apólice, mulher com quem o segurado manteve relacionamento amoroso paralelo de longa data, mas com quem não mantinha convivência *more uxorio*, nos termos das seguintes passagens da sentença (f. 427):

> Inicialmente cabe destacar que as partes não contestam o valor depositado pela consignante a f. 95, impondo-se, portanto, a procedência da demanda com relação a mesma, e, em consequência, a extinção de sua obrigação contratual. No que tange aos beneficiários

dos seguros as partes não contestam que em disposição testamentária o segurado deixou 25% do capital segurado para o terceiro réu, e não se opõem ao levantamento da referida da cota pelo mesmo. Afigura-se desnecessário o exame da relação de companheirismo ou rompimento de vínculo conjugal entre o segurado e as demais rés, haja vista que a despeito do seu falecimento na condição de casado com a primeira ré, instituiu expressamente como beneficiária a segunda ré, conforme documento de f. 65. Veja-se que tal documento não foi formalmente impugnado pelas partes, no qual inclusive a segunda ré foi identificada como companheira do segurado.

E do voto condutor do acórdão recorrido (f. 471-474):

No caso presente foi contratado seguro de vida, sendo contemplada como beneficiária a Apelada em maior proporção (75%), sendo o restante destinado a seu filho. Faleceu o Segurado e a indenização dos 75% vem sendo disputada pela beneficiária, que se afirma companheira de longa data do finado e por sua esposa legítima, que a seu favor invoca a regra do artigo 793 do Código Civil (É válida a instituição de companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato) e os termos da própria apólice, que referenda a proibição legal do benefício na constância do matrimônio.

A Seguradora, diante dessa disputa consigna a indenização e reclama quitação, que lhe foi outorgada pela sentença, que contemplou a beneficiária indicada pelo próprio segurado como a destinatária do seguro, evidentemente na parte que lhe fora reservada pelo *de cujus*.

E com as vênias sempre devidas ao culto Relator, entendi que a sentença deu acertada solução à controvérsia, que acima de tudo se afigura justa e razoável, de acordo com os ditames que se espera da correta exegese dos textos legais envolvidos, incluindo a própria Constituição Federal, a cuja subsunção há de se submeter o contrato impugnado pela Apelante

Não discuto e nem poderia fazê-lo, dado o texto expresso de lei, que há de fato proibição legal a coibir o benefício do seguro de vida a favorecer a companheira do segurado, se por ele contratado enquanto casado com outra que não a beneficiária.

Também não tenho dúvida de que a razão de ser desse dispositivo (art. 793 da Lei Civil), ao menos sua mens legis principal, está direcionada à proteção da própria Instituição do Casamento, no seu modelo tradicional, como pensado, aplicado e difundido no correr de toda a história, monogâmico e católico e também, com todo respeito, por vezes hipócrita e distante da realidade social.

Não teria dúvidas em proteger esse dispositivo frente a uma relação afetiva desigual e temporária, ou mesmo quando fruto de uma manifestação equivocada de vontade do segurado.

Por certo que *in casu* protegeria, como medida de justiça a Apelante e a seus filhos, fosse a hipótese, por exemplo, de ter sido o Segurado ludibriado por alguma jovem aventureira, que em poucas semanas tivesse obtido do de cujus polpuda indenização por conta da contratação de um seguro de vida.

(...)

Mas definitivamente isso não foi o que aconteceu no caso dos autos.

Restou demonstrado na espécie que o segurado, ainda que não tenha dissolvido seu matrimônio ou mesmo se afastado de seu lar original conjugal, manteve com a Apelada

prolongado e duradouro convívio, desde os idos de 1970, sendo que com ela frequentava publicamente festas e eventos, apresentando-a como "esposa" e até contribuindo para o sustento dessa segunda família, que manteve em igual patamar de importância em relação àquela que primeiro constituiu.

Alguns finais de semana chegava a passar com a Apelada e até nas festas de *Reveillon* dividia seu tempo com a esposa e a companheira.

Pagava as contas do aluguel relativo ao lar que mantinha com a Apelada e até a de energia elétrica era emitida em seu próprio nome. Tudo isso está documentado nos autos.

Portanto, para mim está claro, mais do que transparente, que a relação entre o Segurado e a Beneficiária não representava um mero e passageiro namoro, mas se transmudou para uma total estabilidade, a ponto de justificar a validade da cláusula do seguro, assinale-se livremente pactuada pelo falecido.

Decididamente o segurado, sabedor de que de sua sucessão não se beneficiaria sua companheira de longa data, pretendeu de fato prestigiá-la de alguma forma com o seguro, em homenagem por certo a tantos e tantos de convivência.

(...)

De qualquer forma penso que o Estado, em sua dimensão atual, não pode e nem deve regular e impor ao seu cidadão, independentemente de sexo e de gênero o modelo tradicional, regular e monogâmico do casamento, originariamente proposto e contemplado pelos ditames religiosos e originados de uma moral conservadora e manifestamente ultrapassada.

É verdade que o atual Código Civil é ainda jovem, mas penso que o seu dispositivo questionado já nasceu defunto, em época que o próprio Supremo Tribunal Federal vem atribuindo dimensão pouco tradicional às relações de afeto de cunho familiar.

A Sociedade brasileira, em outras palavras, já não está presa ao conservadorismo hipócrita das relações afetivas de outrora, necessariamente vinculadas à apenas e exclusivamente dois participantes e de sexos diversos.

Há outros vetores para serem considerados, traduzidos em valores que a meu sentir se sobrepõem à preservação daquilo que a Sociedade e o senso comum já não desejam tanto preservar.

Na hipótese presente vejo nitidamente dois outros valores que precisam ser no mínimo considerados, vale dizer o tempo, a estabilidade e acima de tudo a publicidade do relacionamento afetivo mantido entre o Segurado e a Apelada, assim como a livre manifestação de vontade do próprio Segurado, que optou por beneficiar sua companheira e não sua esposa, que já se achava protegida financeiramente pelas regras próprias da Sucessão.

Afastar *in casu* a aplicação fria e literal do texto legal (art. 793 do Código Civil) em prol de uma interpretação mais justa e equilibrada não constitui absurdo algum, mas é tarefa do cotidiano de um juiz no desenvolver de sua atividade hermenêutica.

Anoto que, na vigência do Código Civil de 1916, a partir da interpretação conjunta dos arts 1.177 e 1.474, consolidou-se a jurisprudência no sentido de vedar a indicação de concubina com beneficiária de seguro de vida de homem casado e não separado de fato ou judicialmente, em razão de estar ela legalmente impedida de receber doação do segurado. Nesse sentido, a título de exemplo, cito os seguintes precedentes:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. PRÊMIO. AR-

TIGOS 1.177 E 1.474 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. VEDAÇÃO.

Há distinção doutrinária entre "companheira" e "concubina". Companheira é a mulher que vive, em união estável, com homem desimpedido para o casamento ou, pelo menos, separado judicialmente, ou de fato, há mais de dois anos, apresentando-se à sociedade como se com ele casada fosse.

Concubina é a mulher que se une, clandestinamente ou não, a homem comprometido, legalmente impedido de se casar.

Na condição de concubina, não pode a mulher ser designada como segurada pelo cônjuge adúltero, na inteligência dos artigos 1.177 e 1.474 do Cód. Civil de 1916. Precedentes.

Recurso especial provido por unanimidade.

(RESP nº 532.549/RS, Terceira Turma, Relator Ministro CASTRO FILHO, DJ 20/06/2005)

Direito civil. Recursos especiais. Contratos, família e sucessões. Contrato de seguro instituído em favor de companheira. Possibilidade.

- É vedada a designação de concubino como beneficiário de seguro de vida, com a finalidade assentada na necessária proteção do casamento, instituição a ser preservada e que deve ser alçada à condição de prevalência, quando em contraposição com institutos que se desviem da finalidade constitucional.

- A união estável também é reconhecida constitucionalmente como entidade familiar; o concubinato, paralelo ao casamento e à união estável, enfrenta obstáculos à geração de efeitos dele decorrentes, especialmente porque concebido sobre o leito do impedimento dos concubinos para o casamento.

- Se o Tribunal de origem confere à parte a qualidade de companheira do falecido, essa questão é fática e posta no acórdão é definitiva para o julgamento do recurso especial.

- Se o capital segurado for revertido para beneficiário licitamente designado no contrato de seguro de vida, sem desrespeito à vedação imposta no art. 1.474 do CC/16, porque instituído em favor da companheira do falecido, o instrumento contratual não merece ter sua validade contestada.

- Na tentativa de vestir na companheira a roupagem de concubina, fugiram as recorrentes da interpretação que confere o STJ à questão, máxime quando adstrito aos elementos fáticos assim como descritos pelo Tribunal de origem.

Recursos especiais não conhecidos.

Com efeito, os referidos dispositivos do Código Civil de 1916 encontravam-se assim redigidos:

Art. 1.177. A doação de cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7º, nº VI, e 248, nº IV)

Art. 1.474. Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber a doação do segurado.

Com a vigência do Código Civil de 2002, a regra do art. 1.177 foi literalmente reproduzida no art. 550, sendo certo, de outra parte, que o art. 793 do novo Código explicitou a impossibilidade de a concubina ser beneficiária de seguro de vida instituído por homem casado e não separado de fato ou judicialmente. Confira-se:

Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

Art. 793. É válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.

Diante disso, permanece íntegra a orientação deste Tribunal firmada com base no Código de 1916, e positivada no art. 793 do Código em vigor, inspirada na proteção do ordenamento jurídico ao casamento e à união estável.

Em reforço dessa conclusão, acrescento que, no recente julgamento pelo STF do RE nº 1.045.273/SE, com repercussão geral reconhecida, foi estabelecida a seguinte tese: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro".

A ementa do referido acórdão encontra-se assim redigida:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hetero ou homoafetivas.
>
> 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato).
>
> 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hetero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil).
>
> 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hetero ou homoafetivos.
>
> 5. Tese para fins de repercussão geral: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de

fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro".

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 21/12/2020, DJ 09/04/2021.

Considerando, pois, a orientação do STF, no sentido de que "subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil)", não há como, à luz do disposto no art. 793 do CC/2002, reconhecer a validade da indicação da companheira como beneficiária de seguro de vida instituído por segurado casado e não separado de fato ou judicialmente na época do óbito.

Sendo inválida a destinação do seguro à recorrida, cumpre verificar a quem cabe o pagamento do capital segurado.

Narra a seguradora na inicial da presente ação de consignação "que o Segurado ao preencher o cartão proposta, em ambos os planos, instituiu como beneficiária a 'companheira' A.M.C.A. e, na sua falta, M.A.V."

A circunstância de M.A.V. ter sido instituído como beneficiário do seguro na falta de sua mãe, a ora recorrida, também é relatada na sentença (e-STJ f. 426) e no relatório do acórdão recorrido (e-STJ f. 460).

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da causa, considerar os fatos incontroversos e aplicar o direito à espécie.

Dessa forma, sendo inválida a primeira designação de beneficiário, deve prevalecer a que foi feita pelo falecido segurado para a hipótese de impossibilidade de atribuição do direito à sua primeira escolha, a saber, o segundo beneficiário indicado, M.A.V., em relação ao qual não incide a vedação legal.

Somente na falta também do segundo beneficiário incidiria a regra do art. 792 do Código Civil, segundo o qual "na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que foi feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem de vocação hereditária."

Dessa forma, o provimento do recurso há de ser parcial, para, reformando o acórdão recorrido, afastar o direito da primeira beneficiária (a recorrida) e determinar o pagamento do capital segurado ao segundo beneficiário indicado pelo segurado.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, nos termos acima descritos.

É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 662.690 - RJ (2021/0126576-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL AUTÔNOMO INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. BUSCA E APREENSÃO. ILEGALIDADE. INVIOLABILIDADE DO ADVOGADO. INADEQUAÇÃO DA CORREIÇÃO PARCIAL. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA INVESTIGADA. TRANCAMENTO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO CRIMINAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ANULAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. SUBSUNÇÃO CONTROVERSA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. LICITUDE. PRECEDENTES DO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. PRESTÍGIO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. *WRIT* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. A prerrogativa de instauração de procedimentos investigatórios criminais pelo Ministério Público não o exime de se submeter ao permanente controle jurisdicional.

2. Hipótese em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deflagrou investigação em desfavor das pacientes para apuração de suposta realização de escuta ambiental indevida, delito tipificado no art. 10 da Lei nº 9.296/96.

3. A inviolabilidade (art. 133 da CF; artigo 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/94) é limitada quando o próprio advogado é o investigado porque, naturalmente, o sigilo profissional se presta a assegurar o exercício do direito de defesa, não tendo como vocação a proteção da prática de ilícitos. Precedentes do STF e do STJ.

4. A correição parcial é espécie de impugnação de atos judiciais de natureza híbrida (administrativa/jurisdicional). Daí não ser censurável o seu conhecimento em hipóteses que tais – à luz, ainda, da fungibilidade recursal – não se afigurando teratologia.

5. A realização da gravação, nas circunstâncias em que levada a efeito – em oitiva formal de assistido seu, oficial e notoriamente registrada em sistema audiovisual pela autoridade administrativa responsável pelo ato – não se confunde com a escuta ambiental indevida e é legalmente permitida, independentemente de prévia autorização da autoridade incumbida da presidência do ato, nos explícitos termos do art. 387, § 6º, do Código de Processo Civil, diploma jurídico de aplicação supletiva aos procedimentos administrativos em geral.

6. Adequação típica alvitrada pelo Ministério Público como justificativa para a instauração do procedimento investigativo carente de mínima plausibilidade, afigurando-se insuficiência de justa causa à persecução. Consequente decisão judicial de busca e apreensão fulminada pela nulidade por desdobramento (*fruits of the poisonous tree*).

7. Embora não se afigure ética e moralmente louvável a realização de gravação clandestina, contrária às diretrizes preconizadas pela autoridade incumbida para o ato, a realidade é que, naquela conjuntura, não se revelou ilegal, muito menos criminosa.

8. Inviável, portanto, o prosseguimento dos procedimentos objeto desta Impetração.

9. *Writ* em parte conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem de *habeas corpus* para trancamento do Procedimento Investigatório Criminal nº 2020.00659710, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, anulando-se, de conseguinte, todos os atos de investigação e atos judiciais derivados de requerimentos nele formulados, notadamente a busca e apreensão realizada, com determinação de restituição dos bens das pacientes ilegalmente apreendidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que é Impetrante Z.P.B.H. de A. e Impetrado Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer parcialmente do *writ* e, nessa extensão, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDFT), JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, REYNALDO SOARES DA FONSECA e RIBEIRO DANTAS votaram com o Sr. Ministro Relator.

PRESENTE NA VIDEOCONFERÊNCIA: DR. ZOSER PLATA BONDIM HARDMAN DE ARAUJO (P/PACTES).

BRASÍLIA, 17 DE MAIO DE 2022.
(DATA DO JULGAMENTO)
MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
RELATOR

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL AUTÔNOMO INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. BUSCA E APREENSÃO. ILEGALIDADE. INVIOLABILIDADE DO ADVOGADO. INADEQUAÇÃO DA CORREIÇÃO PARCIAL. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA INVESTIGADA. TRANCAMENTO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO CRIMINAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ANULAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. SUBSUNÇÃO CONTROVERSA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. LICITUDE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. PRESTÍGIO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. *WRIT* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

1. A prerrogativa de instauração de procedimentos investigatórios criminais pelo Ministério Público não o exime de se submeter ao permanente controle jurisdicional.

2. Hipótese em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deflagrou investigação em desfavor das pacientes para apuração de suposta realização de escuta ambiental indevida, delito tipificado no art. 10 da Lei nº 9.296/96.

3. A inviolabilidade (art. 133 da CF; artigo 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/94) é limitada quando o próprio advogado é o investigado porque, naturalmente, o sigilo profissional se presta a assegurar o exercício do direito de defesa, não tendo como vocação a proteção da prática de ilícitos. Precedentes do STF e do STJ.

4. A correição parcial é espécie de impugnação de atos judiciais de natureza híbrida (administrativa/jurisdicional). Daí não ser censurável o seu conhecimento em hipóteses que tais – à luz, ainda, da fungibilidade recursal – não se afigurando teratologia.

5. A realização da gravação, nas circunstâncias em que levada a efeito – em oitiva formal de assistido seu, oficial e notoriamente registrada em sistema audiovisual pela autoridade administrativa responsável pelo ato – não se confunde com a escuta ambiental indevida e é legalmente permitida, independentemente de prévia autorização da autoridade incumbida da presidência do ato, nos explícitos termos do art. 387, § 6º, do Código de Processo Civil, diploma jurídico de aplicação supletiva aos procedimentos administrativos em geral.

6. Adequação típica alvitrada pelo Ministério Público como justificativa para a instauração do procedimento investigativo carente de mínima plausibilidade, afigurando-se insuficiência de justa causa à persecução. Consequente decisão judicial de busca e apreensão fulminada pela nulidade por desdobramento (*fruits of the poisonous tree*).

7. Embora não se afigure ética e moralmente louvável a realização de gravação clandestina, contrária às diretrizes preconizadas pela autoridade incumbida para o ato, a realidade é

que, naquela conjuntura, não se revelou ilegal, muito menos criminosa.

8. Inviável, portanto, o prosseguimento dos procedimentos objeto desta Impetração.

9. *Writ* em parte conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem de *habeas corpus* para trancamento do Procedimento Investigatório Criminal nº 2020.00659710, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, anulando-se, de conseguinte, todos os atos de investigação e atos judiciais derivados de requerimentos nele formulados, notadamente a busca e apreensão realizada, com determinação de restituição dos bens das pacientes ilegalmente apreendidos.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de K.V.L.A. de J. e E.R. de A. do N., contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido no julgamento da Correição Parcial nº 0080179-18.2020.8.19.0000, assim ementado:

"Reclamação correicional. Insurgência ministerial contra decisão que indeferiu o requerimento demandado de busca e apreensão, quebra de sigilo de dados, 'com extração de dados pela divisão especial de inteligência cibernética (DEIC/MPRJ)'. Hipótese que se resolve em favor do Reclamante. Investida correicional que se traduz em instrumento genérico e subsidiário de impugnação recursal, previsto no art. 219 do CODJERJ, destinado a hostilizar erro de ofício ou abuso de poder praticado por juiz de direito e capaz de gerar inversão da ordem legal do processo. Cabimento da correicional em casos como tais, sobretudo pela inexistência de previsão específica de recurso hostilizador (STJ), seja através de apelação, seja por recurso em sentido estrito (TJERJ). Mandado de busca e apreensão que pressupõe a observância dos requisitos do art. 240, do CPP. Quebra de sigilo de dados regulada pela Lei nº 9.296/96, a qual, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, XII), retrata autêntica providência extraordinária, de interpretação sabidamente restritiva, a exigir, para a sua autorização, a demonstração da imprescindibilidade da medida (Lei nº 9.296/96, art. 2º, II), além de 'indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal' (art. 2º, I) punível com reclusão (art. 2º, III). Caso dos autos que evidencia hipótese de investigação em procedimento, apurando a prática de crime do art. 10 da Lei nº 9.296/96. Oitiva de testemunha no bojo de procedimento em que se apura a morte da vereadora M. e do motorista A., cuja advogadas promoveram escuta ambiental do depoimento prestado, mesmo advertidas do sigilo incidia sobre a espécie. Gravação ambiental espúria que, através de perícia preliminar, atribuiu sua realização a uma das advogadas presentes, situação que deflagrou o requerimento, posteriormente indeferido em juízo. Situação sob investigação que se subsume, ao menos em caráter preliminar, ao tipo do art. 10 da Lei nº 9.296/96 (redação dada pela Lei nº 13.869/19). Exame exaustivo do direito invocado que há de merecer a devida reflexão em momento procedimental futuro, uma vez submetido ao contraditório das partes, visualizando-se, por agora, a necessidade da outorga dessa autêntica providência cautelar de emergência, cuja tônica pode ser bem resumida segundo o magistério de Cândido Dinamarco: 'entre fazer logo porém mal e fazer bem mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo,

deixando o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde com a necessária ponderação'. Positivação da plausibilidade teórica do direito invocado, além do correlato *periculum in mora*, a fim de que não se perca o *timing* e o desenvolvimento da investigação em curso, evidenciando, por igual, que a prova requerida não se mostra alcançável por outros meios disponíveis e menos invasivos. Reclamação correicional a que se dá provimento, para cassar a decisão reclamada e deferir busca e apreensão nos endereços descritos a f. 59/60 (123/124, anexo 1), bem como deferir a quebra de sigilo de dados telefônicos e telemáticos dos equipamentos eletrônicos porventura apreendidos, com extração de dados pela divisão especial de inteligência cibernética (DEIC/MPRJ-cf. f. 61, na origem, e 125, anexo 1), observando-se, em qualquer caso, a disciplina do art. 7º, § 6º e § 7º, da Lei nº 8.906/94, além outras eventuais prerrogativas previstas no referido Diploma." (f. 272/273)

Foi instaurado em desfavor das pacientes procedimento investigativo em que se apura suposta realização de escuta ambiental indevida, delito tipificado no art. 10 da Lei nº 9.296/96.

No presente *writ*, a defesa alega a atipicidade da conduta, tendo em vista que a realização da gravação do depoimento do cliente estaria em conformidade com o art. 367, § 6º, do Código de Processo Civil – CPC.

Também defende a violação ao devido processo legal e a impossibilidade do recurso utilizado pelo *Parquet*, visto que "o Ministério Público estadual, ao invés de interpor o recurso cabível, lançou mão de um conhecido subterfúgio ao ajuizar a reclamação correicional como sucedâneo recursal, o qual é autuado e julgado sem o estabelecimento de contraditório ou ampla defesa, além de estar em flagrante descompasso com a norma processual vigente" (f. 52).

Em caráter liminar, clamou pelo sobrestamento das investigações do Procedimento Investigatório Criminal – PIC nº 2020.00659710 e, no mérito, pelo seu trancamento, bem como a declaração de nulidade da busca e apreensão realizada, além da restituição dos bens que foram apreendidos.

O pedido liminar foi indeferido (f. 332/334).

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo não conhecimento da impetração e, subsidiariamente, pela denegação da ordem de *habeas corpus* (f. 339/349).

VOTO

Preambularmente, ressalto que os procedimentos administrativos criminais (PICs) possuem natureza de investigações criminais, diferenciando-se dos inquéritos policiais pela circunstância de terem curso no âmbito do Ministério Público, sem interveniência ou auxílio da autoridade policial.

Portanto, não são meros procedimentos de natureza administrativa, porquanto têm natureza de inquérito e se submetem, sim, ao controle jurisdicional do sistema acusatório previsto no Código de Processo Penal, especialmente para garantia dos direitos fundamentais dos investigados.

Nessa conformidade e por consubstanciar providência salutar, que se revela promissora ao aperfeiçoamento de sistema acusatório brasileiro, a fim de que não paire dúvida interpretativa, devo consignar ser inquestionável a legitimidade e legalidade de sua instauração pelo *Parquet*, como, aliás, também o reconheceu o Supremo Tribunal Federal:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza

penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

(RE nº 593.727, Relator para o acórdão Ministro GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 08/09/2015).

Firmadas essas premissas, desde logo, friso que a impetração merece ser parcialmente conhecida e deferida, conforme fundamentos a seguir articulados.

Depreende-se dos autos que o Ministério Público ajuizou correição parcial, com espeque nos artigos 219 e seguintes do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ), em face de decisão exarada pelo Juízo da 28ª Vara Criminal da Comarca da Capital, que indeferira pedidos de medida cautelar de busca e apreensão e quebra de sigilo de dados telefônicos e telemáticos, no bojo de Procedimento Investigatório Criminal – PIC nº 2020.00659710, instaurado pelo GAECO-MPRJ.

Ao julgar a correição parcial, o acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, conheceu e deu provimento à impugnação anômala aforada pelo Ministério Público Estadual:

"para cassar a decisão recorrida e deferir a medida cautelar de busca e apreensão nos endereços descritos a f. 59/60 (123/124, anexo 1), bem como deferir a quebra de sigilo de dados telefônicos e telemáticos dos equipamentos eletrônicos porventura apreendidos, com extração de dados pela divisão especial de inteligência cibernética (DEIC/MPRJ- cf. f. 61, na origem, e 125, anexo 1), observando-se, em qualquer caso, a disciplina do art.7º, § 6º e § 7º, da Lei nº 8.906/94, além de outras eventuais prerrogativas previstas no referido Diploma."

Pela via do *habeas corpus*, o Impetrante aponta a existência de constrangimento ilegal, aduzindo, em síntese: a) a ausência de tipicidade da conduta atribuída às pacientes, na medida em que o ato de gravar o depoimento do cliente estaria em conformidade com o art. 367, § 6º, do Código de Processo Civil e com o artigo 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), sendo o caso de trancamento do Procedimento Investigatório Criminal nº 2020.00659710; b) a nulidade da busca e apreensão realizada; c) a impossibilidade de utilização de reclamação correcional pelo Parquet como sucedâneo recursal, a caracterizar violação concomitante aos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

1. DA ALEGAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DA CORREIÇÃO PARCIAL COMO SUCEDÂNEIO DO RECURSO

Não obstante o empenho da defesa quanto à alegada irregularidade na interposição da correição parcial, não medra a arguição de violação dos preceitos constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da legalidade estrita.

Embora não se ignore o majoritário entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido do cabimento de apelação contra decisões "com

força de definitiva", a adequação da correição parcial no caso concreto não é incogitável. Impugnação de natureza híbrida (administrativa-jurisdicional), viabiliza-se pelo enfoque oblíquo do ato judicial em testilha (inquinado de tumultuário ou abusivo). Seu cabimento, nessa senda, é questão de perspectiva, o que pode alterar o referencial de pressupostos de uma ou de outra modalidade de impugnação.

Não se há falar, pois, em teratologia, daí não ser censurável o conhecimento da correição parcial em hipóteses que tais – à luz, ainda, da fungibilidade recursal – não se afigurando, da mesma forma, óbice à garantia do contraditório, que pode ser diferido no quadro processual presente, haja vista que a decisão vergastada foi de controle judicial de legalidade de procedimento inquisitivo.

2. DA INVIOLABILIDADE DO ADVOGADO

Um dos elos da corrente argumentativa dos impetrantes invoca a inviolabilidade do advogado como reforço jurídico para a conclusão sobre a legalidade da indigitada gravação ambiental e, por via de consequência, a bradada atipicidade das condutas investigadas, a caracterizar o constrangimento ilegal a reclamar o remédio constitucional.

Sem razão, contudo. Isso porque, ao menos aprioristicamente, não se afigura fundamento válido para tanto, na medida em que se confundem, no contexto da solenidade levada a efeito pelo Ministério Público, a atuação das advogadas como assistentes jurídicas do testificante e seu comportamento pessoal (abstratamente considerado), taxado de infracional pelo *Parquet*, o que levou as pacientes à condição de investigadas.

Como sabido, a inviolabilidade não pode servir de escudo para a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico, o qual o advogado assume o compromisso formal de sempre defender, *ex vi*, Artigo 8º, VII, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94).

A propósito, lembra o Ministro EDSON FACHIN que, embora "não caiba ao Estado o deferimento de medida de busca e apreensão para o fim [de] devassar informações sigilosas de interesse dos clientes de advogados", nos termos da Lei nº 8.906/1994, essa inviolabilidade "é limitada quando o próprio advogado é o investigado [...]. Isso porque, naturalmente, o sigilo profissional se presta a assegurar o exercício do direito de defesa, não tendo como vocação a proteção da prática de ilícitos" (HC nº 169.505/PR, DJe de 19/12/2019).

3. DAS FUNDADAS SUSPEITAS A AUTORIZAR A INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMETNO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL Nº 2020.00659710 E A MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA INDIGITA ÀS PACIENTES.

Nos termos do art. 240, § 1º, "e", primeira parte, do CPP, "proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: "[...] descobrir objetos necessários à prova de infração [...]". Evidentemente, por ter natureza invasiva, referida medida somente deve ser autorizada quando demonstrados indícios razoáveis de materialidade e autoria, da prática delitiva, lastreados em prova pré-constituída, que justifiquem a necessidade da medida. Nesse sentido: AgRg no AREsp nº 1.712.852/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe de 15/09/2020.

Aliás, como se vê especificamente das alíneas "d" e "e", do § 1º, do art. 240, do CPP, existem expressas menções à "prática de crime" e "prova da infração", sendo intuitivo que as "fundadas razões" devem recair sobre um mínimo de prova preexistente relativa a um determinado crime ou infração penal que se pretenda apurar.

No caso concreto, uma vez refutada a adequação típica alvitrada na portaria de instauração do procedimento investigatório, esse pressuposto lógico da medida se esvai, acarretando a ilegalidade do ato.

Em suma, uma análise técnica, interna e unilateral do Ministério Público do Rio de Janeiro concluiu que uma gravação que, supostamente, estaria circulando em estabelecimentos penitenciários do Estado, tratar-se-ia de "escuta ambiental" clandestina, realizada pela paciente E., durante inquirição da testemunha J. M., por si juridicamente assistida, em repartição ministerial. O ato foi formalmente reduzido a termo e formalmente gravado em equipamento audiovisual.

Realmente, diante da análise técnica feita pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, era razoável admitir-se que a advogada E. poderia ter sido a autora da gravação ambiental, suspeita posteriormente confirmada na própria peça de impetração do *writ*.

Ainda com maior relevância para a compreensão dos fatos e exame de legalidade da conduta investigada, tem-se por incontroverso que a advogada participou do ato, o que inclusive é usado pelos técnicos do MP para concluir ser ela a autora, repetindo-se que a gravação ambiental, mesmo que clandestina, por parte de um dos interlocutores, não se amolda à figura típica alvitrada pelo *Parquet* como pressuposto para a deflagração da investigação quanto às condutas das advogadas e que deu azo, ainda, à busca domiciliar.

Nesse contexto, aduziu o Ministério Público existir sigilo juridicamente decretado na investigação, extensível ao procedimento administrativo instaurado pelo GAECO/RJ para controle externo da atividade policial. A propósito, eis a assertiva da portaria de instauração do processado:

> "Considerando que os fatos em apuração sugerem a prática, em tese, de crime previsto no artigo 10 da Lei nº 9.296/96, qual seja, 'promover escuta ambiental ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, sem prejuízo da identificação de outras condutas delitivas no curso da investigação."

Todavia, a premissa maior do encadeamento lógico do Ministério Público, encampada pela decisão judicial inquinada de abusiva, se revela inconsistente. Com efeito, o sigilo tutelado pela norma do art. 10, da Lei nº 9.296/1996 é tão somente aquele atinente às gravações obtidas a partir de interceptações telefônicas judicialmente autorizadas ou, ainda, a realização de interceptação telefônica ou escuta ambiental sem a ordem judicial legitimadora.

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA POR CORRUPÇÃO PASSIVA, LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA IMPUTADA A MEMBRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESPÍRITO SANTO. ESCUTA AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. ADMISSIBILIDADE. LICITUDE DA PROVA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. DILIGÊNCIAS NÃO REALIZADAS NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS REQUERIDAS PARA A FORMAÇÃO DA OPINIO DELICTI DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OITIVA DO DENUNCIADO NA FASE INQUISITORIAL. FACULDADE QUE NÃO É REQUISITO PARA A VALIDADE DA DENÚNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. PRECEDENTES. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MOMENTO PROCESSUAL DE JUÍZO DE DELIBAÇÃO E NÃO DE COGNIÇÃO EXAURIENTE. PRECEDENTES. PRELIMINARES REJEITADAS. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO

CPP. VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO FATO E DOS INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA A FIM DE DEMONSTRAR A JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL. MEDIDAS CAUTELARES. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO.

1. Cuida-se de denúncia ofertada em face de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, pela suposta prática de corrupção passiva majorada (art. 317, § 1º, CP), lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98) e integrar organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/2013), descrevendo a exordial que o acusado teria praticado os delitos mediante o recebimento de valores em troca de facilitação e favorecimento para a aprovação de contas perante o Tribunal de Contas Estadual, além do oferecimento de expertise e apoio técnico no direcionamento de processos licitatórios em diversos municípios daquele estado.

2. A escuta ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro não torna a prova ilícita, tampouco pode ser confundida com a quebra do sigilo de comunicação, que depende de prévia autorização judicial. Precedentes do STF e do STJ.

3. Ademais, o denunciado não nega a realização da reunião nem o conteúdo da gravação, tampouco alega que ela teria sido editada ou adulterada para fins de acusação, limitando-se a dizer que se trata de gravação clandestina e que as conversas foram retiradas do verdadeiro contexto de seu significado, o que não cabe ser avaliado nesta fase de recebimento da exordial acusatória.

[...]

(APn nº 869/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Corte Especial, julgado em 20/11/2017, DJe 01/03/2018).

Em primeiro lugar, ressalta-se que a realização da gravação, nas circunstâncias em que levada a efeito – em oitiva formal de assistido seu, oficial e notoriamente registrada em sistema audiovisual pela autoridade administrativa responsável pelo ato – é legalmente permitida, independentemente de prévia autorização da autoridade incumbida da presidência do ato, nos explícitos termos do art. 387, § 6º, do Código de Processo Civil, diploma jurídico de aplicação supletiva aos procedimentos administrativos em geral.

Em segundo lugar, por força da aplicação analógica do § 5º do mesmo artigo, a gravação realizada pelo Ministério Público já deveria ter sido integralmente disponibilizada às advogadas. Portanto, não haveria, também por esse motivo, sentido lógico algum na responsabilização pela conduta a elas imputada:

"Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.

[...]

§ 5º A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

§ 6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial."

Conquanto seja essa diretriz inquestionavelmente dirigida aos atos judiciais, sua aplicação analógica às audiências realizadas no âmbito de procedimentos investigatórios do Ministério Público é ululante e dispensa maiores digressões. Daí não se conceber como válida a exigência de

prévia autorização pela autoridade incumbida do ato e, por conseguinte, a ilegalidade da captura do áudio da solenidade.

Portanto, há de se fazer estreme de dúvida tratar-se de uma gravação ambiental em que as advogadas participaram do ato, na presença do inquirido e dos representantes do Ministério Público, inclusive se manifestando oralmente durante a sua realização, sendo certo que a gravação, ainda que clandestina ou inadvertida, realizada por um dos interlocutores, não configura crime, escuta ambiental, muito menos interceptação telefônica, mas apenas gravação ambiental.

Essa é a concepção doutrinária majoritária:

> "Escuta ambiental é a captação de uma comunicação feita por terceiro em local público ou privado com o consentimento de um dos comunicadores e desconhecimento do outro. Na escuta, um dos comunicadores tem ciência da intromissão alheia na comunicação. Por exemplo, imagine-se a hipótese de cidadão vítima de concussão que, com o auxílio da autoridade policial, efetue o registro audiovisual do exato momento em que funcionário público exige vantagem indevida para si em razão de sua função.
>
> [...]
>
> Gravação ambiental "é a captação da comunicação ambiental no ambiente em que ocorre feita por um dos comunicadores sem o conhecimento do outro, daí por que é conhecida como gravação clandestina (ex. gravador, câmeras ocultas etc.)
>
> [...]
>
> Por outro lado, não está abrangida pelo regime jurídico do art. 8º-A da Lei nº 9.296/96 a gravação ambiental clandestina, espécie de captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem a interveniência de um terceiro, cuja licitude deve ser analisada casuisticamente. Prova disso, aliás, é o fato de, ao tratar do crime de captação ambiental sem autorização judicial, o art. 10-A, § 1º, da Lei nº 9.296/96, também incluído pelo Pacote Anticrime, dispor expressamente que não haverá tal crime se a captação for realizada por um dos interlocutores. Evidentemente, por cautela, nada impede que o juiz autorize a gravação ambiental, se houver requerimento nesse sentido."
>
> (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, volume único, 9. ed. Salvador: *JusPODVIM*, 2021, p. 721/722).

Em reforço argumentativo, ainda que se desconsiderasse a extensão do permissivo do artigo 387, § 6º, do Código de Processo Civil às inquirições realizadas em procedimentos administrativos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público, mesmo assim não se haveria presumir a ilegalidade da gravação ambiental, conforme lição sagaz de MENDRONI:

> "Na gravação clandestina, ao contrário da interceptação, que é praticada por terceira pessoa, um dos interlocutores realiza a gravação. Participa, portanto, da conversa e assim divide a intimidade com a outra pessoa. Assim considerado, nada impede o faça sem autorização judicial. Não se pode interpretar, neste caso, a existência de violação de intimidade ou privacidade, já que esta é na verdade compartilhada e, uma vez externada, ou mesmo confidenciada ao conhecimento do seu interlocutor, aberto também o seu sigilo, resta ao outro (interlocutor) tão somente a confiança pela manutenção do sigilo. Não pode, por isso mesmo, ser considerada prova produzida por meio ilícito, já que o ilícito reside no fato de se invadir conversa alheia e não própria"

[...]

Não há, portanto, qualquer ilícito no fato de um dos participantes da conversa gravá-la. Para tanto, não há necessidade de autorização judicial. A gravação nestas condições poderá ser admitida como prova lícita, tanto no âmbito da investigação preliminar como também no âmbito do processo penal, servindo tanto como prova para a Defensoria como para o Ministério Público, conforme o conteúdo e a posterior valoração judicial no momento oportuno."

(MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado – Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 236/238, *E-book* [1]).

A distinção valorativa entre as modalidades de gravação, no mesmo sentido argumentativo da impetração, também é remansosa na jurisprudência dos Tribunais Superiores:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRETENDIDA NULIDADE DE GRAVAÇÃO AMBIENTAL. GRAVAÇÃO REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. VALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Pacificou-se nos Tribunais Superiores o entendimento de que a gravação ambiental feita por um dos interlocutores é válida como prova no processo penal, independentemente de prévia autorização judicial. Precedentes do STJ e do STF.

3. Ademais, o aresto impugnado consignou que a autoria delitiva não foi constatada apenas com base na gravação ora impugnada, o que reforça a inexistência de qualquer eiva apta a contaminar a ação penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC nº 422.285/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 11/10/2018).

No mesmo diapasão, há muito o Supremo Tribunal Federal já consolidara seu entendimento, cristalizado no Tema com Repercussão Geral 237:

"É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro."

Em arremate, não se há confundir situações completamente diferentes. Não se tratou de registro clandestino de áudio de uma reunião qualquer, mas, isto sim, de depoimento formal, em procedimento administrativo instaurado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro. Esse ato, inquestionavelmente, sujeita-se à ordenação geral do Código de Processo Civil.

Premissa diversa é a suposta violação do sigilo judicialmente decretado, teoricamente concretizada a partir do espraiamento da gravação encartada aos autos e atribuída, unilateralmente, pelo Ministério Público à paciente E..

Nesse aspecto, as meras ilações e conjecturas não revelam a imprescindível justa causa à persecução. Por sinal, a inconsistência desses fundamentos põe-se em evidência pela própria motivação do Ministério Público para a instauração do indigitado procedimento investigatório criminal:

"[...] fontes humanas levaram ao conhecimento deste grupo de atuação especial que a oitiva realizada no dia 10/09/2020 foi clandestinamente gravada e enviada para

> acautelados no estabelecimento prisional BANDEIRA STAMPA - BANGU 3 [...] o áudio da oitiva do custodiado, transmitido para internos do estabelecimento prisional BANDEIRA STAMPA - BANGU 3 foi encaminhado por informante a este órgão de execução, confirmando-se a veracidade das informações."

Com sagacidade, o juízo singular, ao indeferir o pedido de busca e apreensão, ponderou a inexistência das elementares típicas da hipótese de incidência penal que embasou o pedido do Ministério Público:

> "De fato, não se tem notícia de qualquer interceptação telefônica legal e judicialmente autorizada nos autos, e mesmo que houvesse, a conduta que se pretende incriminar tivera por objeto gravação que não decorreu de nenhuma interceptação telefônica regular. Ao contrário, trata-se de uma gravação ambiental em que as advogadas participaram do ato, na presença do inquirido e da ilustre representante do MP, inclusive se manifestando oralmente durante a sua realização, sendo certo que a gravação, ainda que clandestina, realizada por um dos interlocutores, não configura crime, podendo apenas a sua divulgação ser incriminada com base em outro tipo penal, tais como os arts. 153 e 325, do CP, os quais, aqui também não oferecem qualquer adequação típica à conduta."

Enfim, embora não se afigure ética e moralmente louvável a realização de gravação inadvertida, contrária às diretrizes preconizadas pela autoridade incumbida para o ato, a realidade é que, naquela conjuntura, não se revelou ilegal, muito menos criminosa.

Concluindo, tenho que a instauração do PIC nº 2020.00659710 pelo GAECO-MPRJ, sem a menor plausibilidade da adequação típica alvitrada no ato de instauração, configurou patente abuso de autoridade, violador das garantias constitucionais das pacientes à ampla defesa e ao devido processo legal.

Diante de todo o exposto, conheço em parte do *writ* e, nessa extensão, concedo a ordem de *habeas corpus* para trancamento do procedimento investigatório criminal nº 2020.00659710, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, anulando, de conseguinte, todos os atos de investigação e atos judiciais derivados de requerimentos nele formulados, notadamente a busca e apreensão realizada. Determino, ainda, a restituição dos bens das pacientes ilegalmente apreendidos.

HABEAS CORPUS Nº 712.781 - RJ (2021/0397952-8)

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que è Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Impetrado Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 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 ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), LAURITA VAZ e SEBASTIÃO REIS JÚNIOR votaram com o Sr. Ministro Relator.

BRASÍLIA (DF), 15 DE MARÇO DE 2022.
(DATA DO JULGAMENTO)
MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

W. da C.S. alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal nº 0014552-59.2019.8.19.0014).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 157, § 2º-A, I, do CP e 244-B do ECA, em concurso formal.

A defesa aduz, em síntese, que foi inobservado o disposto no art. 226 do CPP, porque, "nove dias depois dos fatos relatados na denúncia, detido o paciente por acusação de prática de outro delito, a autoridade policial imediatamente exibiu sua fotografia à lesada para reconhecimento, o que feriu diretamente o rito previsto na norma processual citada, e comprometeu, por completo, reconhecimentos posteriores, incluído o judicial" (f. 6).

Pondera que, afora a palavra da vítima, não houve nenhum outro elemento probatório capaz de indicar, com precisão, que o paciente houvesse sido o autor do delito de roubo pelo qual foi condenado.

Afirma que "a mera exibição de uma fotografia do suspeito à vítima para reconhecimento já é, por si, suficiente para viciar todo e qualquer reconhecimento posterior, ainda mais quando também feito em Juízo sem a observância das formalidades legais, com o envio de imagem do réu por vídeo, via aplicativo de *whatsapp*, para a vítima" (f. 8).

Por fim, esclarece que "o paciente esteve todo tempo acautelado, o que possibilitaria que se intentasse o reconhecimento pessoal, observadas as formalidades legais" (f. 8), o que, no entanto, não ocorreu.

Requer, assim, a concessão da ordem, "para que seja anulado o acórdão condenatório, para que outro julgamento se realize pelo Colegiado, em sede de apelação defensiva, no amplo efeito devolutivo desta, com a desconsideração dos reconhecimentos ilegais realizados, cuja nulidade se requer, neste *writ*, seja declarada" (f. 12).

A liminar foi por mim deferida, nos termos da decisão de f. 138-140, "para sobrestar, até o julgamento final deste *writ*, a prisão imposta ao paciente, nos autos do Processo nº 0014552-59.2019.8.19.0014, determinando, por conseguinte, a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver ou não houver a necessidade de ser preso" (f. 139).

Depois de as informações haverem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, "para declarar nulo o reconhecimento do paciente, absolvendo-o por ausência de provas válidas para a condenação" (f. 250).

EMENTA

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.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. CONTEXTUALIZAÇÃO

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 157, § 2º-A, I, do CP e 244-B do ECA, em concurso formal. Segundo andamento processual disponível na página eletrônica do TJRJ, ainda não houve a certificação do trânsito em julgado da condenação.

O Juiz sentenciante, ao concluir pela condenação do paciente em relação à prática dos referidos delitos, assim fundamentou, no que interessa (f. 25-26, destaquei):

> No dia 21 de dezembro de 2017, por volta das 23h, numa via pública situada no KM 14, localidade de Travessão de Campos, nesta Comarca de Campos dos Goytacazes/RJ, o denunciado, de forma livre e consciente, corrompeu o adolescente à época L. T. A. (15 anos), com ele praticando crime de roubo qualificado em face de D. da S.S..
>
> No mesmo dia 21 de dezembro de 2017, por volta das 23h, numa via pública situada no KM 14, localidade de Travessão de Campos, nesta Comarca de Campos dos Goytacazes/RJ, o denunciado, de forma livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios com o adolescente à época L.T.A. (15 anos), subtraiu, para si ou para outrem, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo à pessoa de D. da S.S., uma bolsa contendo uma quantia em dinheiro ainda não determinada e um telefone celular LG Volt, de cor preta, tudo de propriedade da vítima, conforme descrição de f. 04 e laudo de avaliação a ser acostado.
>
> [...]
>
> A autoria também desponta inconteste.
>
> Nesse rumo, a vítima narrou que transitiva sozinha em via pública, voltando do trabalho, quando foi abordada por dois homens em uma motocicleta. Afirmou que o carona lhe abordou, exibiu a arma de fogo ameaçando atirar, e determinou que lhe fosse entregue a bolsa.
>
> Relatou que alguns dias depois reconheceu os roubados por fotos que estavam circulando nas redes sociais. Na Delegacia de Polícia, reconheceu o réu como o carona que lhe abordou e o adolescente L. T. A. como sendo o condutor da motocicleta.
>
> Rejeita-se, nesse ponto, a nulidade aventada pela defesa, porquanto é cediço que o reconhecimento fotográfico constitui meio de prova lícito e plenamente aceitável e que confere ao julgador elementos de convicção suficientes para ensejar a prolação de édito condenatório, especialmente quando corroborado por outros elementos de prova, como no caso em foco (TJRJ. Apelação n.

00496543-12.2011.8.19.0001. Des. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA).

Na fase judicial, sob o crivo do contraditório, a vítima, além de reiterar a dinâmica do crime, em procedimento realizado na forma do art. 226 do Código de Processo Penal, reconheceu o réu como o homem que cometeu o crime de roubo.

Vale gizar que em crimes dessa natureza, de forma geral, cometidos à revelia de espectadores, a palavra da vítima tem um especial relevo probatório, como se verifica no precedente da Jurisprudência Fluminense:

[...]

A defesa, então, interpôs apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso, somente "para reconhecer o concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menor, sem reflexo na pena, nos termos do artigo 70, parágrafo único, do Código Penal, e atenuar a dosimetria, aquietando a resposta penal em 07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 16 (dezesseis) dias-multa, na menor fração unitária" (f. 21).

Na ocasião, a Corte estadual afastou a pretendida absolvição do réu, com base nos seguintes argumentos (f. 17-18):

Fatos ocorridos em 21/12/2017; denúncia datada de 09/05/2019 (peça 000001), sendo recebida em 17/05/2019 (peça 000042); sentença prolatada em 04/10/2020 (peça 000281). O Ministério Público não recorreu.

A defesa pretende, preliminarmente, ver reconhecida a nulidade no reconhecimento do denunciado em sede policial, sob o argumento de que não foram preenchidas as formalidades do artigo 226, do Código de Processo Penal.

Destaco e rechaço a prefacial, primeiro porque o reconhecimento realizado em sede policial foi feito por foto (peça 000002- f. 08) e segundo, porque, em juízo a ofendida reconheceu o ora apelante como sendo uma das pessoas que participou do roubo, conforme consta do depoimento armazenado em mídia e do termo acostado na peça 000276 – f. 03.

Ademais, friso que, segundo o posicionamento amplamente majoritário na doutrina e na jurisprudência, o reconhecimento em juízo dispensa as formalidades constantes do artigo 226, do CPP, não havendo qualquer dúvida, no caso concreto, quanto ao fato de o acusado ter sido um dos autores do delito de roubo.

Diante de tal cenário, entendo que foram respeitados os dispositivos legais aplicáveis à hipótese. Não se vislumbra a ocorrência de qualquer prejuízo ao exercício da defesa do acusado, aqui também prevalecendo o princípio consagrado no artigo 563, do diploma processual referido, conhecido sob o brocardo francês *pas de nullité sans grief*.

Superada a prefacial, passo ao exame da tese absolutória sustentada pela defesa.

[...]

A autoria, por sua vez, restou comprovada pelas provas colhidas durante a instrução criminal, já que a vítima narrou os fatos de forma detalhada e em harmonia com as demais provas, permitindo a visualização da dinâmica criminosa.

Com efeito, na presente hipótese, a vítima, Sr.ª D. da S.S., reconheceu o acusado em sede policial, através de fotografias, o que foi corroborado em Juízo, nos moldes legais, ressaltando que o acusado não agiu sozinho, mas em comunhão de desígnios com um adolescente, que também foi reconhecido pela lesada.

Assim, constata-se que a prova é robusta quanto ao crime de roubo, praticado pelo acusado, nos termos expostos na tese acusatória.

> A vítima D., em sede policial, declarou (peças 000002 – f. 05):
>
> "(...) no dia 21/12/2017, por volta das 23h regressava do seu trabalho e quando caminhava no km14, Travessão de Campos foi abordada por dois nacionais numa motocicleta prata; Que o carona da moto estava portando arma de fogo e diante da ameaça, a declarante entregou sua bolsa com telefone celular marca LG e dinheiro; (...)".

Em sede inquisitorial, a vítima disse que reconheceu os agentes a partir da foto de uma notícia veiculada na *Internet*, em que mencionava a prática de um latrocínio pelo acusado, ocasião em que a ofendida o reconheceu e procedeu ao registro do fato.

Em juízo, corroborando as afirmações prestadas em sede policial, disse:

> "(...) que transitiva sozinha em via pública, voltando do trabalho, quando foi abordada por dois homens em uma motocicleta. Afirmou que o carona lhe abordou, exibiu a arma de fogo ameaçando atirar, e determinou que lhe fosse entregue a bolsa. Relatou que alguns dias depois reconheceu os roubadores por fotos que estavam circulando nas redes sociais. Na Delegacia de Polícia, reconheceu o réu como o carona que lhe abordou e o adolescente L.T.A. como sendo o condutor da motocicleta. (...)".

Na ocasião de seu interrogatório, o apelante optou por permanecer em silêncio.

A meu ver, diante do cenário apresentado, as teses defensivas restaram isoladas no conjunto probatório, enquanto a acusação apresentou provas robustas que demonstram que o apelante praticou os crimes narrados na exordial.

II. O RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO MEIO PROBATÓRIO

A defesa aduz, em síntese, que o paciente foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pela vítima, que não foi corroborado por outros elementos probatórios, circunstância insuficiente para lastrear um decreto condenatório.

Antes, contudo, de adentrar o mérito da discussão, convém salientar que o exame da controvérsia não demanda reexame de prova – inviável no rito de cognição estreita do *habeas corpus* –, mas sim valoração da validade de prova, o que é perfeitamente admitido no julgamento do *writ*.

Feitos esses esclarecimentos, faço lembrar que, segundo o disposto no art. 155 do CPP, *in verbis*: "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". É a chamada garantia do livre convencimento motivado.

No tocante ao reconhecimento de pessoas e coisas, o Código de Processo Penal dedica três sucintos artigos ao ato do reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226, 227 e 228). Em relação ao reconhecimento de pessoas, o art. 226 estabelece que o ato deverá ocorrer da seguinte forma: a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever o indivíduo que deva ser reconhecido (art. 226, I); a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la (art. 226, II); se houver razão para recear que a pessoa chamada para realizar o ato, por intimidação ou outra influência, não diga a verdade diante da pessoa a ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela (art. 226, III); do ato de reconhecimento lavrar-se-á termo pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (art. 226, IV).

Guilherme de Souza Nucci conceitua o reconhecimento de pessoas como "o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa" (Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 436). Segundo o autor, a expressão "se possível", constante do inciso II do art. 226, refere-se ao requisito de serem colocadas pessoas que portem similitude com a que deva ser reconhecida, e não com a exigência da disposição de várias pessoas, umas ao lado das outras.

O reconhecimento busca, em última análise, indicar com precisão a pessoa em relação a quem se tem uma suspeita de ser a autora do crime sob investigação.

Em relação às exigências feitas pelo Código de Processo Penal, pondera Aury Lopes Júnior que esses cuidados não são formalidades inúteis; ao contrário, "constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país" (Direito processual penal. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 490).

Nesse contexto, adverte o referido autor:

> Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer 'reconhecimentos informais', admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado. (op. cit., 2017, p. 488).

Na espécie, não houve nenhum cuidado com a observância do procedimento previsto em lei para o reconhecimento formal do paciente, o que, como se aduzirá a seguir, induz à nulidade de tal prova e, por conseguinte, de sua invalidade para amparar juízo de condenação.

III. O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E A MEMÓRIA HUMANA

A análise da matéria posta em discussão neste *habeas corpus* – como, de resto, em vários outros, a partir do julgamento do HC nº 598.886/SC – acaba perpassando pela relação do processo penal com o fenômeno das falsas memórias. Parece claro que o debate sobre o reconhecimento de pessoas deve, inevitavelmente, lidar com um fato certo e incontornável: a falibilidade da memória humana.

No ramo da Psicologia, a memória é conceituada como "o meio pelo qual uma pessoa recorre às suas experiências passadas a fim de usar essas informações no presente; refer[indo]--se a um processo de mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação da informação" (STERNBERG, R. J. Psicologia cognitiva. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000, p. 204).

O reconhecimento é, portanto, um juízo psicológico de identidade estabelecido por alguém, mediante método comparativo entre uma percepção presente e outra ocorrida ou vivida no passado.

Todavia, esse mecanismo não é isento de erros, visto que mesmo um fato lembrado pode ser distorcido. É o que a ciência denomina de "falsas memórias", definidas como lembranças de eventos não ocorridos, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos ou de lembranças distorcidas (ROEDIGER, H. L. III.; MCDERMOTT, K. B. *Distortions of memory*. *In* E. Tulving; F. I. M. Craik. *The Oxford Handbook of Memory*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 149-162; STEIN, L. M.; PERGHER, G. K. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 14, 2001, p. 353-366). Ou, ainda, conceituadas como lembranças para além da experiência direta, na qual se inserem interpretações ou inferências, que podem, inclusive, refutar a própria experiência (REYNA, V. F.; LLOYD, F. F. *Theories of false memory in children*

and adults. Learning and Individual Differences, 9, 1997, p. 95-123).

Essas memórias podem até mesmo, consoante já provado em estudos empíricos, decorrer da convergência de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas, tornando o indivíduo suscetível a esquecer a fonte da informação, bem como a não perceber a origem da informação sugestionada quando se é interrogado de maneira evocativa (LOFTUS, E. F. *Memory malleability: Constructivist and fuzzy-trace explanations. Learning and Individual Differences*, 7, 2005, 133-137). Aliás, não é porque o registro das memórias é expresso com confiança, detalhe e emoção, que necessariamente o evento haja ocorrido tal como narrado (LOFTUS, E. F. *Make believe memories. American Psychologist*, 277, 2003, p. 867-873). Isso porque as informações evocadas pela memória são influenciadas por emoções e pelas variações decorrentes do nível de consciência e do estado de ânimo da pessoa que faz o reconhecimento.

Loftus e Palmer, ao estudar a recordação de testemunhas oculares, observaram o "Efeito da Falsa Informação" (*Misinformation Effects*), no qual, imediatamente depois do evento, é apresentada uma informação coerente – mas falsa – para, em seguida, testar a memória. Verificaram que os participantes do estudo apresentaram aumento nos índices de reconhecimento falso e diminuição nos de verdadeiro (LOFTUS, E. F. Creating false memories. *Scientific American*, 1997, 70-75). Portanto, as falsas memórias tanto podem se originar espontaneamente como podem ser implantadas. As espontâneas são criadas internamente no indivíduo como resultado do processo normal de compreensão do evento, enquanto as sugestionadas dizem respeito às lembranças resultantes de um estímulo externo, intencional ou não, cujo conteúdo não pertence ao episódio vivido, embora seja coerente com o fato.

Partindo dos estudos realizados por Real Martinez, Fariña Rivera e Arce Fernandez, Aury Lopes Júnior observa que há diversos fatores que modulam a qualidade da identificação, os quais não podem ser desconsiderados. O resultado do reconhecimento depende, pois, tanto da capacidade de memorização do reconhecedor quanto de diversos aspectos externos que podem influenciá-lo. Exemplificativamente: o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor (tempo de duração do evento criminoso); a gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; 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 etc.) (Direito processual penal. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 493). Deveras, qualquer ato de natureza probatória que dependa da capacidade de codificação, armazenamento e recuperação de dados e impressões pessoais sujeita-se a fatores objeto de estudo pela psicologia do testemunho, como os vieses e as falsas memórias (ANDRADE, Flávio da Silva. *Julgamentos criminais na perspectiva da psicologia*. Salvador, *Juspodium*, 2020, passim).

Aliás, a psicologia do testemunho aponta, também, que uma das relevantes variáveis que interferem no processo de codificação, armazenamento e recuperação da informação pela memória humana é o efeito de outra raça (*cross race effect*). Significa que pessoas de um mesmo grupo racial geralmente têm dificuldades em reconhecer as características fisionômicas de pessoas pertencentes a outros grupos raciais (ANTHONY et al., 1992; FIORAVANTI-BASTOS, 2014; WELLS, 1978). Ou seja, o reconhecimento tende a ser mais exato em relação a uma face pertencente ao nosso grupo racial do que a uma face com características de outra raça. Estudos empíricos apontam que essa variável também persiste em sociedades multirraciais (WONG et al., 2020).

Outro fator, ainda, que não pode deixar de ser considerado é o chamado *weapon focus effect*, segundo o qual, nos crimes que envolvem o emprego de arma de fogo, a atenção da vítima tende, por instinto, a se focar na arma, e não no rosto do assaltante, o que aumenta os riscos de erro no reconhecimento:

> A presença de arma distrai a atenção do sujeito de outros detalhes físicos importantes do autor do delito, reduzindo a capacidade de reconhecimento. O chamado efeito do foco na arma é decisivo para que a vítima não se fixe nas feições do agressor, pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma. Assim, tal variável deve ser considerada altamente prejudicial para um reconhecimento positivo, especialmente nos crimes de roubo, extorsão e outros delitos em que o contato agressor--vítima seja mediado pelo uso de arma de fogo.
>
> (LOPES JR., Aury. Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela (parte 2). Disponível em: **https://www.conjur.com.br/2014-out-03/limite-penal-voce-confia-memoria-infelizmente-processo-penal-depende-dela-parte**. Acesso em: fev. 2022).

Em relação à influência do estado psicológico na memória, Izquierdo também afirma que a memória humana é armazenada de acordo com o desenvolvimento das células nervosas: quanto mais calma ou quanto melhor estiver o ânimo da pessoa, maior será a capacidade de armazenamento da sua memória. Ao contrário, quanto maior for a alteração psicológica, menor será a capacidade de reter informações (IZQUIERDO, Iván. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 12).

Fato é que há diversos estudos, notadamente no campo da Psicologia moderna, que demonstram as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Os estudos indicam que a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível quando comparada à essência do evento. Ao mesmo tempo, as falsas memórias podem ser mais resistentes do que as verdadeiras, com relatos mais vívidos em testes de recordação (REYNA, V. F.; LLOYD, F. F. Theories of false memory in children and adults. *Learning and Individual Differences*, 9, 1997, 95-123).

Em abono a tal conclusão, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea aponta que as falsas memórias podem ser mais detalhadas do que as verdadeiras; são criadas por processos internos da própria pessoa ou por intermédio de informações implantadas pelo ambiente externo (*Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Série Pensando o Direito, nº 59, Brasília: Ministério da Justiça, 2015, p. 23).

Nesse contexto, vale mencionar a interessante conclusão de pesquisa realizada nos Estados Unidos, conduzida pelo professor Brandon Garrett, a qual apontou que a repetição de procedimentos de identificação não confere maior grau de confiabilidade a um reconhecimento. Há, no entanto, correlação entre a quantidade de vezes que uma testemunha/vítima é solicitada a reconhecer uma mesma pessoa e a produção de uma resposta positiva.

Em amostra com 161 condenações de inocentes revertidas após a realização de exame de DNA, 57% dos casos contaram com mais de um procedimento de identificação: a testemunha admitiu em juízo que, inicialmente, não tinha certeza quanto à autoria do delito e que passou a reconhecer o acusado somente depois do primeiro reconhecimento (*Innocence Project* Brasil. *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1ª ed., jun. 2020, p. 13).

Daí a razão pela qual as psicólogas Nancy K. Steblay e Jennifer E. Dysart recomendam não só que sejam evitados procedimentos de identificação que usam um mesmo suspeito como

também que identificações produzidas por procedimentos repetidos não sejam consideradas tão confiáveis, justamente porque quanto mais vezes uma testemunha for solicitada a reconhecer uma mesma pessoa, mais provável ela desenvolver falsa memória a seu respeito (STEBLAY, Nancy K.; DYSART, Jennier. E. *Repeated eyewitness identification procedures with the same suspect. Journal of Applied Research in Memory and Cognition apud Innocence Project* Brasil. *Prova de reconhecimento e erro judiciário*. São Paulo. 1ª ed., jun. 2020, p. 13).

Não por outro motivo, Gustavo A. Arocena, ao se referir à doutrina jurídica argentina, afirma ser unânime naquele país o entendimento de que o reconhecimento pessoal é um ato definitivo e irreprodutível, porque não se pode repeti-lo em idênticas condições (*El reconocimiento por fotografia, las atribuciones de la Policía Judicial y los actos definitivos e irreproductibles. In: Temas de derecho procesal penal* (contemporâneos). Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004, p. 97).

Na mesma linha argumentativa, Stein e Nygaard também consideram ser essencial que os aplicadores do Direito tenham conhecimento da memória humana, pois "os interrogatórios, ao buscar informações sobre experiências passadas de suspeitos, vítimas ou testemunhas, realizam verdadeiros testes de memória com essas pessoas envolvidas" (STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Naria Lúcia Campani. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 43, abril/junho de 2003, Editora Revista dos Tribunais, p. 153).

De todo modo, como dito, a fiabilidade do ato de reconhecimento de pessoas depende diretamente do procedimento usado, de maneira que a sua incorreção não só deixa de minimizar a possibilidade de erros decorrentes de variáveis de estimação como incrementa o risco de que se produza um reconhecimento falso. Portanto, a impossibilidade de atribuir qualquer grau de confiabilidade a atos de reconhecimento de pessoas realizados durante as investigações preliminares, em descompasso com o art. 226 do CPP e com as melhores práticas informadas pela psicologia do testemunho, deve levar à inadmissibilidade do elemento informativo, em virtude dos princípios da confiança (o elemento informativo/a prova tem sua confiabilidade questionável – r*eliability principle*), da disciplina (dissuasão do policial de cometer uma futura transgressão da lei – *disciplinary principle*) e da integridade (preservação da integridade do sistema de justiça criminal – *integrity principle*) (CHOO, Andrew L-T. *Evidence*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 162).

O valor probatório do reconhecimento, portanto, deve ser visto com muito cuidado, em razão da sua alta suscetibilidade de falhas e de distorções. Justamente por ter, quase sempre, alto grau de subjetividade e de falibilidade é que esse meio de prova deve ser visto com reserva, mesmo quando realizado em conformidade com o modelo normativo.

Vale dizer: Se 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. Sua fragilidade epistêmica – segundo a psicologia moderna, notadamente os ensinamentos e os estudos acerca da falibilidade da memória humana, e considerado o parco grau de confiabilidade quanto ao modo de sua produção – não permite um juízo seguro quanto ao seu valor probante. Assim, para o juízo de condenação – em que o *standard* probatório se baliza pela regra da certeza, em razão da qual a condenação só se legitima se apoiada em provas além da dúvida razoável –, não se pode permitir que o reconhecimento pessoal, ainda que feito em conformidade com o art. 226 do CPP, sirva como única prova para lhe dar lastro, justamente por ser empiricamente frágil.

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 um 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 decretação de prisão preventiva, recebimento de denúncia, pronúncia.

IV. O AVANÇO DA JURISPRUDÊNCIA EM RELAÇÃO AO VALOR PROBATÓRIO DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS E AS CONSEQUÊNCIAS DO ERRO DE RECONHECIMENTO

Esta Corte Superior entendia, até recentemente, que o reconhecimento fotográfico (como também o presencial) realizado na fase do inquérito policial seria apto para fixar a autoria delitiva mesmo quando não observadas as formalidades legais.

Rompendo com a anterior posição jurisprudencial, 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 anterior, de que referido artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos.

Nesse julgado, a Turma decidiu, *inter alia*, que, à vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na mencionada norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o ato em juízo. Vale dizer, entendeu-se, na oportunidade, que o procedimento previsto no art. 226 do CPP "não configura mera recomendação do legislador, mas rito de observância necessária, sob pena de invalidade do ato".

Confiram-se, a propósito, as conclusões apresentadas por ocasião do mencionado julgamento (HC nº 598.886/SC):

> 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;
>
> 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;
>
> 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 a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
>
> 4) O reconhecimento do suspeito por mera 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.

Desde já, faço um necessário e oportuno ajuste à 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.

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. Como bem observam Janaina Matida e William Cecconello, reportando-se também a estudos do próprio W. Cecconello e de William Weber, Lilian Stein e Gustavo Noronha:

> No que refere ao reconhecimento de pessoas, a maleabilidade e a função de aprender geram um efeito não desprezível: quando um rosto é apresentado a uma vítima e esta o reconhece como sendo autor do crime, seu cérebro "aprende" que o rosto reconhecido é o rosto visto no local do crime. Assim, todo reconhecimento é impactado diretamente por reconhecimentos anteriores, sendo o primeiro reconhecimento a oportunidade em que se pode ter acesso à memória mais livre de contaminações possível. Ou seja, um reconhecimento feito em Juízo utilizando métodos adequados não tem a capacidade de remediar os efeitos de um primeiro reconhecimento irregularmente produzido. Sendo o primeiro reconhecimento primordial para a identificação de autoria, é preciso zelar pela sua adequada realização.
>
> (MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William. *Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico*. Disponível em: **https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico**. Acesso em: fev. 2022).

Voltando à análise já feita no HC nº 598.886/SC, reconheceu-se ali a necessidade de se determinar 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 instabilidade e insegurança em 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.

IV. O AMPLO NÚMERO DE CASOS DE VÍCIOS DE RECONHECIMENTO PESSOAL

Sob tais preocupações, procedi a um levantamento no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, com base no exame de processos julgados desde a data do acórdão proferido no HC nº 598.886/SC – 27/10/2020 – até 19/12/2021, período em que se contabilizaram pelo menos 28 acórdãos das duas Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte e 61 decisões monocráticas que absolveram o réu ou revogaram a prisão preventiva, em razão de fundadas dúvidas sobre o reconhecimento feito em desconformidade com o modelo previsto no art. 226 do CPP (Disponível em: **https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx**. Acesso em: fev. 2022).

Cito, apenas a título de exemplo, alguns casos reproduzidos nesse levantamento:

No RHC nº 133.408/SC (DJe 18/12/2020), de relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, não ficou demonstrado que o reconhecimento fotográfico realizado na fase do inquérito policial fora corroborado por outros elementos de prova amealhados no feito. Os acusados estavam com rostos parcialmente cobertos, sem que fosse possível ver totalmente suas faces, apenas detalhes de cor de pele, olhos, compleição física.

Já no HC nº 630.949/SP (DJe 29/03/2021), de minha relatoria, identificaram-se diversas irregularidades no auto de reconhecimento. Além disso, o ofendido deixou claro que foram apresentados outros indivíduos por foto, mas, para o reconhecimento

pessoal, o acusado foi exibido sozinho. Previamente ao reconhecimento pessoal, foram mostradas à vítima várias fotos, entre as quais estaria, segundo a autoridade policial, a do indivíduo envolvido no roubo, sugestionando, portanto, que ao menos uma pessoa deveria ser reconhecida como indivíduo que participou do delito e buscando, na verdade, já uma pré-identificação do autor do fato. Ou seja, a vítima não recebeu expressamente a opção de não apontar ninguém no reconhecimento pessoal que foi realizado depois da exibição das fotografias.

O AgRg no AREsp nº 1.722.914/DF (DJe 28/04/2021), de relatoria da Ministra LAURITA VAZ, trouxe hipótese na qual a vítima reconheceu o agravante apenas na fase investigativa, depois de lhe serem mostradas as fotos constantes de álbum fotográfico e porque o conheceria das redes sociais. O ofendido disse que reconheceu o acusado pela "touca" que usava no dia do delito, inclusive porque teria ele uma foto nas redes sociais em que portava a mesma peça de vestuário. Contudo, a vítima afirmou haver se lembrado do agravante em razão das características de seu rosto, que seriam bem peculiares (rosto seco e nariz achatado). Disse, ainda, que o reconheceu pelas tatuagens no braço; entretanto, ao mesmo tempo, afirmou que este estava com blusa de mangas compridas no momento da prática delitiva, o que se mostra incompatível, a menos que as instâncias ordinárias tivessem explicitado o motivo pelo qual seria possível esse reconhecimento, o que não ocorreu.

No HC nº 648.232/SP (DJe 21/05/2021), de relatoria do Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador convocado do TRF1), o réu foi reconhecido através de uma viseira aberta de seu capacete, acessório que usava no momento do fato, destacando-se, da sentença absolutória, que a vítima, certamente dificultada pela visibilidade e pelo uso de capacete, não foi nada assertiva no reconhecimento pessoal em juízo.

No julgamento do HC nº 652.284/SC (DJe 03/05/2021), o Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA registrou que "o reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível". Na ocasião, reforçou que:

> Diante da falibilidade da memória – seja da vítima, seja da testemunha –, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no artigo 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada.

A esses casos somam-se os já mencionados no HC nº 598.886/SC, relativamente a processos em que se ilustrou algo presente com relativa frequência na crônica judiciária, conforme breve narrativa ali feita do que ocorreu com os acusados V.R. de S., A.L.M.B.C., L.C.J., D.M., A.C.B. de C. e L.M. de S. (para um extenso exame de casos de reconhecimentos pessoais viciados e de pesquisas desenvolvidas sobre o tema, consultar também MARMELSTEIN, George. *Testemunhando a injustiça. A ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes*. Salvador: *Juspodium*, 2022).

Em arremate, faço menção a evento que se poderia chamar de a mais clara amostra do tipo de investigação que se tem produzido a partir de prova como tal: no Ceará, no inquérito que investiga a Chacina da Sapiranga, que deixou cinco mortos em Fortaleza – CE, a Polícia Civil incluiu em reconhecimento fotográfico uma foto do ator americano Michael B. Jordan. Como dito por Janaina Matida e William Cecconello:

> O fato de que uma foto de um ator hollywoodiano tenha tido sua imagem exibida em investigação no Ceará escancara a total ausência de

critérios para a inclusão/exclusão da fotografia de alguém em álbum de suspeitos bem como a falta de transparência quanto à procedência/origem delas, pois é inegável que a imagem foi conseguida na *internet*, sem que se impusesse qualquer freio à utilização da imagem daquela pessoa.

(*O que há de errado no reconhecimento fotográfico de Michael B. Jordan?* Disponível em: **https://www.conjur.com.br/2022-jan-08/opiniao-erro-reconhecimento-fotografico-michael-jordan**. Acesso em: fev. 2022, destaquei).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a temática também tem se repetido. Exemplificativamente, menciono o HC nº 172.606/SP (DJe 05/08/2019), de relatoria do Ministro ALEXANDRE DE MORAES, em que, monocraticamente, se absolveu o réu, em razão de a condenação haver sido lastreada apenas no reconhecimento fotográfico realizado na fase policial.

Ainda, há de se destacar que, 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.

Na ocasião, afirmou o Ministro relator que, "como regra geral, o reconhecimento pessoal há de seguir as diretrizes determinadas pelo Código de Processo Penal, de modo que a irregularidade deve ocasionar a nulidade do elemento produzido, tornando-se imprestável para justificar eventual sentença condenatória em razão de sua fragilidade cognitiva" (p. 8). Citou, ainda, precedentes do STF que absolveram réus condenados exclusivamente com base no reconhecimento fotográfico (HCs nº 172.606 e nº 157.007; RHC nº 176.025).

Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC nº 598.886/SC, no STJ, foram fixadas, ainda, três teses:

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.

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.

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.

O relator foi acompanhado pelos Ministros EDSON FACHIN e NUNES MARQUES. Divergiram os Ministros RICARDO LEWANDOWSKI e ANDRÉ MENDONÇA, por entenderem que, no caso concreto, as vítimas reconheceram o réu não apenas pelo *WhatsApp*, mas também na delegacia e, novamente, em juízo. Não obstante isso, acompanharam integralmente as teses propostas.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ também estuda propostas de regulamentar o reconhecimento pessoal em processos penais. Em agosto de 2021, o CNJ instituiu um Grupo de Trabalho destinado à realização de estudos

e elaboração de proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes (Portaria nº 209 de 31/08/2021) (Disponível em: **https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4090**. Acesso em: fev. 2022).

V. O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL – A INFLUÊNCIA DO RACISMO ESTRUTURAL

Relatório divulgado pelo Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE) e pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, com base na análise de casos oriundos de várias unidades federativas sobre o reconhecimento fotográfico realizado na fase policial, trouxe revelações importantes. Consoante divulgado no sítio eletrônico do CONDEGE:

> O primeiro relatório, de setembro de 2020, citou 58 erros em reconhecimento fotográfico durante o período de junho de 2019 e março de 2020. Todos no Rio de Janeiro. Nesta ocasião, em 8 processos não contam com informação sobre a cor do acusado, contudo, 80% dos suspeitos cujo a informação estava inclusa eram negros. Em 86% desses casos houve o decreto de prisão preventiva, com períodos de privação de liberdade que variaram de cinco dias a três anos.
>
> O relatório mais recente, de fevereiro de 2021, produzido com informações enviadas por defensores de 10 Estados diferentes, engloba o período de 2012 a 2020. Neste estudo foram contabilizados 28 processos, quatro deles com dois suspeitos, envolvendo assim 32 acusados diferentes. O estado que apresenta maior número de casos é o Rio de Janeiro, com 46% das ocorrências. Neste caso, apenas 3 acusados não tiveram informações sobre a cor incluídas no processo. Um percentual de aproximadamente 83% das pessoas apontadas como suspeitas também eram negras.
>
> De acordo com os documentos, de 2012 a 2020 foram realizadas ao menos 90 prisões injustas por meio de reconhecimento fotográfico. Desse total, 79 contam com informações conclusivas sobre a raça dos acusados, sendo 81% deles pessoas negras, somando-se pretos e pardos conforme a definição do IBGE.
>
> "Os estudos revelam não só um racismo estrutural como também a necessidade de um olhar mais cuidadoso para os processos que se sustentam apenas no reconhecimento fotográfico da vítima como prova da prática do crime", ressaltaram os defensores públicos. (Disponível em: **http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoes-in justas-aposreconhecimento-fotografico/**. Acesso em: fev. 2022, grifei).

Para o coordenador de Defesa Criminal da DPRJ, Emanuel Queiroz, "O perfil dos injustiçados, em sua maioria, é o mesmo: pessoas negras, periféricas, pobres e com baixa escolaridade."

Também há, no mencionado relatório, a seguinte informação:

> Da leitura dos relatos, é possível notar que, em pelo menos metade os(as) acusados(as) tinham anotações anteriores, o que explica constarem nos registros fotográficos das delegacias de polícia, verificando-se ser comum que sejam apresentadas fotos de pessoas acusadas de outros crimes, o que reforça a estigmatização criminal (p. 3).

O caso relatado anteriormente do ator americano Michael B. Jordan, por exemplo, ocorrido no Ceará, chamou imediata atenção não apenas pelo desrespeito ao rito previsto no art. 226 do CPP – ele constava como o "suspeito dois" no termo de reconhecimento –, como também pelo manifesto racismo estrutural que ele representou. Conforme crítica muito bem-posta por Janaina Matida e William Cecconello:

> [...] nem mesmo uma estrela hollywoodiana – aclamada por seu incontestável talento e pela fundamental representatividade que trouxe à população negra de todo o mundo – foi poupada da generalização espúria que teima em correlacionar a cor de sua pele à criminalidade. Em uma sociedade tradicionalmente racista, não é difícil imaginar as ilações que guiaram a formação do mosaico que acabou resultando no apontamento de mais um jovem negro, dessa vez de 17 anos. Aliás, a diferença etária entre sujeito que foi identificado e Jordan (de 34 anos) serve a revelar que a cor da pele dos suspeitos parece ter sido a única característica a despertar a atenção dos investigadores responsáveis.
>
> Longe dos parâmetros técnicos que a histórica decisão do STJ, no bojo HC nº 598.886, estabeleceu que também devem ser cumpridos na modalidade fotográfica do reconhecimento, o procedimento concretamente realizado pela polícia cearense representa verdadeiro acinte à construção de uma sociedade democrática. O ato, a uma só vez, desrespeita aos direitos de Jordan e afronta o direito da população negra em geral, pois desnuda, mais uma vez, a facilidade com a qual a imagem de uma pessoa negra pode passar a integrar o arquivo policial de suspeitos.
>
> (O que há de errado no reconhecimento fotográfico de Michael B. Jordan? Disponível em: **https://www.conjur.com.br/2022-jan-08/opiniao-erro-do-reconhecimento-fotografico-michael-jordan**. Acesso em: fev. 2022, destaquei).

Aury Lopes Júnior e Jhonatan Oliveira também já alertaram sobre a influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento pessoal como meio de prova:

> Verifica-se, no âmbito processual penal brasileiro, que o atual reconhecimento fotográfico de pessoas possui imensa fragilidade enquanto meio de prova, visto que, além de ser corriqueiramente passível de sofrer com o fenômeno da indução e também das falsas memórias, é também escancaradamente suscetível à influência do racismo estrutural enraizado no processo penal brasileiro.
>
> (A influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova. Disponível em: **https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/limite-penal-racismo-estrutural-reconhecimento-fotografico-meio-prova**. Acesso em: fev. 2022).

Essa comprovação de que a presunção de inocência de pessoas negras no Brasil ainda é, infelizmente, deficitária também não passou despercebida pelo Ministro GILMAR MENDES em seu voto proferido nos autos do já referido RHC nº 206.846, em que, reportando-se aos ensinamentos de Camila C. Dias, afirmou, de maneira categórica: "a desatenção às regras procedimentais determinadas na legislação potencializa brechas para abusos ou mesmo reprodução de desigualdades e preconceitos sociais, como o racismo estrutural que fomenta a seletividade do sistema penal" (p. 7 do voto).

Não por outro motivo, Aury Lopes Júnior aponta que os estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo etc.) exercem grande influência na percepção dos delitos, "fazendo com que vítimas e testemunhas tenham uma tendência de reconhecer em função desses estereótipos. [...] Ainda que o criminoso nato de Lombroso seja apenas um marco histórico da criminologia, é inegável que ele habita o imaginário de muitos (principalmente em países com profundos contrastes sociais, baixo nível cultural e, por consequência, alto índice de violência urbana como o nosso)" (*Direito processual penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 493).

Não há, pois, como ignorar que nossa realidade, infelizmente, demonstra que pensamentos

como tais ainda habitam o imaginário de muitas pessoas. A situação torna-se mais preocupante "quando verificamos que a imensa parcela dos reconhecimentos, no Brasil, é feita sem a presença de advogado, sem oportunidade de recusa por parte do imputado (pois preso temporariamente ou até ilegalmente conduzido coercitivamente), no interior de delegacias de polícia, sem qualquer controle", conforme alerta Aury Lopes Júnior (*op. cit.*, 2017, p. 495).

VI. O CASO DOS AUTOS – AS FALHAS DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

O exame da petição inicial e dos documentos que a instruem – especialmente a sentença condenatória e o acórdão impugnado – indica, sem margem a dúvidas, que a condenação do paciente efetivamente se apoiou, em sua totalidade, no ato de reconhecimento fotográfico realizado na fase investigatória, confirmado em juízo pela vítima (D. da S.S.).

O caso versado nestes autos evidencia como a autoridade judiciária, ao sentenciar, se contentou com essa prova tão frágil e eivada de vícios, portanto absolutamente insuficiente para se afirmar a participação do acusado na prática dos delitos de roubo e de corrupção de menores que lhe foram imputados.

Os fatos atribuídos ao paciente foram assim narrados pelo Ministério Público em sua inicial acusatória, no que interessa (f. 22-23):

> No dia 21 de dezembro de 2017, por volta das 23h, numa via pública situada no KM 14, localidade de Travessão de Campos, nesta Comarca de Campos dos Goytacazes/RJ, o denunciado, de forma livre e consciente, corrompeu o adolescente à época L.T.A. (15 anos), com ele praticando crime de roubo qualificado em face de D. da S.S..
>
> No mesmo dia 21 de dezembro de 2017, por volta das 23h, numa via pública situada no KM 14, localidade de Travessão de Campos, nesta Comarca de Campos dos Goytacazes/RJ, o denunciado, de forma livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios com o adolescente à época L.T.A. (15 anos), subtraiu, para si ou para outrem, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo à pessoa de D. da S.S., uma bolsa contendo uma quantia em dinheiro ainda não determinada e um telefone celular LG Volt, de cor preta, tudo de propriedade da vítima, conforme descrição de f. 04 e laudo de avaliação a ser acostado.
>
> Consta dos autos que a vítima, quando se caminhava por uma via pública nas proximidades do KM 14, localidade de Travessão de Campos, nesta Comarca, foi surpreendida por uma motocicleta ocupada pelo denunciado e seu comparsa adolescente.
>
> Ato contínuo, o denunciado que estava no carona da motocicleta, ameaçou a vítima com uma arma de fogo e subtraiu a bolsa da mesma, contendo uma quantia em dinheiro ainda não identificada e um telefone celular LG Volt, de cor preta.
>
> Posteriormente, o denunciado o seu comparsa adolescente fugiram na motocicleta de cor prata que serviu ao crime, para local incerto e não sabido.
>
> Registre-se que o denunciado, momentos antes do crime em tela, corrompeu o adolescente à época L.T.A. (15 anos), para que este cometesse com ele o crime de roubo qualificado em face da vítima D..
>
> Ademais, importante ressaltar a vítima, no dia 29/12/2019, visualizou em noticiários de televisão e *internet* que o denunciado e seu comparsa adolescente eram suspeitos de um crime de latrocínio e logo os reconheceu.
>
> Assim, a vítima procedeu à Delegacia de Polícia e reconheceu formalmente o denunciado e o adolescente como os autores do crime em tela (f. 07).

Em síntese, os documentos trazidos à colação evidenciam o seguinte panorama: no dia 21/12/2017, por volta das 23h, a vítima foi abordada em via pública por dois rapazes, que estavam em uma motocicleta. Segundo o relato da ofendida, o adolescente L. estava na condução da motocicleta e o paciente, que portava arma de fogo, foi quem anunciou o assalto. Diante da grave ameaça, a ofendida, então, entregou sua bolsa, que continha um celular e dinheiro, e eles fugiram logo na sequência. Dias após o acontecido, a ofendida leu uma reportagem sobre um latrocínio ocorrido na região no dia 29/12/2017, pelos mesmos indivíduos, e os reconheceu como sendo os autores do crime do qual fora vítima. Ela, então, se dirigiu até a delegacia de polícia e, mostrada fotografia de ambos, ela afirmou que foram eles os indivíduos que a assaltaram. Sendo assim, foi formalizado o auto de reconhecimento (f. 218).

Verifica-se, portanto, que a vítima do roubo apontou o paciente como sendo um dos autores do crime. Segundo afirmou o Juiz sentenciante, "o reconhecimento fotográfico constitui meio de prova lícito e plenamente aceitável e que confere ao julgador elementos de convicção suficientes para ensejar a prolação de édito condenatório, especialmente quando corroborado por outros elementos de prova, como no caso em foco", com o destaque de que, "[n]a fase judicial, sob o crivo do contraditório, a vítima, além de reiterar a dinâmica do crime, em procedimento realizado na forma do art. 226 do Código de Processo Penal, reconheceu o réu como o homem que cometeu o crime de roubo" (f. 26).

Sem necessidade de nenhum exame mais detido, basta ler o conteúdo do referido depoimento para se constatar que, embora, de fato, a vítima haja afirmado, de modo categórico, que o paciente seria um dos autores do crime de roubo, o ato de reconhecimento ficou longe de ser aproveitável.

Efetivamente, a leitura da sentença condenatória e do acórdão impugnado bem como a 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.) desse o mínimo amparo ao reconhecimento.

Ainda, é imperioso salientar que, segundo afirmou a própria ofendida em seu depoimento prestado em juízo, na delegacia somente foi mostrada uma foto do acusado a ela. Não há como deixar de ressaltar que a autoridade policial induziu a vítima a realizar um reconhecimento absolutamente viciado, ao submeter-lhe uma foto do paciente e do adolescente L.T.A., reforçando sua crença de que teriam sido eles os autores do roubo. Tal comportamento, por óbvio, acabou por comprometer a mínima aproveitabilidade desse reconhecimento.

O "Auto de reconhecimento de objeto" foi lavrado nos seguintes termos (f. 154):

> Reconhecedor:
>
> D. da S.S.
>
> Identidade -[...]
>
> Primeira Testemunha:
>
> A.R.B.M. - [...]
>
> Segunda Testemunha:
>
> B.A.C.S. - [...]
>
> D. da S.S., já ouvido(a) a f., na presença das testemunhas, e após a observância do que dispõe o Artigo 226, item I, do Código de Processo Penal, disse que reconhece dentre o(s) objeto(s) apresentado(s) em sua declaração o(s) objeto(s) mencionado(s)abaixo:
>
> Foto dos Autores do Roubo W. da C.S. e L.T.A.

> Nada mais havendo, mandou a autoridade encerrar este Auto que, lido e achado conforme, vai por todos assinado.

A forma estereotipada desse ato, aliada à curiosa indicação de que se reconhece um "objeto" e não propriamente uma pessoa (ainda que fotografada), bem sinaliza a carência de rigor técnico e de cuidado na realização da diligência.

Some-se a isso o fato de que a vítima também relatou que visualizou a fotografia do acusado em redes sociais, previamente ao reconhecimento realizado na fase investigatória, a evidenciar que o ato foi sugestionado, notadamente quando verificado que ela própria afirmou que a fotografia do réu circulava pela televisão e pela *internet* juntamente com a notícia de que ele estava sendo acusado de haver participado de um roubo seguido de morte na região: "que a declarante na data de ontem viu na televisão e internet os autores do latrocínio da vítima M. provocado por W. da C. S. [ora paciente] e L.T.A. e os reconheceu como autores do roubo do seu telefone celular; que a declarante, em sede policial reconheceu e confirmou através do auto de reconhecimento os referidos nacionais [...]" (f. 76).

Ademais, pelo que se infere do auto de reconhecimento de objeto, a vítima não recebeu, expressamente, a opção de não apontar ninguém no reconhecimento que foi realizado depois da exibição das fotografias, de modo a não deixar dúvidas de que, além de o ato não haver seguido o procedimento previsto no art. 226 do CPP, foi induzido.

Conforme registram Lilian M. Stein e Gustavo N. Ávila, um procedimento comumente usado para o reconhecimento é o chamado *show-up*, que consiste em exibir apenas a pessoa suspeita, ou sua fotografia, e solicitar que a vítima ou testemunha reconheça se essa pessoa suspeita é, ou não, autora do crime. Nesse procedimento, a testemunha/vítima compara o rosto do suspeito com a representação mental do criminoso e responde se ambos são a mesma pessoa, podendo reconhecer um inocente simplesmente por este ser semelhante ao autor do crime (STEIN, Lilian. M.; ÁVILA, Gustavo. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, nº 59), 2015. Disponível em: **http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf**. Acesso em: fev. 2022).

Estudos sobre a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho alertam que o *show-up* é contraindicado, por ser o procedimento com maior risco de falso reconhecimento. Com efeito, o maior problema dessa dinâmica adotada pela autoridade policial reside no seu efeito indutor, porquanto se estabelece uma percepção precedente, ou seja, um pré-juízo acerca de quem seria o autor do delito, que acaba por contaminar e comprometer a memória. E, uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há uma tendência a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto (CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. *A (ir) repetibilidade da prova penal dependente da memória:* uma discussão com base na psicologia do testemunho. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 8, nº 2, p. 1.057-1.073, 2018. Disponível em: **https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312**. Acesso em: fev. 2022).

Nesse sentido, também, é o documento *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*, produzido pelo Ministério da Justiça em 2015:

> Quanto ao *show-up*, mesmo em situações tidas como ideais, a literatura científica é uníssona em não recomendar sua realização, tendo em

> vista o alto grau de sugestionabilidade envolvido nesta prática. [...]
>
> Como vimos em nossa análise da literatura científica, esta é a forma de reconhecimento que mais expõe a vítima/testemunha à possível distorção de sua memória para o verdadeiro suspeito. A adoção da prática de reconhecimento através de *show-up* pode, inclusive, ter como potencial consequência a implantação de uma falsa memória na testemunha sobre a identidade do ator do delito.
>
> (Disponível em: **http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf**. Acesso em: fev. 2022).

Acerca desse procedimento, bem explica Aury Lopes Júnior que:

> Não há dúvida de que o reconhecimento por fotografia (ou mesmo quando a mídia noticia os famosos "retratos falados" do suspeito) contamina e compromete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por comprometer o futuro (o reconhecimento pessoal), havendo uma indução em erro. Existe a formação de uma imagem mental da fotografia, que culmina por comprometer o futuro reconhecimento pessoal. Trata-se de uma experiência visual comprometedora.
>
> Portanto, é censurável e deve ser evitado o reconhecimento por fotografia (ainda que seja mero ato preparatório do reconhecimento pessoal), dada a contaminação que pode gerar, poluindo e deturpando a memória. Ademais, o reconhecimento pessoal também deve ter seu valor probatório mitigado, pois evidente sua falta de credibilidade e fragilidade.
>
> (*Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 512-513).

Induvidoso, portanto, que o reconhecimento inicial realizado afeta todos os subsequentes, de modo a reforçar ainda mais a importância de que ele seja feito mediante um procedimento que assegure a lisura do ato, em especial quando que se tem a compreensão de que o reconhecimento de pessoas é considerado como uma prova cognitivamente irrepetível.

Não por outro motivo, alerta o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD que:

> [...] um reconhecimento futuro, mesmo que utilizando um alinhamento justo, já estará contaminado devido aos reconhecimentos informais realizados previamente. Nesse sentido, o reconhecimento realizado por meio de *show-up* ou álbum de fotos não deve ser aceito como elemento informativo, mesmo quando a testemunha é solicitada posteriormente a realizar um reconhecimento por meio de alinhamento (Prova sob suspeita. Linhas defensivas sobre o reconhecimento de pessoas e a prova testemunhal. Disponível em: **https://iddd.org.br/linhas-defensivas-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas-e-a-prova-testemunhal/**. Acesso em fev. 2022, p. 37).

Nem se diga que, na espécie, houve ratificação do reconhecimento em juízo, pois o que a vítima apenas confirmou, perante a autoridade judiciária, foi haver realizado o reconhecimento por foto na delegacia. Em juízo, promoveu-se o reconhecimento do acusado por vídeo, mediante filmagem transmitida à vítima pelo Magistrado por meio do aplicativo *Whatsapp*, visto que ela não estava presente fisicamente no fórum por ocasião da audiência de instrução e julgamento.

Em acréscimo, registro que os fatos delituosos aconteceram em 21/12/2017, à noite, por volta das 23h, e o reconhecimento foi realizado 9 dias depois do ocorrido. Ainda, a vítima relatou, em juízo, que "o roubo foi rápido, tendo durado alguns segundos, um minuto, por aí" (f. 37). Essas circunstâncias, obviamente, modulam a qualidade da identificação, afetam a qualidade da prova dependente da memória e, portanto, não podem

ser desconsideradas, pois obviamente dificultam o reconhecimento de determinado suspeito acerca da prática de um crime.

Confira-se, a propósito, o depoimento prestado pela ofendida em juízo (f. 36-37):

> Que reconheceu o acusado entre as pessoas perfiladas; que estava vindo do trabalho e quando estava quase chegando no seu destino viu o eles passando; que eles retornaram e a abordaram; que eram dois e estavam de moto; que o acusado estava no banco do carona; que foi ele que anunciou o assalto; que ele mostrou a arma de fogo; que ele levou sua bolsa, com dinheiro, celular e roupas de trabalho; que tudo estava dentro da bolsa; que a quantia de dinheiro era entre 20 a 30 reais; que nada foi recuperado; que ele disse: "passa tudo senão eu atiro"; que reconheceu o acusado pois estava circulando na *internet* uma foto dele, como se ele estivesse participando de assaltos na região; que logo reconheceu, sem dúvidas; que nenhum dos dois tinha o rosto coberto; que reconheceu os dois por foto; que não conhecia eles antes dos fatos; que o menor de idade já tinha visto uma vez há muito tempo; que ficou traumatizada com os fatos por um certo tempo, agora nem tanto; que o adolescente conduzia a moto e o maior estava na garupa; que não houve disparo de arma de fogo; que a foto dos dois estava circulando nas redes sociais; que essa fotografia mostrava os dois juntos; que acha que eles estavam algemados; que ficou um bom tempo com essa fotografia no celular, por mais de um ano; que o roubo foi rápido, tendo durado alguns segundos, um minuto, por aí; que quando foi na delegacia o menor de idade estava chegando; que mesmo sem querer, o viu; que não mostraram várias fotos na delegacia; que não lembra se a arma era revólver ou pistola; que não sabe dizer se a arma funcionava, se era de brinquedo ou de verdade.

São numerosas as pesquisas, fundamentadas em experimentos empíricos, a constatar que esses fatores – tais como iluminação do ambiente, tempo de exposição, transcurso temporal, emprego de arma de fogo etc. – podem influenciar no conteúdo da memória humana, fazendo com que o recurso a ela mereça cuidados redobrados (exemplificativamente: MATIDA, J. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. I*n: Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*, Florianópolis, 2019; MASSENA, Caio Badaró. A prova testemunhal no Processo Penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. RBCCRIM, nº 156, 2019).

É de se salientar, de igual modo, que, conforme consta da informação sobre investigação acostada a f. 117, o paciente estava custodiado no Presídio Carlos Tinoco da Fonseca, local de onde prestou sua declaração, o que possibilitaria fosse intentado um reconhecimento pessoal nos moldes preconizados pelo art. 226 do CPP, o que, no entanto, não ocorreu.

Assim, além de o reconhecimento fotográfico – já por si de confiabilidade duvidosa – não haver seguido minimamente o roteiro normativo previsto no art. 226 do CPP, certo é que não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida; não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos, ao contrário, nove dias depois dos fatos relatados na denúncia, detido o paciente por acusação de outro delito cometido na região (latrocínio), a autoridade policial imediatamente exibiu sua fotografia à vítima, sem que nada indicasse, até então, ter ele qualquer ligação com o roubo investigado. Chega a ser temerário o procedimento policial adotado neste caso, ao se escolher, sem ne-

nhuma explicação ou indício anterior, quem se desejava fosse identificado pela vítima.

Sob tais condições, o ato de reconhecimento do paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria dos crimes de roubo e de corrupção de menores que lhe foram imputados.

VII. NECESSIDADE DE OBEDIÊNCIA A BALIZAS EPISTÊMICAS E ÉTICAS NA BUSCA DA VERDADE

Convém asserir, por oportuno, que não se está, no caso, a negar a validade integral do depoimento da vítima, mas sim de negar validade à condenação baseada em elemento informativo colhido em total desacordo com as regras probatórias pertinentes.

Conforme pontua Janaina Matida, "vítimas e testemunhas podem não ter motivos para mentir, o que não afasta o perigo de erros honestos sejam por elas cometidos em razão de falsas memórias" (O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal. Disponível em: **https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal?pagina=2**. Acesso em: fev. 2022).

Não se há de excluir, ademais, a possibilidade de que o acusado, ora paciente, possa ter sido mesmo o autor do roubo objeto da ação penal versada neste *writ* e que a vítima, portanto, haja reconhecido quem realmente a assaltou dias antes. No entanto, adotada a premissa de que a busca da verdade em um processo penal sujeita-se 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 possa realizar-se de forma totalmente viciada. Se outros fins, que não a simples apuração da verdade, devem ser considerados na atividade investigatória do Estado, algum sacrifício epistêmico pode ocorrer, especialmente quando se tem como meta, também, a proteção a direitos fundamentais e o desestímulo a práticas autoritárias. (FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: *Juspodium*, 2021, p. 114-115).

Sob outra 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, *op. cit.*, p. 255).

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.

Sob essas balizas, convém 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 a 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. E acrescenta:

> *De que esto se haga con rigor depende, en buena parte, la regularidad de ulteriores actuationes; como la irregularidad endémica de muchas de las que habitualmente se producen entre nosotros, depende de la escasa relevancia y alcance que – en general por razones defensistas que no acostumbran a explicitarse – suele atribuirse a algún género de incumplimientos. (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. La función de las garantías en la actividad probatoria. In: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal. Madri: 1993, p. 242).*

Francesco Carnelutti, em uma de suas fecundas lições, alertou que "o castigo, infelizmente, não começa com a condenação, senão que começou muito antes, com o debate, a instrução, os atos preliminares, inclusive com a primeira suspeita que recai sobre o imputado" (*Lições sobre o Processo Penal*. Tomo I. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004, p. 36).

Assim, 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, na introdução da obra citada) –, mas a própria legitimidade da atuação policial e sua conformidade ao modelo legal e constitucional.

Em relação a esse ponto, no entanto, faço uma importante observação: conquanto as corporações policiais figurem no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las. É preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal revejam seus procedimentos operacionais se apropriem de técnicas pautadas nos avanços científicos para interromper e reverter essa indiscutível realidade quanto ao reconhecimento pessoal.

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, 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 medidas ilegais perpetradas pelas agências de segurança pública.

É de se obtemperar, por fim, que não há razão que justifique correr-se o risco de consolidar, na espécie, possível erro judiciário, mercê da notória fragilidade do conjunto probatório. Não é despiciendo lembrar que, em um modelo processual em que sobrelevam princípios e garantias voltados à proteção do indivíduo contra eventuais abusos estatais que interfiram em sua liberdade, dúvidas relevantes hão de merecer solução favorável ao réu (favor rei). Afinal,

> A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85)

Um dos grandes perigos dos modelos substancialistas de direito penal – alerta o jusfilósofo peninsular – é o de que, em nome de uma fundamentação metajurídica (predominantemente de cunho moral ou social), se permita incontrolado subjetivismo judicial na determinação em concreto do desvio punível. Daí por que a verdade a que aspira esse modelo é a chamada "verdade substancial ou material", ou seja, uma verdade absoluta, carente de limites, não sujeita a regras procedimentais e infensa a ponderações axiológicas, o que, portanto, degenera em julgamentos privados de legitimidade, ante a ausência de apoio

ético no modo de ser do processo.

De lado oposto, sob a égide de um processo penal de cariz garantista – o que nada mais significa do que concebê-lo como atividade estatal sujeita a permanente avaliação de conformidade com as leis e com a Constituição da República ("O direito processual penal não é outra coisa senão Direito constitucional aplicado", dizia-o W. Hassemer) –, busca-se uma verdade processualmente válida, em que reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisdicional.

Assim, 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.

VIII. DISPOSITIVO

À vista do exposto, concedo a ordem, 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. Ainda, ratifico a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso ou não houver a necessidade de sê-lo.

E faz-se aqui, uma vez mais, a exortação lançada no HC nº 598.886/SC: pouco servirá esta decisão se continuarem os órgãos de persecução penal – e o próprio Poder Judiciário – a coonestar essa prática investigatória dissociada do modelo legal e constitucional de um processo penal minimamente ético em seu proceder e ancorado em provas cientificamente idôneas.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

LEI Nº 13.146/2015 – ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, destina-se a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Essa Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tratado internacional firmado na sede das Nações Unidas, em Nova York, pelo Brasil e por outras nações em 30 de março de 2007.

A referida Convenção e seu Protocolo Facultativo – ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n° 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3° do art. 5° da Constituição da República Federativa do Brasil – estão em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e foram promulgados pelo Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

De acordo com o art. 2° do referido Estatuto, "considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas".

O mesmo diploma legal assegura a toda pessoa com deficiência o direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e que não sofra nenhuma espécie de discriminação. No § 1° do art. 4°, fica estatuído que "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 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".

De acordo com o art. 10 da referida lei, "compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida". Sendo assim, os direitos fundamentais previstos no Estatuto são: à vida; à habilitação e à reabilitação; à saúde; à educação; à moradia; ao trabalho; à assistência social; à previdência social; à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer; ao transporte e à mobilidade.

Assunto de extrema relevância são as alterações implementadas pela Lei nº 13.146/2015 no campo da capacidade civil, dando aos artigos 3° e 4° do Código Civil as seguintes redações:

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (**Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência**)

I - **(Revogado)**; **(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)**
II - **(Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)**
III - **(Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)**
Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: **(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)**
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; **(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)**
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; **(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)**
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. **(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)**

Acerca do tema, trazemos à colação trecho do voto do Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, proferido no Resp. n° 1.694.984/ MS, Quarta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 01/02/2018:

"Destarte, a partir da leitura dos dispositivos transcritos acima, é possível perceber que o conceito de capacidade civil passou por reconstrução que acabou por ampliá-lo, subsistindo, como visto, apenas uma causa de incapacidade absoluta, passando a incapacidade relativa a definir as outras quatro hipóteses do Código, em situações jurídicas variadas. Nessa esteira, observa-se uma dissociação necessária e absoluta entre transtorno mental e o reconhecimento da incapacidade, ou seja, a definição automática de que a pessoa portadora de debilidade mental, de qualquer natureza, implicaria na constatação da limitação de sua capacidade civil deixou de existir.
Sobre o tema, a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald nos esclarece que, a partir de agora, a incapacidade deve ser vista como a limitação ao livre exercício da plena aptidão para praticar atos jurídicos, como a impossibilidade de externar uma vontade de jeito esclarecido e autônomo, não necessariamente decorrente de uma deficiência. E concluem:
Não se pode, contudo, estabelecer uma correlação implicacional entre incapacidade jurídica e deficiência (física ou psíquica), como outrora se pretendeu. Efetivamente, uma pessoa com deficiência não é, por esse simples fato, incapaz juridicamente de manifestar suas vontades. E, na mesma ordem de ideias, nem todo incapaz é uma pessoa com deficiência, podendo sua limitação decorrer de outro motivo.
(...)
Com efeito, o conceito de deficiência (relembre-se: centrado na existência de uma menos valia de longo prazo, física, psíquica ou sensorial, independentemente de sua gradação) não tangencia, sequer longinquamente,

> uma incapacidade para a vida civil. (Curso de direito civil: famílias, 8ª ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 901-902 e 908).".[1]

Outro tópico abordado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que destacamos é o conceito de acessibilidade estatuído em seu art. 53, que dispõe: "ser o direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social". Assegurando dessa forma à pessoa com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 84).

Conclui-se que a Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, confere efetividade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, insculpido no art. 1°, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo dessa forma um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A seguir, seleção de acórdãos que ilustram o tema:

1 Acórdão na íntegra nesta Seção.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CITAÇÃO EM NOME DE INCAPAZ. INCAPACIDADE DECLARADA POSTERIORMENTE. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. INTERVENÇÃO DO MP. NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. LEI Nº 13.146/2015. DISSOCIAÇÃO ENTRE TRANSTORNO MENTAL E INCAPACIDADE.

EMENTA

1. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, caracterizada pelo fato de que ela não cria a incapacidade, mas sim, situação jurídica nova para o incapaz, diferente daquela em que, até então, se encontrava.

2. Segundo o entendimento desta Corte Superior, a sentença de interdição, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, opera efeitos *ex nunc*. Precedentes.

3. Quando já existente a incapacidade, os atos praticados anteriormente à sentença constitutiva de interdição até poderão ser reconhecidos nulos, porém não como efeito automático da sentença, devendo, para tanto, ser proposta ação específica de anulação do ato jurídico, com demonstração de que a incapacidade já existia ao tempo de sua realização do ato a ser anulado.

4. A intervenção do Ministério Público, nos processos que envolvam interesse de incapaz, se motiva e, ao mesmo tempo, se justifica na possibilidade de desequilíbrio da relação jurídica e no eventual comprometimento do contraditório em função da existência da parte vulnerável.

5. A ausência da intimação do Ministério Público, quando necessária sua intervenção, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, sendo necessária a demonstração do efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullité sans grief*.

6. Na espécie, é fato que, no instante do ajuizamento da ação de rescisão contratual, não havia sido decretada a interdição, não havendo se falar, naquele momento, em interesse de incapaz e obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público.

7. Ademais, é certo que, apesar de não ter havido intimação do *Parquet*, este veio aos autos, após denúncia de irregularidades, feito por terceira pessoa, cumprindo verdadeiramente seu mister, com efetiva participação, consubstanciada nas inúmeras manifestações apresentadas.

8. Nos termos do novel Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146 de 2015, pessoa com deficiência é a que possui impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (art. 2º), não devendo ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (conforme os arts. 6º e 84).

9. A partir do novo regramento, observa-se uma dissociação necessária e absoluta entre o transtorno mental e o reconhecimento da incapacidade, ou seja, a definição automática de que a pessoa portadora de debilidade mental, de qualquer natureza, implicaria na constatação da limitação de sua capacidade civil deixou de existir.

10. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Especial nº 1.694.984-MS em que é

Recorrente M.A.R. e Recorrido Enccon Engenharia Comércio e Construções Ltda.

Os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros ANTONIO CARLOS FERREIRA (Presidente), MARCO BUZZI e LÁZARO GUIMARÃES (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI.

BRASÍLIA (DF), 14 DE NOVEMBRO DE 2017
(DATA DO JULGAMENTO)
MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. M.A.R., por meio da Defensoria Pública, curadora especial, interpôs agravo de instrumento em ação que contende com ENCCON Engenharia Comércio e Construções Ltda, contra decisão que rejeitou a alegação de nulidade da citação alegada pela ré.

Anunciou que a agravada, ora recorrida, pleiteou rescisão de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel urbano, por inadimplência da agravante, diante da alegada ausência de pagamento de algumas prestações.

Afirmou que foi juntada aos autos certidão de citação, com assinatura da citada ré, mas que não houve contestação. Após a sentença, o anterior curador da agravante ingressou no feito, com interposição de apelação, alegando nulidade processual por vício de citação. O recurso foi rejeitado pelo TJMS, com o consequente trânsito em julgado da decisão e a determinação da reintegração de posse.

Após, informou que o Ministério Público Estadual compareceu nos autos, manifestando-se, de ofício, acerca de situação grave envolvendo a agravante, aduzindo que é pessoa mentalmente incapaz, interditada, e que teria sido abandonada pelo seu então curador e, desamparada, estava residindo no imóvel objeto da reintegração.

Assim, suspenso o mandado de reintegração e nomeada a Defensoria Pública como curadora especial da agravante, ora recorrente.

Aduziu que o Ministério Público pugnou pela decretação de nulidade de todos os atos processuais ocorridos desde a citação da agravante, tendo em vista a ocorrência de vício no ato processual, pela ausência de intervenção do *Parquet*, em detrimento ao que determina o artigo 84 do CPC de 1973.

A manifestação do Ministério Público foi rejeitada e, novamente, determinada a reintegração de posse. Em face dessa decisão (f. 381-383), interpôs-se o agravo de instrumento.

Julgado o recurso, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul lhe negou provimento, nos termos da ementa abaixo:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – NÃO CONHECIMENTO DE ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE DECORRENTE DE INTERDIÇÃO DA AGRAVANTE PARA OS ATOS DA VIDA CIVIL – NULIDADE NÃO RECONHECIDA EM APELAÇÃO JULGADA PELO TJ/MS – COISA JULGADA SOBRE O TEMA – ACOLHIDA – ALEGAÇÃO DE NULIDADE ORIGINADA PELA FALTA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PEDIDO FEITO SOMENTE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO – POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DESSA MATÉRIA POR MEIO DE RESCISÓRIA OU OUTRAS MEDIDAS CABÍVEIS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Se a tese de nulidade do processo desde a citação, lastreada na incapacidade da requerida na ação de Rescisão Contratual c/c Reintegração de Posse, já foi apreciada e negada em grau de apelação por essa Corte Estadual, a referida matéria não pode ser conhecida, em razão da coisa julgada.

É possível arguir a nulidade em qualquer momento do processo, a requerimento ou de ofício, mas desde que essa providência seja tomada antes do trânsito em julgado, pois essa circunstância é considerada a senatoria geral das nulidades, cabendo à parte interessada ajuizar ação rescisória ou outras medidas judiciais cabíveis para alcançar o objetivo de reconhecer a nulidade decorrente de falta de intimação do Ministério Público nos autos.

Foi interposto recurso especial (f. 462-482) pela autora, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, sob a alegação de violação aos arts. 245, 278 e 279 do Código de Processo Civil de 2015.

Sustenta, em síntese, que o cerne da controvérsia se refere à nulidade absoluta por ausência de intimação do Ministério Público para acompanhar o feito em que deveria intervir.

Assevera que a certidão de citação (f. 58) noticia a citação da agravante em sua própria pessoa, sem presença de seu curador, sem ter havido qualquer menção ao seu estado de saúde ou condição física.

Aduz que a citação não poderia ter ocorrido daquela maneira, pois, conforme informações constantes nesses autos e em outro, oriundo da 1ª Vara de Família, impossível que a agravante aparentasse normalidade, já que havia sido vítima de acidente automobilístico grave em 2002, em que sofrera traumatismo craniano de natureza grave, gerando sequelas por problemas neurológicos.

Defende que, ainda que a decisão tenha sido fundamentada no fato de que a matéria já havia sido apreciada, por decisão com trânsito em julgado, a nulidade permanece, pois havia processo de interdição em andamento e o Ministério Público deveria ter sido intimado para se manifestar.

Desta forma, afirma que as nulidades processuais são duas, relacionadas ao vício da citação, uma vez que o ato processual foi realizado em nome de pessoa incapaz, portadora de sérias sequelas neurológicas; e não houve a intimação do Ministério Público para atuar no feito.

Complementa que não há falar em coisa julgada, pois a ausência de citação válida induz à inexistência da decisão, proferida em processo que não foi constituído validamente. No ponto, acrescenta que "...embora as nulidades de sentença de mérito possam ser atacadas via rescisória, no caso em questão é desnecessário pretender desconstituir coisa julgada, pois a sentença inexistente não passa em julgado" (f. 474).

Pondera que as questões de ordem pública não se submetem à preclusão, nem para as partes, nem para o juiz, podendo, dessa forma, ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, sem prejuízo da possibilidade de conhecimento de ofício pelo magistrado.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial, consoante certidão a f. 485.

Crivo negativo de admissibilidade a f. 500-504, porém converti o agravo em recurso especial (f. 540/541)

O Ministério Público Federal, em parecer ofertado a f. 532-538, opina pelo conhecimento e provimento do apelo especial.

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CITAÇÃO EM NOME DE INCAPAZ. INCAPACIDADE DECLARADA POS-

TERIORMENTE. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. INTERVENÇÃO DO MP. NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. LEI Nº 13.146/2015. DISSOCIAÇÃO ENTRE TRANSTORNO MENTAL E INCAPACIDADE.

1. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, caracterizada pelo fato de que ela não cria a incapacidade, mas sim, situação jurídica nova para o incapaz, diferente daquela em que, até então, se encontrava.

2. Segundo o entendimento desta Corte Superior, a sentença de interdição, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, opera efeitos *ex nunc*. Precedentes.

3. Quando já existente a incapacidade, os atos praticados anteriormente à sentença constitutiva de interdição até poderão ser reconhecidos nulos, porém não como efeito automático da sentença, devendo, para tanto, ser proposta ação específica de anulação do ato jurídico, com demonstração de que a incapacidade já existia ao tempo de sua realização do ato a ser anulado.

4. A intervenção do Ministério Público, nos processos que envolvam interesse de incapaz, se motiva e, ao mesmo tempo, se justifica na possibilidade de desequilíbrio da relação jurídica e no eventual comprometimento do contraditório em função da existência da parte vulnerável.

5. A ausência da intimação do Ministério Público, quando necessária sua intervenção, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, sendo necessária a demonstração do efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullité sans grief*.

6. Na espécie, é fato que, no instante do ajuizamento da ação de rescisão contratual, não havia sido decretada a interdição, não havendo se falar, naquele momento, em interesse de incapaz e obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público.

7. Ademais, é certo que, apesar de não ter havido intimação do *Parquet*, este veio aos autos, após denúncia de irregularidades, feito por terceira pessoa, cumprindo verdadeiramente seu mister, com efetiva participação, consubstanciada nas inúmeras manifestações apresentadas.

8. Nos termos do novel Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146 de 2015, pessoa com deficiência é a que possui impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (art. 2º), não devendo ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (conforme os arts. 6º e 84).

9. A partir do novo regramento, observa-se uma dissociação necessária e absoluta entre o transtorno mental e o reconhecimento da incapacidade, ou seja, a definição automática de que a pessoa portadora de debilidade mental, de qualquer natureza, implicaria na constatação da limitação de sua capacidade civil deixou de existir.

10. Recurso especial a que se nega provimento.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A controvérsia dos autos está em verificar a ocorrência ou não de nulidades, consistentes na defeituosa citação, tendo em vista a apontada incapacidade da citanda e a não participação do Ministério Público na demanda, por não ter sido intimado para nela intervir.

É importante a demonstração dos fatos, na sequência em que ocorreram, por isso me valho

da narrativa apresentada no Parecer ofertado pelo Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul, relato do qual se utilizou o próprio acórdão recorrido. Confira-se (f. 449):

> - Ação de Rescisão Contratual c/c Perdas e Danos e Reintegração de Posse ajuizada em março de 2003, pela ora recorrida, Enccon, em face de M.A.R., ora recorrente
>
> - citação em 14 de maio de 2003 (f. 58)
>
> - sentença de parcial procedência da Ação de Rescisão Contratual (f. 60-64) publicada em 06 de fevereiro de 2004 (f. 65)
>
> - interposição de recurso de apelação pela Enccon (f. 70-89)
>
> - apresentação de recurso de apelação pela ré, ora recorrente (f. 91-95), ocasião em que informou ser pessoa absolutamente incapaz para o exercício dos atos da vida civil, e requereu a nulidade da citação e de todos atos dela decorrente
>
> - encargo da curatela provisória assumido em 26 de fevereiro de 2004 (f. 116)
>
> - interdição da ré, ora recorrente, em 23 de setembro de 2004 (f. 255)
>
> - julgamento do recurso de apelação da ENCCON (f. 125-129) publicado em 21 de novembro de 2005 (f. 130), rejeitando-se a preliminar de nulidade de citação, sob o argumento de que "inexistente o decreto judicial de sua interdição"
>
> - trânsito em julgado do acórdão em maio de 2008
>
> - diante do trânsito em julgado da Ação de Rescisão Contratual, a ENCCON pugnou pela expedição de Mandado de Reintegração de Posse, que foi deferido, em setembro de 2008 (fl. 248)
>
> - ciência pelo Ministério Público Estadual do processamento da presente ação em 19 de setembro de 2008 (f. 252-253)
>
> - em decisão datada de 13 de novembro de 2015 (decisão recorrida - f. 381-383), o magistrado singular rejeitou a nulidade da citação e determinou a expedição de mandado de reintegração de posse do imóvel em questão.

Em análise do agravo de instrumento interposto pela ora recorrente, o acórdão recorrido manifestou-se sobre as alegações apresentadas. No que respeita à coisa julgada, posicionou-se como a seguir (f. 446-448):

> Constata-se, inicialmente, que a matéria relacionada à incapacidade da agravante (e consequente efeito sobre a citação) foi discutida e julgada no Agravo nº 2004.004255-8, mas não houve debate a respeito da nulidade decorrente da inobservância da regra relativa à obrigatoriedade da intimação do representante do Ministério Público Estadual em situações como a vivenciada nos autos.
>
> Assim, a coisa julgada operou-se no caso do pedido de nulidade concernente à incapacidade da agravante, sendo inviável conhecer do recurso nessa parte.
>
> Por outro lado, a tese de nulidade por falta de intimação do Ministério Público Estadual, agora apresentada pela Defensoria Pública, é diferente da temática objeto do recurso de Apelação nº 2004.004225-8, de relatoria do DES. ELPÍDIO HELVÉCIO CHAVES MARTINS, da então Quarta Turma Cível desta Corte, conforme se infere do teor das respectivas ementa e fundamentação recortados do acórdão nele proferido:
>
> Ementa:
>
> (...)
>
> PRELIMINAR DE NULIDADE DE CITAÇÃO – ALEGAÇÃO DE INSANIDADE DA RÉ – DADO INSUFICIENTE PARA GERAR MÁCULA NO ATO

PROCESSUAL PORQUANTO INEXISTENTE O DECRETO JUDICIAL DE SUA INTERDIÇÃO – PREFACIAL REJEITADA.

O ato anterior à interdição só poderá ser anulado quando a alienação for notória por ocasião de sua prática. Fora disso a boa-fé do outro contraente tem de prosperar, mesmo porque não será possível provar a alienação por aquela ocasião, podendo quando muito estabelecer uma dúvida. E na dúvida em virtude da presunção da capacidade da pessoa o ato deverá prevalecer. Portanto, é inócua a pretensão de declaração de incapacidade incidental da ré somente em grau de apelo, incumbindo ao representante da requerida, caso deseje contraditar as obrigações por ela assumidas, se valer das vias ordinárias, atraindo para si o ônus de demonstrar a invalidade de cada um dos atos anteriores à data da interdição que ainda esta por vir.

(...)"

E prosseguiu o acórdão, valendo-se do voto proferido no julgamento da apelação, cuja ementa se reproduziu acima:

(...)

Trata-se de apelos tirados contra a sentença (f. 50-54) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de rescisão contratual cumulada com reintegração de posse e indenização por perdas e danos, deduzida por ENCCON – Engenharia, Comércio e Construção Ltda em face de M.A.R., para declarar rescindido o contrato firmado entre as partes, condenando a ré a suportar a retenção de 10% sobre o valor das parcelas pagas, a título de cláusula penal e, ainda, ao pagamento de 0.5% do valor do imóvel, a partir de 8 de julho de 2002 até a data da desocupação, a título de indenização pela fruição, bem como os valores relativos às despesas de água, luz, condomínio e IPTU, autorizando-se a reintegração de posse em data posterior à restituição do saldo das parcelas à demandada, imputando a esta o pagamento de 2/3 das custas e honorários fixados em 10% do valor atribuído à causa.

(...)

A requerida permaneceu revel.

Sobreveio sentença de procedência parcial dos pleitos iniciais. Ante a prejudicialidade, conheço primeiramente do recurso da ré, que suscita a preliminar de nulidade da citação efetuada, porquanto a mesma era absolutamente incapaz à época de tal ato, encontrando-se em curso o procedimento de sua interdição.

Sem razão a súplica, pois os documentos atestam que à época da citação a demandada não se encontrava interditada, afastando-se assim a almejada presunção de incapacidade defendida em seu apelo, também infirmada pela certidão de citação lançada pelo oficial de justiça a f. 48 – verso, ao observar que M.R. foi citada em sua própria pessoa, por todo conteúdo do referido mandado que lhe li e dei a ler, ficando de tudo bem ciente, exarando sua assinatura, recebendo cópia do mandado e contra-fé, sem qualquer sinal de insanidade evidente.

(...)

Rejeito a prefacial.

(...)"

Portanto, em relação ao pedido de nulidade que tem por fundamento a incapacidade da agravante e seus efeitos sobre o ato de cita-

> ção, o agravo não pode ser conhecido, por se tratar de matéria já debatida e julgada em outro recurso, mas o presente Agravo deve ser conhecido quanto à tese de nulidade lastreada na falta de intimação do Ministério Público Estadual. Em face do exposto, acolho em parte a preliminar arguida em contrarrazões pela agravada ENCCON - Engenharia, Comércio e Construções Ltda., para não conhecer do pedido de nulidade relacionado à incapacidade da agravante, tendo em vista a caracterização da coisa julgada.

3. Em primeiro lugar, convém analisar a alegação de nulidade da citação da ação de rescisão contratual, por ter sido realizada em nome de pessoa incapaz, cuja condição fora declarada em sentença de interdição.

É de conhecimento que o instituto da curatela está intimamente ligado à capacidade plena dos indivíduos, porquanto destinada à proteção de pessoas que, em tese, poderiam ser consideradas aptas a praticar, por si sós, os atos da vida civil, sem a interferência de terceiras pessoas, por portarem ou sofrerem alguma limitação em particular, encontrando-se temporária ou permanentemente incapacitadas de gerir sozinhas a própria vida.

Com efeito, a Quarta Turma já ponderou, sob a relatoria da eminente Ministra ISABEL GALLOTTI, que "o procedimento de interdição tem por pressuposto a suposta redução ou perda do discernimento para a prática dos atos da vida civil por pessoa maior e capaz, decorrente do comprometimento de sua saúde mental, o que, caso comprovado, ensejará a declaração judicial da relativa ou absoluta incapacidade do interditando, sujeitando-o à assistência ou representação, respectivamente, por curador nomeado pelo juiz". (REsp nº 1.099.458/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, DJe 10/12/2014).

Nessa linha de raciocínio, é também possível afirmar que a sentença de interdição produz efeitos a partir do momento em que prolatada.

Essa é a lição do inesquecível Barbosa Moreira:

> Interditar uma pessoa não se reduz, em absoluto, a proclamar-lhe, pura e simplesmente, a incapacidade. Consiste, sim, em submetê-la a peculiar regime jurídico, caracterizado pela sujeição à curatela. "Decretada a interdição, fica o interdito sujeito à curatela", reza a parte inicial do art. 453 do CC. "Decretando a interdição", ecoa o art. 1.183, parágrafo único, do CPC, "o juiz nomeará curador ao interdito". Nisso - e não no mero reconhecimento da incapacidade - é que reside o quid específico da sentença.
>
> (Eficácia da sentença de interdição por alienação mental. *In: Revista de Processo*. Ano 11. Nº 43. jul-set, 1986, p. 14-18)

Nesse rumo, o ilustre e saudoso professor elucidada que a feição constitutiva da sentença de interdição está, justamente, no fato de que ela não cria a incapacidade, mas, cria de certo, para o incapaz, situação jurídica nova, diferente daquela em que, até então, se encontrava. E, por isso, "considerar a sentença como declaratória do estado anterior, é fruto de um desvio de perspectiva: olha-se para a incapacidade como se fosse o objeto do pronunciamento judicial, quando ela é apenas o fundamento da decisão. O que na realidade importa comparar com o 'estado anterior' é a sujeição do interditando à curatela - e, aí, a inovação claramente ressalta". (*Op. Cit.*)

No mesmo rumo, confiram-se os julgados desta Corte:

> PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE MÚTUO. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. CLÁUSULA INERENTE À ESPÉCIE CONTRATUAL. SUPRESSÃO UNILATERAL

DA CLÁUSULA DE CONSIGNAÇÃO PELO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE ABSOLUTA DO CONTRATO DE MÚTUO. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA DE INTERDIÇÃO POR INCAPACIDADE ABSOLUTA COM TRÂNSITO EM JULGADO. EFEITOS *EX NUNC*. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

2. Segundo o entendimento desta Corte Superior, a sentença de interdição, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, opera efeitos *ex nunc*. Precedentes.

3. No caso, como o contrato de mútuo objeto do presente processo foi celebrado muito antes da expedição da sentença de interdição, é certo que não foi alcançado pelos seus efeitos.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp nº 1.152.996/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 14/04/2014)

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. EFEITOS DA SENTENÇA DE INTERDIÇÃO SOBRE AS PROCURAÇÕES OUTORGADAS PELO INTERDITANDO A SEUS ADVOGADOS NO PRÓPRIO PROCESSO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO À APELAÇÃO APRESENTADA PELOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS PELO INTERDITANDO. NÃO OCORRÊNCIA DA EXTINÇÃO DO MANDATO. A SENTENÇA DE INTERDIÇÃO POSSUI NATUREZA CONSTITUTIVA. EFEITOS *EX NUNC*. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 682, II, DO CC AO MANDATO CONCEDIDO PARA DEFESA JUDICIAL NA PRÓPRIA AÇÃO DE INTERDIÇÃO. NECESSIDADE DE SE GARANTIR O DIREITO DE DEFESA DO INTERDITANDO. RENÚNCIA AO DIREITO DE RECORRER APRESENTADA PELO INTERDITANDO. ATO PROCESSUAL QUE EXIGE CAPACIDADE POSTULATÓRIA. NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO APÓS A SENTENÇA DE INTERDIÇÃO. NULIDADE. ATOS PROCESSUAIS REALIZADOS ANTES DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. PRECLUSÃO.

1. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, pois não se limita a declarar uma incapacidade preexistente, mas também a constituir uma nova situação jurídica de sujeição do interdito à curatela, com efeitos *ex nunc*.

[...]

9. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(REsp nº 1.251.728/PE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, DJe 23/05/2013)

Assim, os atos praticados anteriormente, quando já existente a incapacidade, até poderão ser reconhecidos nulos, porém não como efeito automático da sentença de interdição. Para tanto, deve ser proposta ação específica de anulação do ato jurídico, em que se deve ser demonstrada que a incapacidade já existia ao tempo de sua realização (REsp nº 1.251.728/PE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, DJe 23/05/2013).

No caso ora em julgamento, é fato inconteste o ajuizamento da ação de interdição e seu deferimento. No entanto, o Termo de Curatela Definitiva juntado aos autos (f. 254) data de 23 de setembro de 2004 (data definida pelo MP como da interdição). Por sua vez, a citação se deu em 14 de maio de 2003 (f. 58), conforme notícia o acórdão.

Retiro da ementa do acórdão que julgou a apelação interposta nos autos da ação de rescisão contratual (f. 125):

PRELIMINAR DE NULIDADE DE CITAÇÃO – ALEGAÇÃO DE INSANIDADE DA RÉ – DADO INSUFICIENTE PARA GERAR MÁCULA NO ATO PROCESSUAL PORQUANTO INEXISTENTE O DECRETO JUDICIAL DE SUA INTERDIÇÃO – PREFACIAL REJEITADA.

O ato anterior à interdição só poderá ser anulado quando a alienação for notória por ocasião de sua prática. Fora disso a boa-fé do outro contraente tem de prosperar, mesmo porque não será possível provar a alienação por aquela ocasião, podendo quando muito estabelecer uma dúvida. E na dúvida em virtude da presunção da capacidade da pessoa o ato deverá prevalecer. Portanto, é inócua a pretensão de declaração de incapacidade incidental da ré somente em grau de apelo, incumbindo ao representante da requerida, caso deseje contraditar as obrigações por ela assumidas, se valer das vias ordinárias, atraindo para si o ônus de demonstrar a invalidade de cada um dos atos anteriores à data da interdição que ainda está por vir.

Nessa linha de ideias, concluiu-se que, tendo ocorrido a citação em data anterior à declaração da situação jurídica da interdição, válido foi o ato processual realizado em nome da ora recorrente.

Ressalte-se que não consta no acórdão recorrido - sequer nas alegações da recorrente ou no Parecer do Ministério Público Estadual ou Federal -, referência a que tenha havido qualquer observação, na sentença de interdição acerca do estado anterior da interditada, no sentido de determinar-se da retroação dos efeitos da decisão.

Desta feita, vale para a hipótese a regra geral do efeito *ex nunc* da sentença de interdição.

Sendo assim, com razão o acórdão impugnado ao não acolher a alegação de nulidade da citação - valendo-se apenas do argumento da coisa julgada -, ainda que, segundo penso, por outros fundamentos.

Por fim, quanto a esse ponto, e apenas a título de esclarecimento, anoto que em face do acórdão que julgou a apelação, cuja ementa reproduziu-se acima, foi interposto recurso especial, cuja admissibilidade fora negada (f. 229). Contra a inadmissão do apelo especial, a recorrente interpôs agravo de instrumento (Ag nº 769.397/MS) não conhecido, dada a formação incompleta do instrumento.

4. No entanto, resta, ainda, verificar a alegação de nulidade causada pela não intervenção do Ministério Público no feito, tendo em vista a incapacidade alegada pela ora recorrente, ré na ação de rescisão contratual.

Neste ponto, no que respeita à nulidade dos atos processuais pela ausência de intimação do representante do Ministério Público Estadual, ao que definiu como sendo mérito, o Tribunal sul-mato-grossense decidiu (f. 448-453):

Assim sendo, a controvérsia do presente recurso cinge-se na verificação da presença ou não de nulidade absoluta decorrente da inobservância das regras processuais aplicáveis quando figura como litigante pessoa absolutamente incapaz para os atos da vida civil (...)"

Conforme se observa pela sequência de atos noticiados no parecer de f. 426-435 e que também constam na decisão agravada (f. 3810-383), a agravante informou a questão da incapacidade quando da interposição do recurso de Apelação nº 2004.004225-8, em 02/03/2004 (f. 91-95), mas não houve questionamento sobre a ausência de intimação do Ministério Público Estadual.

A questão da nulidade do processo sob a alegação de incapacidade da agravante foi julgada no recurso acima referido, no ano de 2005 (f. 125-129), cujo trânsito em julgado data de maio de 2008 (f. 243). Após o retorno dos autos à primeira instância, e encontrando-se os autos prontos para o cumprimento do mandado de reintegração em face da agravante, o Ministério Público Estadual noticiou os vícios mencionados pela agravante quando da interposição da apelação (f. 252-253), já em 19/09/2008.

(...)

O pedido formulado pelo Ministério Público, no entanto, foi indeferido (f. 270), aos 29 de julho de 2011, sendo publicada a decisão em 03/08/2011. Pelos documentos juntados aos autos, não houve recurso contra a referida decisão.

Posteriormente, em 11/07/2014, o *Parquet* reiterou o pedido de declaração de nulidade de todos os atos os quais foram praticados sem a participação do órgão ministerial (f. 321-326).

Em razão disso, a Defensoria Pública foi nomeada como curadora especial, a qual se manifestou a f. 330 e 333-355, oportunidade em que toda a matéria de defesa foi apresentada, inclusive com o questionamento de tópicos não abordados na sentença e no acórdão, tais como a quitação do saldo devedor pelo seguro prestamista, aplicação da teoria do adimplemento substancial e indenização por benfeitorias.

Em que pesem as insurgências tanto da parte quanto do Ministério Público Estadual, entendo que não é caso de reconhecimento da nulidade apontada pela apelante.

Isso porque, após o trânsito em julgado, o saneamento das nulidades somente poderia ocorrer por meio de ação rescisória ou por ação de *querella nullitatis*, conforme o caso, segundo o entendimento doutrinário:

(...)

Como no caso deste recurso a matéria conhecida trata de arguição de nulidade diversa da originada da invalidade da citação - questão já apreciada em outro recurso -, restaria à agravante apenas o ajuizamento de Ação Rescisória ou e Ação de *Querela Nullitatis*, caso ainda cabíveis no que tange aos prazos ou abrangência das respectivas pretensões.

Portanto, pedido de nulidade formulado pela agravante não merece guarida, uma vez que foi realizado após o trânsito em julgado da demanda. Em face do exposto, contrariando o parecer, não conheço do recurso no que tange à alegação de nulidade fundado na incapacidade da agravante, mas conheço do agravo no que diz respeito à tese de nulidade decorrente à falta de intimação do Ministério Público Estadual, negando provimento ao recurso nessa parte.

Quanto ao ponto, preceituam os arts. 82 e 178 dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, respectivamente:

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

(...)

II - interesse de incapaz;

Com efeito, é certo que a intervenção do Ministério Público no processo civil sempre se dá em defesa do interesse público, ora evidenciado pela natureza da lide, ora pela qualidade das partes.

Acerca da atuação interventiva do órgão ministerial, Hugo Nigro Mazzilli adverte:

Há interesses indisponíveis, independentemente de quem seja seu titular (indisponibilidade objetiva, como na improbidade administrativa); outros interesses por si sós não seriam indisponíveis, mas a indisponibilidade pode decorrer de condições pessoais de seu titular (indisponibilidade subjetiva, como no interesse de incapaz). Nas ações que versem interesses

objetivamente indisponíveis, a intervenção ministerial visa a fiscalizar a indisponibilidade, sem atenção a quem seja o titular do interesse (intervenção pela natureza da lide); nas ações que versem interesses subjetivamente indisponíveis, o Ministério Público assistirá a parte, zelando para que seus interesses não sejam preteridos (intervenção pela qualidade da parte).

Exemplifiquemos: a) em ação civil pública ambiental, o Ministério Público oficiará pela natureza da lide; b) em ação reivindicatória entre partes maiores e capazes, não atuará; c) em qualquer ação, oficiará se houver interesse de incapaz.

(*Introdução ao Ministério Público*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312)

Nesse contexto, o que se extrai da doutrina e do texto legal é que, naquelas situações, o que legitima a intervenção do *Parquet* é a possibilidade de desequilíbrio da relação jurídica e eventual comprometimento do contraditório em função da existência de parte absoluta ou relativamente incapaz.

Em tais casos, cabe ao Ministério Público aferir se os interesses do incapaz estão sendo assegurados e respeitados a contento, seja do ponto de vista processual ou material.

Seguindo essa trilha de raciocínio, não é menos certo, no que respeita à declaração de nulidade pela não intervenção do Ministério Público, para fins de preservação de interesse de incapaz, que a ausência da intimação, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullité sans grief*.

Nessa linha, a jurisprudência deste Tribunal possui o entendimento de que mesmo nas causas em que a intervenção do *Parquet* é obrigatória, como no presente caso, por envolver interesse de incapaz, seria necessária a demonstração de prejuízo para que houvesse o reconhecimento da nulidade processual.

Confiram-se, nessa linha, os precedentes abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. FISCAL DA LEI (ART. 82, III, e 83 DO CPC). EMISSÃO DE PARECER. FALTA DE INTIMAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS SUBSEQUENTES. NULIDADE. PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. PREJUÍZO CONSTATADO. SÚMULA Nº 99/STJ.

1. Cuidam os autos de ação rescisória ajuizada pelo Estado da Bahia em que o Tribunal *a quo*, no exercício da competência originária, intimou o Ministério Público como *custos legis*, o qual emitiu parecer pela procedência da ação.

2. Alega o agravante nulidade processual por falta da intimação do Ministério Público dos atos processuais subsequentes à emissão do parecer, à luz do art. 83, inciso I, do CPC.

3. A jurisprudência desta Corte se cristalizou no sentido e que a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo às partes ou para apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullité sans grief*.

4. Se em primeiro momento foi reconhecido pelo Tribunal de origem a indispensabilidade de atuação do Ministério Público como fiscal da lei, ocasião em que emitiu opinião pela procedência da ação rescisória, este não pode, a *posteriori*, sonegar a continuidade da intervenção do *Parquet*, deixando-o de intimá-lo dos atos subsequentes, sobretudo quando, ao

apreciar os embargos infringentes, o órgão julgador modifica *in totum* o acórdão embargado para estabelecer a improcedência da ação.

5. Verificado o prejuízo ensejador na nulidade, uma vez que ao fiscal da lei foi omitida a oportunidade de recorrer, o que fere o ditame contido na Súmula nº 99/STJ, "o Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que haja recurso da parte".

Agravo regimental parcialmente provido para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, para declarar a nulidade do feito após o acórdão que julgou os embargos infringentes.

(AgRg no AREsp nº 235.365/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 16/12/2013)

5. Na espécie, é fato que, no momento do ajuizamento da ação de rescisão contratual, não havia sido decretada a interdição, não havendo se falar, naquele momento, em interesse de incapaz e obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público.

Declarada a incapacidade, por sentença proferida nos autos da ação de interdição, que, como mencionado alhures, se tem notícia pela nomeação de curatela definitiva (f. 255), a intimação do Ministério Público se faria, em tese, necessária, para proteção dos interesses da interditada.

No entanto, extrai-se dos autos que, apesar de não ter havido intimação do *Parquet*, este veio aos autos, após denúncia, por terceira pessoa, de irregularidades cometidas, conforme narrativa constante de uma em suas manifestações (f. 252-253), e mesmo após alguns anos do ajuizamento da ação, pôde cumprir seu mister.

De fato, é possível localizar nos autos três consistentes manifestações do órgão fiscalizador, a primeira delas, inclusive, provocando a paralisação do processo e suspensão do cumprimento de mandado de reintegração de posse expedida em desfavor da ora recorrente, até a verificação das ilegalidades anunciadas.

Refiro-me à manifestação juntada a f. 321-322, em que o próprio Ministério Público afirma que, em petição anterior (f. 252-254), teria sido pleiteada a "suspensão da expedição de mandado de reintegração de posse, até que se esclarecesse a situação da requerida, bem como a declaração de ofício da nulidade dos atos processuais ocorridos a partir de sua interdição ou propositura de ação rescisória" e que o juízo teria entendido, "em decisão de f. 257, estar com a razão o Ministério Público, no tocante à suspensão do cumprimento da expedição do mandado de reintegração de posse", bem como teria deferido vista dos autos ao órgão ministerial (f. 262 e 381).

Na mesma peça processual, o Ministério Público assevera que, em nova manifestação (f. 264-265), entendeu haver conflito entre os interesses do curador e da curatelada, tendo em vista a inércia daquele na defesa dos interesses desta, requerendo a nomeação de curador especial. Esclarece que houve análise pelo Juízo competente das alegações apresentadas, ainda que tenham sido rejeitadas, por não ter sido reconhecida a existência de conflito de interesse entre o curador e curatelado. Houve, em seguida, requerimento de intimação pessoal do curador da ré, deferido, inclusive.

Nessa esteira, ainda na petição apresentada a f. 322-323, o Ministério Público, uma vez mais, defendeu o conflito de interesse entre curatelada e curador, por ter sido feita a nomeação contra a vontade do nomeado.

Ainda, consta, na manifestação de f. 264-265, a alegação de abandono da curatelada, que o representante do *Parquet* esclarece que seria objeto de ampla apuração por intermédio da Promotoria

dos Direitos Constitucionais do Cidadão – 44ª Promotoria de Justiça, e que seria instaurado procedimento para a apuração de abandono de pessoa com deficiência, a quem seriam remetidas cópias do procedimento para os devidos fins.

Por sua vez, o acórdão recorrido informa a nomeação da Defensoria Pública como curadora especial à recorrente (f. 330), que teve oportunidade de apresentar defesa sobre todas as questões aventadas na ação de rescisão contratual, em petição extensa, denominada, inclusive, como contestação (f. 333-355).

Nesse diapasão, penso que a não intimação do Ministério Público, no caso dos autos, não conduz à nulidade do processo, tendo em vista sua efetiva participação, consubstanciada nas inúmeras manifestações apresentadas, aqui referidas.

Não bastasse isso, é sabido que a declaração da nulidade se viabiliza enquanto não se operar o encerramento do processo, com a formação da coisa julgada material e, ainda, que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação rescisória de sentença de mérito transitada em julgado, se não foi ouvido no processo em que cabia sua intervenção ou se considerar a existência de prejuízo e nulidade, ainda que se tenha verificado sua participação nos autos.

Cumpre dizer, ademais, que foi nesse rumo o entendimento expresso pelo legislador na elaboração do diploma processual de 2015, inspirado também pelo princípio da instrumentalidade das formas, sem se descuidar do papel de inegável relevância do MP. De fato, consagrou-se o seguinte no § 2º do art. 279 do novo código:

> Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.
>
> (...)
>
> § 2º A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.

Importante salientar que o fato de a ação de rescisão contratual ter sido julgada em desfavor da ora recorrente, por si só, não conduz à conclusão de prejuízo.

Sobre a questão, confira-se, a doutrina de Daniel Amorim Assumpção:

> Durante o trâmite do processo, o vício apto a gerar uma nulidade absoluta não é atingido pela preclusão, podendo a qualquer momento ser declarado. Registre-se importante corrente doutrinária que limita temporalmente essa declaração de nulidade absoluta às instâncias recursais ordinárias, entendendo que em sede de recurso extraordinário e especial os tribunais superiores só poderão se manifestar sobre uma nulidade absoluta se a mesma tiver sido objeto de prequestionamento, em entendimento consolidado no Supremo Tribunal federal, mas atualmente não sendo aplicado no Superior Tribunal de Justiça, conforme exposto no item 20.5.
>
> Em determinadas situações, até mesmo depois de encerrado o processo, a decretação de nulidade absoluta continua a ser possível por meio de ação rescisória, mas nesse caso a nulidade absoluta terá se transformado em vício de rescindibilidade, considerando-se que o trânsito em julgado é a senatoria geral das nulidades, inclusive das nulidades absolutas.
>
> (...)
>
> Como se denota das considerações acima expostas, tanto a nulidade absoluta quanto a relativa se convalidam, mais cedo ou mais tarde.

Enquanto as nulidades relativas se convalidam em prazo exíguo, qual seja o prazo da primeira manifestação da parte interessada nos autos, as nulidades absolutas se convalidam no trânsito em julgado, que é considerado como somatória geral das nulidades, inclusive as absolutas, transformando-se após esse momento processual em vícios de rescindibilidade.

Em regra, a nulidade absoluta que se transformou em vício de rescindibilidade após o trânsito em julgado atinge a estabilidade definitiva com o decurso do prazo de dois anos da ação rescisória, em fenômeno conhecido como "coisa julgada soberana".

(*Manual de direito processual civil*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p. 290-291).

6. Por oportuno, cumpre, ainda, realizar breve análise da matéria sob a perspectiva da Lei nº 13.146 de 2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou significativamente o regime das incapacidades no direito pátrio, sem qualquer pretensão de exaurir as mudanças verificadas.

Como se sabe, em janeiro de 2016, aquele Estatuto entrou em vigor, tendo como base a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. A citada Convenção, assinada na sede das Nações Unidas em Nova York, em 30 de março de 2007, tinha por objetivo estabelecer a igualdade de condições entre as pessoas em todos os aspectos da vida, assim como definir como dever do Estado a garantia ao exercício de sua capacidade legal, respeitando-se os direitos, de forma proporcional e apropriada às suas circunstâncias.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência entendeu por bem, no art. 6º, conceder capacidade civil plena para todo e qualquer deficiente, com o escopo de promover a inclusão social.

Assim, ensina o professor Christiano Cassetari, "o art. 2º do referido Estatuto definiu pessoa deficiente como sendo quem tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas". (Os desafios impostos pelo estatuto da pessoa com deficiência em razão das modificações na teoria das incapacidades e os seus reflexos na atividade de registradores e notários. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 80. ano 39. São Paulo: RT, jan-jun. / 2016, p. 259-272).

Nos termos da nova legislação, a pessoa com deficiência - aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do seu art. 2º, não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que a deficiência não afeta a plena capacidade civil (conforme os arts. 6º e 84).

Seguindo nesse rumo, tendo em vista a ruína do conceito tradicional de capacidade, mostrou-se necessária a reestruturação, pelo Estatuto, de artigos fundamentais do Código Civil sobre o tema, para contemplar a pessoa com deficiência. Isso porque, por imperativo lógico, as previsões de incapacidade civil derivadas da deficiência deixaram de existir.

De fato, as mudanças apresentadas pelo novel instrumento normativo foram de grande magnitude e refletiram diretamente no Código Civil, com repercussão direta em institutos do Direito de Família, como a interdição e a curatela, ocasionando, como não poderia ser diferente, a revogação de parte considerável dos artigos 3º e 4º do referido diploma, que passaram a figurar com as seguintes redações:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

III - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

IV - os pródigos

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

Destarte, a partir da leitura dos dispositivos transcritos acima, é possível perceber que o conceito de capacidade civil passou por reconstrução que acabou por ampliá-lo, subsistindo, como visto, apenas uma causa de incapacidade absoluta, passando a incapacidade relativa a definir as outras quatro hipóteses do Código, em situações jurídicas variadas.

Nessa esteira, observa-se uma dissociação necessária e absoluta entre o transtorno mental e o reconhecimento da incapacidade, ou seja, a definição automática de que a pessoa portadora de debilidade mental, de qualquer natureza, implicaria na constatação da limitação de sua capacidade civil deixou de existir.

Sobre o tema, a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald nos esclarece que, a partir de agora, a incapacidade deve ser vista como a limitação ao livre exercício da plena aptidão para praticar atos jurídicos, como a impossibilidade de externar uma vontade de jeito esclarecido e autônomo, não necessariamente decorrente de uma deficiência. E concluem:

> Não se pode, contudo, estabelecer uma correlação implicacional entre incapacidade jurídica e deficiência (física ou psíquica), como outrora se pretendeu. Efetivamente, uma pessoa com deficiência não é, por esse simples fato, incapaz juridicamente de manifestar suas vontades. E, na mesma ordem de ideias, nem todo incapaz é uma pessoa com deficiência, podendo sua limitação decorrer de outro motivo.
>
> (...)
>
> Com efeito, o conceito de deficiência (relembre-se: centrado na existência de uma menos valia de longo prazo, física, psíquica ou sensorial, independentemente de sua gradação) não tangencia, sequer longinquamente, uma incapacidade para a vida civil.
>
> (Curso de direito civil: famílias. 8ª ed. rev. e atual. Salvador: *JusPodivm*, 2016, p. 901-902 e 908).

Destaque-se, ainda, que, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, travou-se certa discussão doutrinária acerca da permanência da ação de interdição no sistema civil vigente, em especial tendo em vista a impossibilidade de declaração de incapacidade absoluta das pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, a exemplo de portadores de deficiências mentais graves.

Quanto à matéria, Paulo Lôbo opina que as inovações operadas pela Lei n. 13.146/20015 suplantaram o modelo tradicional, afastando do ordenamento jurídico vigente a possibilidade de interdição, subsistindo apenas a hipótese de "cura-

tela específica" da pessoa com deficiência, nos seguintes termos:

> não há que se falar mais de 'interdição', que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.
>
> (*Com os avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. Revista Consultor Jurídico, 16 ago. 2015. Disponível em: **http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes**).

Noutro ponto, estão doutrinadores que defendem a subsistência do processo de interdição, ainda que flexibilizada e sob nova roupagem, a exemplo de Pablo Stolze, para quem, pela análise da legislação vigente, em especial do novo Código de Processo Civil, mais minucioso com os procedimentos e que contém seção específica destinada à interdição, não se vislumbra como melhor conclusão ter sido ela suprimida do ordenamento jurídico. (*Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, nº 4.411, 30 jul. 2015. Disponível em: **http://www.jus.com.br/imprimir/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil**).

Na mesma linha de ideias, Daniel Amorim Assumpção Neves, evidenciando a relevância dada pelo novo Código de Processo Civil ao assunto, ensina:

> O procedimento do processo de interdição é inteiramente regulamentado pelo Novo Código de Processo Civil, considerando-se que o art. 1.072, II, de tal diploma legal revogou os arts. 1.768 a 1.772 do CC, que tratavam justamente do procedimento do processo de interdição, sendo que os arts. 1.776 e 1.780 já tinham sido revogados pela Lei nº 13.146/2015. (Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: *Juspodvium*, 2016, p. 1177).

Interessante, ainda, acrescentar o entendimento doutrinário acerca da aplicação temporal do Estatuto da Pessoa com Deficiência e seu regime de transição, no sentido de que, pelo fato de a nova Lei entregar ao ordenamento jurídico pátrio normas de índole existencial, que alteram sobremaneira o estado individual da pessoa, mormente no que diz respeito à sua capacidade, sua eficácia e aplicabilidade seriam imediatas.

Assim sendo, como propõe José Fernando Simão, "o caso de 'Lei de Estado', a regra hermenêutica determina sua eficácia imediata, de modo que, em tese, independentemente de providências afetas ao levantamento das interdições ou de quaisquer outros atos, todas as pessoas interditadas em razão de enfermidade ou deficiência mental passam, com a entrada em vigor do Estatuto, a ser consideradas plenamente capazes". (*Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)*. Revista Consultor Jurídico, 06 ago. 2015. Disponível em: **http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia- causa-perplexibilidade**).

Para Atalá Correia, no entanto, não obstante seja evidente a eficácia imediata da nova lei, não seria razoável a desconstituição automática da coisa julgada já estabelecida, sendo necessária a provocação do Poder Judiciário para a revisão das situações decididas.

Confiram-se as palavras do professor em artigo sobre o tema:

> Por fim, é inquietante a ausência de um regime claro de transição.
>
> (...)

A tradicional exegese da regra intertemporal, nessas situações, indica a eficácia imediata da nova lei. Não haveria porque manter toda uma classe de pessoas sob um regime jurídico mais restritivo quando ele foi abolido. Não há razão para que existam deficientes capazes e absolutamente incapazes sem distinção fática a justificar o tratamento diverso.

Por outro lado, pode a lei nova desconstituir automaticamente a coisa julgada já estabelecida? Cremos, que dada a natureza constitutiva da sentença, o mais razoável é que, por iniciativa da parte ou do Ministério Público, haja uma revisão da situação em que os interditados se encontram, para que possam migrar para um regime de incapacidade relativa ou de tomada de decisão apoiada, conforme o caso.

(*Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas*. Revista Consultor Jurídico, 03 ago. 2015, s. p. Disponível em: **http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas**).

No sentido da posição defendida acima, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que o reconhecimento da eficácia imediata do Estatuto da Pessoa com Deficiência levaria à plena capacidade do sujeito, independentemente da prática de qualquer ato, mas que, no entanto, sob o ponto de vista pragmático, "até mesmo para permitir a prática de atos sem embaraço, pode ser interessante requerer ao juiz o levantamento da curatela, consoante regras estabelecidas pelo art. 756 do Código de Processo Civil de 2015". (*Op. Cit.*, p. 926).

Uma vez mais, Pablo Stolze defende a possibilidade da validade da curatela concedida à luz da legislação revogada, ainda que limitada à orientação da Lei nº 13.146/2015, alcançando apenas aspectos patrimoniais e negociais, preservando-se, assim, o controle sobre aspectos existenciais em poder do curatelado:

Não sendo o caso de se intentar o levantamento da interdição ou se ingressar com novo pedido de tomada de decisão apoiada, os termos da curatela já lavrados e expedidos continuam válidos, embora sua eficácia esteja limitada aos termos do Estatuto, ou seja, deverão ser interpretados em nova perspectiva, para justificar a legitimidade e autorizar o curador apenas quanto à prática de atos patrimoniais. Seria temerário, com sério risco à segurança jurídica e social, considerar, a partir do Estatuto, "automaticamente" inválidos e ineficazes os milhares – ou milhões – de termos de curatela existentes no Brasil.

(*Op. Cit.*).

Sendo assim, e com base nos argumentos apresentados pela doutrina abalizada, penso devam continuar vigorando as decisões judiciais referentes às interdições anteriores à vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que respeita aos aspectos patrimoniais e negociais, em adequação ao novel diploma e como medida necessária à garantia da segurança jurídica e social, sendo imprescindível a atuação dos legitimados para promoção da extinção total dos efeitos da interdição.

Isso porque, na linha do que expõe o professor Christiano Cassetari, "...a pessoa deficiente interditada não volta a ser capaz automaticamente, pois os arts. 5º, XXXVI, da CF e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro são claros e cristalinos em estabelecer que a lei nova não pode prejudicar a coisa julgada" e "em respeito a coisa julgada, como a interdição decorre de sentença, não se pode afirmar que os interditos que são deficientes mentais e intelectuais estarão automaticamente livres dela, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência". (*Op. Cit.*)

Nessa linha de raciocínio, a meu ver, o que a legislação inovadora cria para os deficientes mentais e intelectuais é uma razão robusta o bastante para que seja pleiteado ao Judiciário a revisão dos motivos que fundamentaram o pedido de interdição, até mesmo para a segurança do próprio interdito, mas não a revogação pura e simples, inclusive da coisa julgada.

7. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

ACESSIBILIDADE EM ESTAÇÃO DE TREM. USUÁRIO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. SUPERVIA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ACESSIBILIDADE EM ESTAÇÃO DE TREM. USUÁRIO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. DIREITO INFIVIDUAL HOMOGÊNEO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO. Cuida-se de ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, na qual pretende o Autor a condenação do Réu a obrigação de adaptar a estação de Agostinho Porto às condições de acessibilidade, bem como a reparar o dano moral decorrente. Os direitos à acessibilidade e a mobilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida são amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio. Art. 244 da CRFB, Lei nº 13.146/2015 e Decreto Federal nº 5.296/04, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Negar ao indivíduo a legitimidade para propor ação de natureza coletiva, quando seu patrimônio diretamente violado, ofende ao princípio constitucional do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CRFB). A existência de legitimado para a propositura de ação coletiva não afasta o direito do particular integrante da coletividade de propor ação para a satisfação de seu direito individual homogêneo. Trata-se de legitimidade concorrente e disjuntiva evidenciada do art. 81, do CDC. A simples existência de demanda coletiva na qual se discute a mesma matéria não induz, por si só, a suspensão automática das ações individuais, observe-se a determinação do art. 104 do CDC. PROVIMENTO DOS RECURSOS, PARA DETERMINAR A ANULAÇÃO DA SENTENÇA E PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nestes autos da Apelação Cível nº 0020943-07.2019.8.19.0054, figurando como Apelante 1, V.A.V., Apelante 2, Ministério Público e Apelado, Supervia Concessionaria de Transporte Ferroviário.

Acordam, os Desembargadores que compõem a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento aos recursos, nos termos do voto desta relatora.

RELATÓRIO

Trata-se recursos de apelação contra sentença (*Index* 000391) que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, julgou extinto o processo, na forma do art. 485, VI, do CPC. O Autor apelou (*Index* 000412), afirmando que é deficiente físico e usuário dos serviços de transportes prestados pelo Réu, especialmente a estação ferroviária Augustinho Porto. Acrescenta que tem dificuldade de acesso a plataforma, uma vez que precisa subir e descer escadas, inexistindo no local rampas

de acesso. Observa que a existência de vão entre a plataforma e o trem, dificulta seu embarque. Invoca as Leis nº 10.098/2000 e nº 10.098/2000, de 19/12/2000, bem como o Decreto nº 5.296/2004. Argumenta que o fato de existir interesse coletivo não impede a legitimidade ativa do Autor, configurada em seu interesse individual. Afirma que se trata de direito homogêneo decorrente de origem comum, nos termos do art. 81, parágrafo único, do CDC, não prejudicando a coexistência do direito difuso e coletivo, conforme a previsão do art. 104 do CDC

Em seu recurso, o Ministério Público alega a existência de *error in procedendo*. Sustenta a legitimidade do Autor, ante a previsão do art. 104 do CDC, asseverando a existência de competência concorrente. Pede a anulação da sentença, com a remessa dos autos à instância inferior. Eventualmente, assevera que, caso a demanda esteja madura para julgamento, deve ser observada a legislação pertinente à integração dos deficientes físicos e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Invoca a Convenção das Pessoas com Deficiência, internalizada com status de regra constitucional (art. 5º, § 3º, CRFB/88), pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelo Decreto nº 6.949/09. Ressalta que a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), com fundamento nos arts. 227, § 4 e 244 da CRFB/88, também traz normas referentes à acessibilidade no transporte público das pessoas portadoras de deficiência física. Defende a eficácia cogente das normas da ABNT NBR nº 14.021/2005, decorrente dos arts. 10 e 42, § 1º do Decreto Federal nº 5.296/2004.

Foram apresentadas contrarrazões (*Index* 000461).

A Procuradoria de Justiça (*Index* 000522) opinou pelo provimento parcial do recurso para anulação da sentença e de ofício o sobrestamento do feito, diante da ação civil pública que versa sobre a mesma matéria.

É o relatório. Passo ao voto.

VOTO

Cuida-se de ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, na qual pretende o autor a condenação do réu a obrigação de adaptar a estação de Agostinho Porto às condições de acessibilidade, bem como a reparar o dano moral decorrente.

Os direitos à acessibilidade e a mobilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida são amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio, observe-se a Constituição Federal e a Lei nº 13.146/2015, respectivamente:

> Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, 2º.
>
> Art. 46. O direito ao transporte e à mobilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida será assegurado em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, por meio de identificação e de eliminação de todos os obstáculos e barreiras ao seu acesso.
>
> § 1º Para fins de acessibilidade aos serviços de transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo, em todas as jurisdições, consideram-se como integrantes desses serviços os veículos, os terminais, as estações, os pontos de parada, o sistema viário e a prestação do serviço.
>
> § 2º São sujeitas ao cumprimento das disposições desta Lei, sempre que houver interação com a matéria nela regulada, a outorga, a concessão, a permissão, a autorização, a renovação ou a habilitação de linhas e de serviços de transporte coletivo.

> § 3º Para colocação do símbolo internacional de acesso nos veículos, as empresas de transporte coletivo de passageiros dependem da certificação de acessibilidade emitida pelo gestor público responsável pela prestação do serviço.

No mesmo sentido, é o Decreto nº 6.946/2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, internalizando a regra com status de Emenda Constitucional, como preceitua o art. 5º, § 3º, da CR, *in verbis*:

> 1.A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:
>
> a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;

Por sua vez, o Decreto Federal nº 5.296/04 estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

A simples observações das fotos juntadas aos autos se revelam suficientes a demonstra a impropriedade da Estação Agostinho Porto e as dificuldades que qualquer pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida sofre ao utilizar os trens urbanos.

Como se verifica, o autor é portador de deficiência física, necessitando do transporte público fornecido pela Ré para o acompanhamento de seus tratamentos médicos e para suas atividades cotidianas.

O artigo 5º, XXXV, da Constituição da República prevê o princípio do acesso à justiça, determinando que nenhuma lesão ou ameaça ao direito deixará de ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Ressalte-se que o dispositivo constitucional não faz qualquer limitação ao direto de acesso à justiça, podendo ser ele individual ou coletivo. Neste contexto, é perfeitamente viável que um indivíduo, que sofre uma lesão ao seu direito, ao buscar a tutela judicial de forma individual, produza efeitos coletivos.

De fato, negar ao indivíduo a legitimidade para propor ação de natureza coletiva, quando seu patrimônio diretamente violado, ofende ao princípio constitucional do acesso à Justiça, assim como, ao microssistema de tutelas coletivas, cujo objetivo precípuo é a concretização dos direitos sociais.

In casu, a existência de legitimado para a propositura de ação coletiva não afasta o direito do particular integrante da coletividade de propor ação para a satisfação de seu direito individual homogêneo. Trata-se de legitimidade concorrente e disjuntiva evidenciada do art. 81, do CDC.

Sendo assim, deve ser reconhecida a legitimidade do autor para propor a presente demanda, devendo a sentença ser anulada.

Quanto à suspensão, verifica-se que o Ministério Público, diante da multiplicidade de ações individuais nas quais se discute à acessibilidade nos transportes públicos administrados pela ré, propôs a ação civil pública nº 0167632-82.2019.8.19.0001, objetivando a condenação do Estado e da Supervia à promoção de acessibilidade nos trens, na medida de suas respectivas responsabilidades, nos exatos ditames normativos (normas da ABNT em vigor sobre o tema).

Entretanto, a simples existência de demanda coletiva na qual se discute a mesma matéria não induz, por si só, a suspensão automática das ações individuais, observe-se a determinação do art. 104 do CDC:

> Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Neste sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. SUPERVIA. AUTOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. ACESSIBILIDADE. DECISÃO SANEADORA QUE INDEFERIU A SUSPENSÃO DO PROCESSO E AFASTOU A ILEGITIMIDADE ATIVA DO AUTOR DA DEMANDA. IRRESIGNAÇÃO. ALEGA A PARTE AGRAVANTE A NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO FEITO PARA AGUARDAR O JULGAMENTO DA AÇÃO COLETIVA, BEM COMO A ILEGITIMIDADE ATIVA. DESNECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO PROCESSO. DISTINÇÃO EM RELAÇÃO AO PRECEDENTE VINCULANTE. DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA OU MOBILIDADE REDUZIDA. ACESSIBILIDADE EM ESTAÇÃO FERROVIÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA. DECISÃO MANTIDA. 1. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. A existência de direito coletivo ou difuso de garantia de acessibilidade na estação de trem não afasta a existência do direito individual homogêneo fundamental da parte autora, podendo ser veiculado pelo processo judicial individual no qual se busca adaptações para possibilitar sua locomoção através de transporte público, bem como a devida reparação pelos danos sofridos de forma individual. 3. Trata-se de hipótese que versa sobre legitimidade concorrente e disjuntiva. Cada indivíduo é dotado de direito subjetivo de agir, podendo ingressar com a ação própria postulando tutela individual. Acerca da possibilidade de tramitação simultânea de ação coletiva e individual, versando sobre a mesma matéria, dispõe o artigo 104 do CDC. 4. A invocação da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta é incapaz de justificar a suspensão da ação individual. Isto porque o direito fundamental à acessibilidade no transporte coletivo exige especial proteção, sobretudo quando examinado o princípio da Vedação da Proteção Deficiente, não sendo razoável o retrocesso quanto a tais direitos. 5. O Tema nº 60 fixado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça não ampara a decisão de suspensão desta ação individual, cabendo, portanto, fazer-se a distinção (*distinguishing*), em virtude da inafastável proteção que o ordenamento jurídico pátrio assegura ao direito fundamental que se busca tutelar na ação individual originária. A suspensão, de oficio, mencionada no respectivo tema repetitivo deve ser determinada pelo juízo que processa a ação coletiva e não pelos juízes que processam as ações individuais, sob pena de se inverter a própria lógica de primazia da tutela coletiva. 6. Não ocorrendo até a presente data decisão de suspensão das

ações individuais pelo juízo onde se processa a ação coletiva, não se pode impor ao autor, legitimado ordinário, que busca a efetivação de seu direito fundamental de especial proteção no ordenamento jurídico, que se aguarde uma eventual decisão na lide coletiva. Decisão que indeferiu a suspensão do processo que deve ser mantida. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 0051471-55.2020.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des(a). WILSON DO NASCIMENTO REIS - Julgamento: 29/10/2020 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA. ACESSIBILIDADE. CADEIRANTE. TRANSPORTE COLETIVO. SUPERVIA. ESTAÇÃO DE SANTA CRUZ. SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM ANÁLISE DO MÉRITO PELA ILEGITIMIDADE ATIVA. RECURSO AUTORAL. DIREITO COLETIVO *STRICTO SENSU*. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM ANDAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA PARA DEMANDAR INDIVIDUALMENTE.

A demanda foi proposta por pessoa portadora de deficiência física, com incapacidade permanente de deambular, usuária dos serviços ferroviários prestados pela concessionária ré e que costuma embarcar na estação ferroviária de Santa Cruz para realizar tratamento médico. Pretende que a prestadora de serviço providencie obras de adaptação necessárias à garantia de sua acessibilidade na referida estação, bem como reparação de ordem moral. Trata-se de sentença extintiva de ação individual por ilegitimidade ativa *ad causam*, ao fundamento de que o pleiteado individualmente tem natureza de direito coletivo *stricto sensu*, que, em função de seu caráter transindividual, deve ser tutelado através de ação civil pública, cujos titulares estão estabelecidos no art. 5º, da Lei nº 7.347/85, e no art. 82 da Lei nº 8.078/90.

Em que pese se tratar de direitos difusos e coletivos de todos os usuários do sistema de transporte portadores de deficiência ou com mobilidade reduzida, os graves problemas são enfrentados individualmente pelos cadeirantes, dentre os quais se inclui o apelante, que convive corriqueira e diretamente com os obstáculos e as barreiras ao seu acesso. O direito em litígio se encontra em zona que ora pode ser interpretado como direito coletivo *stricto sensu* e ora individual homogêneo. Assim, mesmo diante do ajuizamento de ação civil pública para defesa do coletivo de pessoas com dificuldades de acesso às estações do sistema de transporte ferroviário de passageiros, o autor, titular de direito individual homogêneo, não pode ser compelido a ficar à espera de desfecho definitivo da ação coletiva intentada para persecução de seu direito subjetivo e pessoal a terminal acessível e seguro, impondo-se o reconhecimento da sua legitimidade ativa *ad causam* para demandar individualmente.

CONHECIMENTO e PROVIMENTO da apelação para ANULAR a sentença, com o prosseguimento do feito. 0022107-48.2019.8.19.0202 – Apelação Des(a). CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA - Julgamento: 12/05/2020 - Oitava Câmara Cível

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ACESSIBILIDADE EM ESTAÇÃO DE TREM. USUÁRIA PORTADORA DE DFICIÊNCIA FÍSICA E MENTAL. INTERESSE COLETIVO QUE NÃO AFASTA O INDIVIDUAL. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. PRÉDIO PÚBLICO. OBRIGAÇÃO DE PROCEDER A ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS PREVISTAS EM LEI ESPECÍFICA. Recurso de apelação interposto por passageira infante e portadora de deficiência física e mental de sentença que, considerando ser hipótese de ajuizamento de ação coletiva, julgou extinto sem julgamento de

mérito pedido de condenação e concessionária do serviço de transporte ferroviário de passageiros proceder às adaptações necessárias à garantia de acessibilidade na Estação do Município de São João de Meriti.

1. Não contestadas as assertivas de que as autoras, infanta portadora de deficiência e sua mãe, usuárias do serviço de transporte ferroviário de passageiros diariamente em razão de necessário tratamento médico, dependem da ajuda de outros usuários e por vezes são obrigadas a se arrastarem pelas escadarias de estação de trem não dotada de adaptação razoável, é inconteste a legitimidade ativa ad causam e o interesse de agir.

2. O fato de haver interesse coletivo não afasta a existência de interesse individual da parte autora, portadora de necessidades especiais, e da genitora, em obter providências que melhorem as condições pessoais de vida da menor, em especial, a acessibilidade no transporte público.

3. Em se tratando de edificação provado com acesso ao público, decorre de lei específica a obrigação de imediata realização de adaptações razoáveis hábeis a garantir acessibilidade e o direito fundamental de mobilidade à usuária portadora de deficiência (Lei nº 13.146/15, art. 57).

4. Recurso ao qual se dá provimento. 0228110-90.2018.8.19.0001 – Apelação Des(a). FERNANDO FOCH DE LEMOS ARIGONY DA SILVA - Julgamento: 02/12/2020 - Terceira Câmara Cível

Por tais fundamentos, dá-se provimento aos recursos para anular a sentença, determinando o prosseguimento do feito.

RIO DE JANEIRO, 05 DE MAIO DE 2021.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES
RELATORA

ALUNO DE ENSINO FUNDAMENTAL COM DEFICIÊNCIA AUTISTA. NECESSIDADE DE INTÉRPRETE HABILITADO NA LINGUAGEM DE SINAIS. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE DE MUNICÍPIO. ALUNO DE ENSINO FUNDAMENTAL COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA. NECESSIDADE DE INTÉRPRETE HABILITADO NA LINGUAGEM DE SINAIS (LIBRAS). SENTENÇA QUE DEFERIU A TUTELA ANTECIPADA E A TORNOU DEFINITIVA, JULGANDO PROCEDENTE O PEDIDO CONTIDO NA INICIAL PARA DETERMINAR QUE O RÉU, NO PRAZO MÁXIMO DE 30 DIAS, PROCEDA À CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL TRADUTOR E INTÉRPRETE DE LIBRAS, PARA PRESTAR ACOMPANHAMENTO INDIVIDUALIZADO AO AUTOR, SEM QUALQUER ÔNUS PARA ESTE, DURANTE TODAS AS AULAS DO CURSO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO, CONDENANDO O RÉU AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM 10% (DEZ POR CENTO) DO VALOR DA CAUSA E DA TAXA JUDICIÁRIA. RECURSO DO MUNICÍPIO RÉU REQUERENDO A IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS E, ALTERNATIVAMENTE, A EXCLUSÃO DA MULTA COMINATÓRIA E DA TAXA JUDICIÁRIA. RECURSO QUE NÃO MERECE PROSPERAR.

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, EM SEU ARTIGO 208 E SEGUINTES E NO ARTIGO 227, INCISO II, INSTITUI COMO DEVER DO ESTADO E DA INICIATIVA PRIVADA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS ESPECIALIZADOS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA, PREFERENCIALMENTE, NA REDE REGULAR

DE ENSINO. EM SE TRATANDO DO ATENDIMENTO EDUCACIONAL AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA, DEVEM SER OBSERVADAS TAMBÉM AS NORMAS DAS LEIS Nº 9.394/96 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL, Nº 10.436/2002 (QUE DISPÕE SOBRE A LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS), Nº 13.146/15 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA) E, AINDA, A RECENTE LEI Nº 14.191/21 (QUE ALTEROU A LEI Nº 9.394/96, QUE DISPÕE SOBRE A MODALIDADE DE EDUCAÇÃO BILÍNGUE DE SURDOS). ESSA LEGISLAÇÃO FOI EDITADA JUSTAMENTE PARA GARANTIR O DIREITO À IGUALDADE ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PROMOVENDO, ASSIM, UMA EDUCAÇÃO INCLUSIVA. O ESTADO DEVE ASSEGURAR INTÉRPRETE AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA, SEMPRE QUE NECESSÁRIO. NO CASO EM EXAME, O AUTOR COMPROVOU TER PERDA AUDITIVA NEUROSSENSORIAL BILATERAL E A NECESSIDADE DE LHE SER DISPONIBILIZADO UM INTÉRPRETE/PROFESSOR DE Libras EM SALA DE AULA, A FIM DE DESENVOLVER SUA LINGUAGEM E APRENDIZADO. INDENE DE DÚVIDAS A OBRIGAÇÃO LEGAL DO MUNICÍPIO RÉU EM FORNECER PROFISSIONAL TRADUTOR E INTÉRPRETE DE Libras PARA O AUTOR. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NORMA INSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES. PRESERVAÇÃO DA EDUCAÇÃO QUE DEVE PREVALECER SOBRE AS NORMAS QUE TRAÇAM REGRAS AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL À EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE AFRONTA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUE DISCIPLINAM O DIREITO À EDUCAÇÃO SÃO CONSIDERADAS DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. NESSE QUADRO, HAVENDO PREVISÃO LEGAL PARA AUXÍLIO TÉCNICO DE PROFISSIONAL CAPACITADO, NOS TERMOS DOS ARTIGOS 28, INCISO XI DA LEI Nº 13.146/15 E 60-A, § 1º DA LEI Nº 14.191/21, FAZ JUS O AUTOR A SER ACOMPANHADO POR PROFISSIONAL MEDIADOR/INTÉRPRETE NA INSTITUIÇÃO DE ENSINO NA QUAL SE ENCONTRA MATRICULADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER QUE DEVE SER MANTIDA, VEZ QUE TEM COMO FINALIDADE DAR EFETIVIDADE A OBRIGAÇÃO DE FAZER ESTABELECIDA. EM RELAÇÃO À TAXA JUDICIÁRIA, DISPÕE O ARTIGO 17, INCISO IX DA LEI Nº 3.350/99, QUE O MUNICÍPIO GOZA DE ISENÇÃO LEGAL QUANTO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS JUDICIAIS, QUE NÃO ALCANÇA A TAXA JUDICIÁRIA, DE ÍNDOLE E FATO GERADOR DIVERSOS DAQUELAS. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 145 DA SÚMULA DESTE TRIBUNAL. TAXA JUDICIÁRIA DEVIDA, SENTENÇA MANTIDA.

DESPROVIMENTO DO RECURSO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS MAJORADOS EM 2% (DOIS POR CENTO), NA FORMA DO ARTIGO 85, § 11º DO CPC/15.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da presente Apelação Cível, em que é Apelante o Municipio de São Francisco de Itabapoana e Apelado V.G.P. dos S.,

Acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade/por maioria, em conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo réu, Município de São Francisco de Itabapoana, à sentença da Vara Única Cível da Comarca de São Francisco do Itabapoana, da lavra da MM Juíza Vania Mara Nascimento Goncalves, integrante do Grupo de Sentenças, nos autos

de ação de obrigação de fazer ajuizada por Victor Gomes Pereira dos Santos.

Na forma do permissivo regimental, adota-se como relatório a sentença do Juízo de origem (indexador 151), assim proferida:

" V.G.P. dos S. rep/p/s/genitora F.G.M., ajuíza ação em face do Município de São Francisco de Itabapoana, requerendo tutela antecipada a fim de que seja determinado ao réu que, no prazo de 30 dias, proceda à contratação de profissional tradutor e intérprete de Libras, para prestar acompanhamento individualizado ao autor, sem qualquer ônus, durante todas as aulas do curso, sob pena do pagamento de multa diária, tornando-a definitiva. Requer a condenação a ministrar o devido acompanhamento de profissional tradutor e intérprete de Libras nas aulas que não contarem com o referido profissional. Alega o autor ser deficiente auditivo frequentando a Escola Salvino da Silva Arruda, encontrando dificuldades para continuar os estudos vez que a ré se recusa a disponibilizar profissional tradutor e intérprete de Libras. A f. 38, deferida a gratuidade de justiça e determinando-se a manifestação do réu, em 72 horas, sobre a tutela de urgência e a vinda de informações sobre a política pública em questão. A f. 54, manifestação do réu, informando que a tutela não poderia ser deferida, uma vez que o autor não faz uso das Libras, por isso, inicialmente, seria necessário aprender o vocabulário no AEE (Atendimento Educacional Especializado). Acompanha a manifestação, cópia de ofício da Secretaria Municipal de Educação, informando que o município não possui profissionais bilíngues ou escolas bilíngues, até que seja feita a capacitação dos profissionais da rede de educação. Informa, ainda, a realização de entrevistas com profissionais capazes a fazer a mediação escolar e atendê-lo em Libras. A f. 62/67, contestação tempestiva, acompanhada do documento de f. 68, na qual, alega, em síntese, que não há professores bilíngues no quadro de servidores municipais ou escolas bilíngues, que estão trabalhando para que seja possível capacitar em Libras os profissionais do quadro e que o autor não faz uso de referida língua. Manifesta-se, ainda, quanto à discricionariedade administrativa e a separação dos poderes, alegando que medidas que impliquem em aumento de gastos financeiros trariam prejuízo às despesas consideradas "básicas", sendo o município, pobre, tendo constantemente que remanejar e realocar seus recursos limitados e finitos. Requer, ao fim, a improcedência do pedido. Réplica a f. 75/79, afirmando que o autor faz uso da língua de sinais, somente necessitando de interprete. Despacho a f. 81, determinando o encaminhamento do autor ao AEE-Atendimento Educacional Especializado, com o fim de inserção nos sinais. Laudo a f. 95, demonstrando a importância do acompanhamento por profissional habilitado no ensino de Libras para o desenvolvimento da criança. Ofício da Secretaria Municipal de Educação, informando quanto ao atendimento no AEE-Atendimento Educacional Especializado. Manifestação da parte autora, a f. 114/116 e 120/122. Despacho a f. 132, deferindo a produção de prova documental suplementar. Manifestação final da parte autora, f. 137, pelo julgamento antecipado da lide e a procedência do pedido inicial. Intimado a f. 138, o réu manteve-se silente, conforme certificado a f. 139. Parecer final apresentado pelo Ministério Público a f. 145, pugnando pelo deferimento do pedido. Decisão determinando a remessa para o grupo de sentença. É O RELATÓRIO. DECIDO.

O feito encontra-se maduro para decisão, posto que, não há necessidade de outras provas a serem produzidas em audiência, mister, portanto, aplicar o artigo 355, I, do Código de Processo Civil. Quanto à preliminar de ferimento ao

Princípio da Separação dos Poderes, decerto que, embora o Judiciário não possa invadir a discricionariedade sob pena de ferir o Princípio da Separação dos Poderes, temos que, nos casos, como os do presente feito, não há violação. Com efeito, sob a ótica do direito constitucional contemporâneo, respaldado na Constituição Cidadã de 1988, alçaram os princípios o topo da normatividade nacional e, segundo eles, embora não seja o Poder Judiciário competente para apreciar o mérito administrativo, dele não prescinde a análise e aferição da razoabilidade, da legalidade, impessoalidade, da isonomia e dos demais princípios que norteiam o ato administrativo. Não há como ignorar o não cumprimento pelos entes públicos das garantias fundamentais previstas na Constituição, sendo certo, que cabe ao Judiciário efetivar, através da tutela jurisdicional, os direitos constitucionais, seja de primeira, segunda ou terceira geração, dos cidadãos que são devidos (e não cumpridos) pelos entes públicos. Decerto que a omissão do ente público no cumprimento de seu dever constitucional de garantir a saúde aos governados não pode passar despercebida pelo Poder Judiciário, que tem a função social e constitucional de assegurar o direito a quem é de direito, razão pela qual a decisão de tutela antecipada não violou a tripartição de poderes. Assim, rejeito a preliminar arguida. No mérito, o feito merece acolhida, senão vejamos: O autor é portador de deficiência auditiva e não está recebendo do Município réu atendimento educacional satisfatório, pois não há na rede municipal profissional tradutor/intérprete de Libras. O Município réu, informou que não há professores bilíngues no quadro de servidores municipais ou escolas bilíngues, e que estão trabalhando para que seja possível capacitar em Libras os profissionais do quadro e que o autor não faz uso de referida língua. Quanto ao fato de o autor não fazer uso de Libras, foi determinado o atendimento e acompanhamento em local especializado indicado pelo réu. A lide versa sobre responsabilidade por falha na prestação de serviço educacional, em razão do descumprimento de uma oferta consistente na disponibilização de um intérprete de Libras, para pessoa portadora de necessidades especiais (deficiência auditiva), devendo a hipótese ser observada pelo prisma da Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A responsabilidade do réu é objetiva, só podendo ser excluída se provar a ausência de vício no serviço prestado. Como se sabe, a educação inclusiva tem por princípio o reconhecimento e a valorização das diferenças humanas o que requer das escolas/universidades ambientes com condições de garantir acesso, participação, interação e autonomia para todos os discentes. Acolher as diferenças é fazer da instituição um espaço em que ninguém se sinta excluído. Neste sentido, conforme preconiza o art. 27 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem, sendo dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação. Analisando o processo e todo o acervo probatório documental existente, verifico que o autor logrou êxito em fazer a prova mínima do seu direito. Como se vê, este é portador de surdez, e sem o auxílio de um profissional tradutor e intérprete de Libras, o autor ficará alijado do acesso pleno à educação básica, impossibilitado de acompanhar em igualdade de condições com os demais alunos, as

aulas do referido curso, o que prejudicará seu sadio e ideal desenvolvimento educacional, podendo acarretar graves danos neurológicos e psicológicos ao autor, conforme laudo juntado aos autos. Ademais, o autor vem sendo submetido a grande constrangimento, sentindo-se deslocado e discriminado diante das dificuldades para acompanhar as aulas do curso, por falta da presença de um profissional habilitado para auxiliá-lo. Na hipótese, resta evidenciado que o exercício do direito do autor vem sendo obstado injustamente pela inércia do réu. Com efeito, a educação é obrigação do Estado (*lato sensu*), e a Constituição Federal assegura à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, este direito, consoante dispõe os art. 205, 206, 208 e 227. - Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. - Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; - Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (...) III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; A norma constitucional insculpida no art. 227 da Carta Magna, agasalha a proteção integral da criança e do adolescente, garantindo lhes direitos que vão além daqueles que já possuem como sujeitos de direitos fundamentais a todos conferidos, em virtude da sua condição especial de pessoa em desenvolvimento. - Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Nesse mesmo sentido, versam os artigos 3 e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, *litteris*: - Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. - Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, o esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 53 e 54, reforçam este direito. O primeiro assegura igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. O segundo impõe como dever do Estado o direito à educação, notadamente aos portadores de necessidades especiais, *in verbis*: - Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; - Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino .... E, finalmente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) nos en-

sina: - Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino. Portanto, é de se concluir que a educação, além de direito fundamental, é direito público subjetivo da criança, prioridade da prioridade absoluta, dever do Poder Público, e que, portanto, não pode ser sonegado sob nenhum pretexto. Para que se garanta o princípio republicano da dignidade da pessoa humana, não há argumento que possa afastar a densificação desse direito sagrado do cidadão e, em especial, do ser humano em desenvolvimento. A obrigação do Poder Público no fornecimento do ensino fundamental obrigatório possui raízes constitucionais, já que elencada nos art. 208 e 227 da Carta Magna. A educação como obrigação do Poder Público pode ser averiguada nas três gerações de direitos, sendo que a sua efetivação representa o amadurecimento do Estado Democrático, que não mais limita-se à proteção dos direitos individuais e sociais, mas também, daqueles que visam ao pleno desenvolvimento do ser humano e que, por via de consequência, acabam por conformar os direitos fundamentais do cidadão. Nesse aspecto, o Estado deixa de apenas respeitar os limites individuais para assumir um caráter prestacional na efetivação do direito. Nesse sentido, forçoso reconhecermos que a simples matrícula do autor em um dos estabelecimentos de ensino públicos não revela o cumprimento do dever constitucional do Município, uma vez que a ausência de fornecimento de atendimento especializado de que necessita o autor representa verdadeiro inadimplemento substancial da obrigação de trato sucessivo que cabe ao réu. Ora, nesse caso, apenas permitir que o demandante frequente às aulas sem qualquer auxílio individualizado é o mesmo que não matriculá-lo em nenhum estabelecimento de ensino, já que o acompanhamento especializado é fator determinante no aprendizado do autor. Assim, observa-se que não cabe ao administrador municipal escolher entre prestar ou não o serviço questionado, pois é seu dever fazê-lo, dever que está estabelecido na Constituição Federal, Lei Federal e Constituição Estadual (conforme dessume-se dos autos). Portanto, não resta dúvida de que se trata de atividade vinculada. Todos os Poderes do Estado devem ser submeter à lei. Assim, estando as condutas administrativas submetidas à lei, o administrador deve cumprir o mandamento da prioridade absoluta proclamado pelo legislador menoril. A discricionaridade - conveniência e oportunidade - não permite que o administrador se afaste deste comando constitucional. Ressalte-se que não há que se falar na ingerência do Poder Judiciário frente ao Executivo, porquanto se trata de aferição acerca do cumprimento de exigência estabelecida em lei, constituída em dever administrativo, que, de outra ponta, revela um direito assegurado ao menor de ver-se assistido pelo Estado. Portanto, não se está determinando a implantação de um serviço, o qual já existe, e sim sua continuidade e prestação eficiente. Note-se que no laudo de f. 95, a Equipe do HC afirma que; " Acreditamos que somente com uso do implante coclear não será possível desenvolver a linguagem esperada, e o aprendizado das Libras (Lingua Brasileira de Sinais) será fundamental para ajudá-la neste desenvolvimento. É de extrema importância que V. frequente uma escola regular para o desenvolvimento da linguagem oral e um interprete em sala de aula para que possa ser desenvolver e aprender Libras e ser acompanhado por profissionais capacitados, para aprender os sinais". Ficou evidente que o autor ficou prejudicado em função da

ausência de professor/tradutor/intérprete especializado ao autor, o que violou frontalmente a legislação em vigor, notadamente os artigos 8º e incisos da Resolução CNE/CEB 2 de 2001 que institui diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica. Os dispositivos contidos na Magna Carta e nas Leis infraconstitucionais não são meras normas programáticas, mas normas constitucionais dotadas de plena eficácia, com aplicação prática, na medida em que se encontra em jogo a qualidade de vida e o direito à educação e convivência social da crianças e adolescentes. Outrossim, o TJ é no sentido do fornecimento de professores especializados. Neste sentido: 0053728-90.2010.8.19.0004 - Apelação -1ª Ementa Des. MONICA COSTA DI PIERO - Julgamento: 25/06/2015 - Oitava Câmara Cível APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO ESPECIAL AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA, SENSORIAL OU MENTAL. INEXISTÊNCIA DE ESCOLA ESPECIALIZADA NA REDE PÚBLICA DE ENSINO. NECESSIDADE DE O PODER PÚBLICO GARANTIR SUA EFETIVAÇÃO, MEDIANTE A ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Cuida-se de ação de preceito cominatório ajuizada pelo Ministério Público visando compelir o Município de São Gonçalo a fornecer de forma ininterrupta escola especial e atendimento médico ao adolescente M.A.M. 2. A Constituição Federal (art. 227) dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. 3. O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas de criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. 4. Na forma do art.11, § 1º e art. 54, III, ambos do ECA, a criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado, assim como atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. 5. Estando o direito à educação capitulado como essencial ao desenvolvimento do menor, se afigurando um direito subjetivo da criança, compete ao poder público garantir sua efetivação, mediante a adoção de políticas públicas capazes de atender a população menos favorecida, assegurando, notadamente, o acesso à escola especializada aos portadores de deficiência. 6. A dignidade da pessoa humana se constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, servindo de parâmetro de interpretação e orientação para todo o ordenamento jurídico. 7. É certo que, os direitos prestacionais materiais estão sujeitos à existência de recursos públicos para satisfazê-los, encontrando-se dependentes da conjuntura econômica vigente no momento, estando, assim, submetidos à reserva do possível, de forma a impedir a imediata efetivação do comando inserido no texto constitucional. 8. Em nenhuma hipótese, o interesse econômico-financeiro do Estado poderá suplantar o direito a uma vida digna. 9. A cláusula de reserva do possível não pode conduzir à ineficácia dos direitos sociais, sendo imperiosa a necessidade de preservação da integridade e

intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial necessário a uma existência digna e à própria sobrevivência do indivíduo. 10. Comprovado no curso do feito a inexistência de instituição que possibilite a preferência no que tange à rede regular de ensino e que, na espécie, não é possível a frequência do adolescente em classe comum, não possuindo a família subsídios para arcar com os custos do ensino especializado, não fornecido pelo Poder Público, deve ser mantida a sentença a fim de que o Município suporte o pagamento das mensalidades da escola especial indicada na inicial. 11. Devem ser mantidos os horários advocatícios, eis que estabelecidos na forma do art. 20, § 4º, do CPC, levando em conta a análise do grau de zelo do advogado, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o tempo exigido para o serviço (§ 3º). 13. Recurso ao qual se nega seguimento e manutenção da sentença em sede de reexame necessário. Ed no Agravo de Instrumento nº 0042332-94.2011.8.19.0000 - Sexta Câmara Cível Embargos de declaração no Agravo de Instrumento nº 0042332-94.2011.8.19.0000 Embargante: Estado do Rio de Janeiro Procuradora do Estado: Doutora Patrícia Claudia Damous de Moraes Embargado: Ministério Público Relator: Desembargador NAGIB SLAIBI. ACÓRDÃO. Direito Processual Civil. Embargos de Declaração. Omissão. Prequestionamento de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais suscitados ao longo do processo: ausência dos requisitos para a concessão da liminar; inaplicabilidade do Decreto Federal nº 6.571/2008; violação ao princípio constitucional da separação de poderes; violação do orçamento, a fim de ingressar nas instâncias extraordinárias. Ação Civil Pública. Direito à educação. Psicopedagogia. Adolescente portadora de déficit de atenção, comprometimento da memória auditiva e atraso de desenvolvimento. Município de Teresópolis. Atendimento educacional especializado. Implementação de sala de recursos multifuncionais que atenda a rede estadual de ensino. Precedentes deste Tribunal citados: 0014883-47.2005.8.19.0203 - Apelação - 1ª Ementa - Des. CELSO PERES - Julgamento: 13/07/2011 - Décima Câmara Cível; 0024631-57.2010.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. HORÁCIO S. RIBEIRO NETO - Julgamento: 14/09/2010 - Quinta Câmara Cível; 0001648-28.2008.8.19.0067 (2009.009.00412) - Reexame Necessário - 1ª Ementa - Des. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 09/06/2009 - Nona Câmara Cível; 0043277-96.2002.8.19.0000 (2002.001.28421) - Apelação - 1ª Ementa - Des. FABRÍCIO BANDEIRA FILHO - Julgamento: 16/01/2003 - Décima Sétima Câmara Cível. O enfoque jurídico dado pelo v. acórdão foi suficientemente claro, não se vislumbrando omissão a ser sanada, tendo o acórdão impugnado abordado todos os pontos relevantes para a solução do conflito. Verifica-se imprestável a via declarativa para o atendimento da pretensão do ora embargante; outrossim, não é demais lembrar que os declaratórios não se prestam para questionamentos, mas para dirimir omissões, obscuridades ou contradições, tampouco servem para alterar a decisão, ressalvada a hipótese do excepcional efeito infringente, que *in casu* não se ostenta razoável. Pretensão de efeitos modificativos. Impossibilidade. Cognição restrita à omissão, contradição e obscuridade do acórdão. Precedentes: STF, 1ª Turma, REED nº 255.071/SP, Min. MOREIRA ALVES; STF, 2ª Turma, AGAED nº 265.905, Min. CELSO DE MELLO. Rejeição dos embargos. Ed no Agravo de Instrumento nº 0042332-94.2011.8.19.0000 - 0014883-47.2005.8.19.0203 - Apelação - 1ª Ementa - Des. CELSO PERES - Julgamento: 13/07/2011 - Décima Câmara Cível ALUNO PORTADOR DE DISLEXIA ESTABELECIMENTO DE ENSINO FALTA DE ATENDIMENTO ESPECIALIZADO Ed no Agravo de Instrumento nº 0042332-

94.2011.8.19.0000 - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DANO MORAL *IN RE IPSA* Apelação cível. Controvérsia entre aluna portadora de dislexia e estabelecimento escolar. Falta de atendimento especializado, necessário a garantir à criança pleno acesso ao direito constitucional à educação. Responsabilidade objetiva fundada em relação de consumo. Fornecedora de serviços que não atuou com o cuidado necessário, disponibilizando atendimento especializado a sanar as dificuldades de aprendizado e compreensão da autora, sendo evidente que seu mau desempenho escolar, e consequente desestímulo quanto aos estudos, foram fruto de falha na prestação dos serviços. Dislexia que não é causa impeditiva de que a criança frequente uma escola normal, devendo a instituição de ensino dispor de meios próprios para lidar com o problema. Tratamento diferenciado no momento da entrega das provas, bem como os baixos resultados em tais avaliações, fruto de um acompanhamento educacional indevido, que em muito superam o mero aborrecimento. Dano moral *in re ipsa*. Valor indenizatório arbitrado em R$ 10.000,00 (dez mil reais) que se adéqua aos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como às peculiaridades do caso. Apelo improvido. Ementário: 44/2011 – Nº 4 - 10/11/20110024631-57.2010.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. HORÁCIO S. RIBEIRO NETO - Julgamento: 14/09/2010 - Quinta Câmara Cível ALUNO ESPECIAL DEFICIÊNCIA AUDITIVA CURSO PRÉ-VESTIBULAR COMUNITÁRIO AUSÊNCIA DE INTÉRPRETE DIREITO SUBJETIVO GARANTIA CONSTITUCIONAL Agravo de Instrumento. Direito Público Subjetivo. Deficientes auditivos. Garantia de intérprete em curso oferecido pelo Poder Público. Recurso parcialmente provido. 1. Toda vez que a Constituição Federal assegura um direito público subjetivo, cede a teoria da reserva do possível, não havendo violação ao Princípio da Separação de Poderes. 2. Se a Constituição cria um direito público subjetivo à educação, assegurando, especificamente, aos portadores de deficiência atendimento educacional especializado, não pode o Estado furtar-se ao cumprimento da obrigação constitucional. 3. Por outro lado, ao impor tal obrigação ao Estado, que decorre da norma constitucional, não está o Poder Judiciário administrando, violando o princípio da separação de poderes. 4. Ao contrário, está compondo o conflito intersubjetivo e, portanto, cumprindo sua missão institucional. 5. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.

Assim, presentes os requisitos do artigo 300 do CPC, DEFIRO a antecipação da tutela para determinar que o réu, no prazo máximo de 30 dias, proceda à contratação de profissional tradutor e intérprete de Libras, para prestar acompanhamento individualizado ao autor, sem qualquer ônus, durante todas as aulas do curso, sob pena do pagamento de multa diária em caso de descumprimento.

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, tornando definitiva a tutela concedida, para que, no prazo máximo de 30 dias, o réu proceda a contratação de profissional tradutor e intérprete de Libras, para prestar acompanhamento individualizado ao autor, sem qualquer ônus, durante todas as aulas do curso que não contarem com o referido profissional, sob pena do pagamento de multa diária a ser estabelecida pelo Juízo em caso de descumprimento. Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor da causa, em consonância ao art. 85, §§ 2º e 3º, I do CPC. Sem custas judiciais, ante a isenção legal prevista no artigo 17, IX e § 1º da Lei Estadual nº 3.350/99. No entanto, condeno o réu ao pagamento da taxa judiciária (Enunciado 42 do FETJ e verbete nº

145 da Súmula do TJRJ). Deixo de determinar a remessa necessária, uma vez que o presente feito se insere na hipótese do art. 496, § 3º, inciso III, do CPC. P.I."

Inconformado, o Município réu interpõe o presente recurso de apelação (indexador 182), requerendo a improcedência dos pedidos. Alternativamente, requer a exclusão da multa cominatória e da taxa judiciária.

Em suas razões, alega que o autor ainda não possui conhecimento da língua de sinais, sendo necessária a introdução inicial para, somente após, ser possível ser acompanhado de um profissional mediador, como pode ser verificado no ofício expedido pela Secretária Municipal de Educação e Cultura. Sustenta o Município réu que o aluno a partir do segundo semestre de 2017 passou a ter aula de Libras oferecida pela Secretaria Municipal de Educação e Cultura do Município de São Francisco de Itabapoana, mas por não usar no dia a dia acaba esquecendo os sinais, apresentando resistência a usá-la, motivo pelo qual é importante que a família também aprenda.

Argumenta que não se justifica obrigar o Município de São Francisco de Itabapoana a contratar profissional com conhecimento de Libras no seu quadro de servidores, considerando que referida medida implica em aumento de gastos financeiros. Assevera que não cabe ao Poder Judiciário eleger prioridades administrativas e, assim, interferir na administração das verbas municipais ao determinar a forma de dispêndio público, com prejuízo das políticas públicas já adotadas, sem indicação de verba orçamentária própria. Afirma que houve afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, consubstanciado no artigo 2 da Carta Magna, pois não se pode deslocar para o Poder Judiciário hipóteses que envolvam opções administrativas, alargando sua competência para abarcar funções e atribuições que não são as suas.

Defende que a fixação de multa cominatória atenta contra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como o da equidade e ressalta a sua ilegalidade ou, ao menos, sua desnecessidade e inutilidade, razão pela qual requer seja afastada a incidência de astreintes eventualmente arbitradas. Por fim, sustenta que o Município goza de isenção legal, nos termos do art. 17, IX, da Lei Estadual nº 3.350/99, pelo que deve ser excluída a sua condenação ao pagamento dessa mencionada taxa.

Contrarrazões do autor em prestígio ao julgado (indexador 198).

Parecer da Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso (indexador 220).

É o relatório.

VOTO

OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS ESTÃO PRESENTES, O QUE AUTORIZA O CONHECIMENTO DOS PRESENTES RECURSOS.

- DOS FATOS

CUIDA-SE DE AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER AJUIZADA POR V V.G.P. DOS S., MENOR REPRESENTADO POR SUA MÃE, F.G.M. EM FACE DO MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DE ITABAPOANA, OBJETIVANDO QUE O RÉU PROCEDA À CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL TRADUTOR E INTÉRPRETE DE LIBRAS PARA PRESTAR ACOMPANHAMENTO INDIVIDUALIZADO AO AUTOR NA ESCOLA SALVINO DA SILVA ARRUDA ONDE ESTUDA.

Relata a inicial que o menor V.G.P. dos S., nascido em 08/07/2011, possui perda auditiva neurossensorial bilateral em grau profundo e, mesmo tendo se submetido a uma cirurgia para

implante coclear, necessita que lhe seja disponibilizado um intérprete/professor de Libras em sala de aula, a fim de desenvolver sua linguagem e aprendizado (f. 19/20 – indexador 0019).

A sentença ora impugnada deferiu a tutela antecipada e a tornou definitiva para determinar que o réu, no prazo máximo de 30 dias, proceda à contratação de profissional tradutor e intérprete de Libras, para prestar acompanhamento individualizado ao autor, sem qualquer ônus, durante todas as aulas do curso, sob pena do pagamento de multa diária em caso de descumprimento, julgando procedente o pedido contido na inicial, condenando o réu ao pagamento de honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa, em consonância ao art. 85, §§ 2º e 3º, I do CPC e da taxa judiciária.

Com efeito, cinge-se a controvérsia recursal à análise se o autor faz jus ao auxílio pedagógico através de acompanhamento por intérprete em Libras. Ainda à análise do cabimento de condenação do Município ao pagamento de multa em caso de descumprimento da obrigação de fazer e da taxa judiciária.

Recurso que não merece prosperar.

- DO MÉRITO:

COMO É CEDIÇO, O TEXTO CONSTITUCIONAL ASSEGURA QUE A EDUCAÇÃO É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO E DA FAMÍLIA, DEVENDO SER GARANTIDA UMA EDUCAÇÃO DIGNA, GRATUITA, PÚBLICA E DE QUALIDADE, SENDO ESTE CONSIDERADO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO A TODOS OS CIDADÃOS. VEJAMOS:

> 3
>
> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Além disso, a Constituição da República, em seu artigo 208 e seguintes, institui como dever do estado e da iniciativa privada na prestação de serviços educacionais prestar o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente, na rede regular de ensino, senão vejamos:

> "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
>
> I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
>
> II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
>
> III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;"

Nesse sentido também é o artigo 227 da Constituição que, no § 1º, inciso II, dispõe:

> "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

(..)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação."

Em se tratando do atendimento educacional aos portadores de deficiência, além desses artigos mencionados da Constituição, existem leis específicas, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), especialmente em seus artigos 4º, 58 e 59, a Lei nº 10.436/2002 (que dispõe sobre a língua brasileira de sinais), a Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), editadas para garantir o direito à igualdade presente na Constituição Federal, promovendo, assim, uma educação inclusiva.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96), especialmente em seus artigos 4º, 58 e 59, a Lei nº 10.436/2002, dispõe:

"Art. 4º: O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino;"

"Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial."

"Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

(...)

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;"

Cabe destacar que, recentemente, foi promulgada a Lei nº 14.191/21 que alterou a Lei nº 9.394/96, para dispor sobre a modalidade de educação bilíngue de surdos:

Art. 60-A. Entende-se por educação bilíngue de surdos, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida em Língua Brasileira de Sinais (Libras), como primeira língua, e em português escrito, como segunda língua, em escolas bilíngues de surdos, classes bilíngues de surdos, escolas comuns ou em polos de educação bilíngue de surdos, para educandos surdos, surdo-cegos, com deficiência auditiva sinalizantes, surdos com altas habilidades ou superdotação ou com outras deficiências associadas, optantes pela

modalidade de educação bilíngue de surdos.

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio educacional especializado, como o atendimento educacional especializado bilíngue, para atender às especificidades linguísticas dos estudantes surdos esse contexto, a formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio, aplica-se obrigatoriamente às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino.

A Lei nº 13.146/15, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), em seu art. 27, que a educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, assim dispõe:

"Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação."

Nessa linha, o art. 28, da citada lei dispõe que incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações. Vejamos:

"Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida; II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena; III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia; IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

(...)

XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;"

Pois bem, no caso concreto, o autor comprovou ter perda auditiva neurossensorial bilateral em grau profundo e a necessidade de lhe ser disponibilizado um intérprete/professor de Libras em sala de aula, a fim de desenvolver sua linguagem e aprendizado (f. 19/20 – indexador 0019).

Logo, indene de dúvidas de que o autor, a

fim de possa compreender, de forma adequada e eficiente, o conteúdo das aulas ministradas na escola em que foi matriculada, necessita da disponibilização de profissional intérprete e tradutor, o qual cumprirá a missão de mediador da comunicação entre o aluno surdo e o contexto educativo.

Outrossim, não remanesce dúvidas no tocante à obrigação legal do Município réu em fornecer profissional tradutor e intérprete de Libras para o autor, à luz do direito fundamental à educação e formação em igualdades de condições, com tratamento inclusivo.

Ressalte-se que a discricionariedade administrativa deve observar os princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual tem-se admitido o controle jurisdicional da atividade administrativa, mesmo que discricionária, desde que se trate de um controle de juridicidade, sem que daí resulte qualquer violação à norma instituidora da "separação de poderes" estabelecida pelo art. 2º da CRFB.

Em relação à alegação do Município de falta de previsão orçamentária, insta salientar que, no conflito de normas constitucionais, entre aquelas que determinam a preservação da educação do indivíduo e aquelas que traçam regras à execução orçamentária, devem prevalecer as primeiras, sob pena de se negar a dignidade da pessoa humana.

No tocante ao princípio da reserva do possível, frise-se que a jurisprudência já é pacífica no sentido de que, neste tema, a questão orçamentária é de menos importância, porque releva sobre ela o direito à educação do menor.

Indubitável que as normas constitucionais que disciplinam o direito à educação são consideradas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, produzindo efeitos jurídicos, com o efetivo exercício e gozo, indispensáveis para o pleno desenvolvimento da pessoa.

Nesse quadro, havendo previsão legal para auxílio técnico de profissional capacitado, nos termos dos artigos 28, inciso XI da Lei nº 13.146/15 e 60-A, § 1º da Lei nº 14.191/21, faz jus o autor a ser acompanhado por profissional mediador/intérprete na instituição de ensino na qual se encontra matriculado.

Assim, impõe-se a manutenção da sentença que determinou ao Município réu a contratação de profissional tradutor e intérprete de Libras, para prestar acompanhamento individualizado ao autor, sem qualquer ônus, durante todas as aulas do curso, sob pena do pagamento de multa diária em caso de descumprimento.

Nesse sentido, abundante é a jurisprudência do nosso Tribunal Estadual. Dentre tantos, podem ser conferidos os seguintes julgados:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO QUE CONCEDEU A TUTELA PARA DETERMINAR QUE O ESTADO DO RJ EFETUE MATRÍCULA DE MENOR, PORTADOR DE AUTISMO, EM ESCOLA DA REDE PÚBLICA, COMPATÍVEL COM AS SUAS NECESSIDADES ESPECIAIS, PREFERENCIALMENTE, PRÓXIMO À RESIDÊNCIA, BEM COMO PARA QUE DISPONIBILIZE IMEDIATAMENTE UMA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR PARA ACOMPANHAMENTO DURANTE A PRÁTICA ESCOLAR, INCLUSIVE MEDIADOR. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À EDUCAÇÃO. LEGITIMIDADE TANTO DOS ESTADOS COMO DOS MUNICÍPIOS PARA ATUAR PRIORITARIAMENTE NO ENSINO FUNDAMENTAL. ART. 211 DA CRFB/88. PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. IMPRESCINDÍVEL A DISPONIBILIZAÇÃO DE PROFISSIONAL DE APOIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 300 DO CPC. REQUISITOS PRESENTES. INTELIGÊNCIA DO VERBETE 59 DO TJERJ. DECISÃO OBJURGADA NÃO É TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS OU À LEI. IMPROVIMENTO AO RECURSO.

(0008148-63.2021.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Des. ANTÔNIO CARLOS ARRÁBIDA PAES - Julgamento: 15/06/2021 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. CURSO PROFISSIONALIZANTE. ALUNA COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA. NECESSIDADE DE INTÉRPRETE HABILITADO NA LINGUAGEM DE SINAIS (LIBRAS). DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES. DANO MORAL CONFIGURADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. Cuida-se de demanda na qual pretende a autora a condenação da ré à obrigação de fazer, bem como em reparação moral, ao argumento de que é portadora de deficiência auditiva e de fala, razão pela qual vem enfrentando grandes dificuldades para continuar o curso profissionalizante ministrado pela ré para cabeleireiros, uma vez que a mesma se recusa a disponibilizar um profissional tradutor e intérprete de Libras, imprescindível para a compreensão adequada das aulas. 2. A sentença julgou procedente o pedido, condenando a ré à obrigação de fazer, consistente em fornecer para a autora intérprete de Libras em todas as aulas, e ministrar à autora novamente, com o acompanhamento de profissional tradutor e intérprete de Libras, as aulas que não contaram com o referido profissional, incumbindo à autora informar quais aulas não conseguiu lograr aproveitamento satisfatório, bem como ao pagamento de indenização por danos morais arbitradas em R$ 2.000,00 (dois mil reais). 3. Cinge-se a controvérsia no tocante à obrigação legal da ré em fornecer profissional tradutor e intérprete de Libras para a autora, a fim de que esta possa absorver, de maneira plena e satisfatória, as informações prestadas no curso profissionalizante em que foi matriculada. 4. Não remanesce dúvidas de que a autora, por ser portadora de deficiência auditiva e de fala, a fim de possa compreender, de forma adequada e eficiente, o conteúdo das aulas ministradas no curso profissionalizante em que foi matriculada, necessita da disponibilização de profissional intérprete e tradutor, o qual cumprirá a missão de mediador da comunicação entre o aluno surdo e o contexto educativo. 5. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus artigos 206 e seguintes, institui como dever do Estado e da iniciativa privada na prestação de serviços educacionais prestar o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. 6. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e os atos regulamentares do Ministério da Educação, em cumprimento à norma constitucional, determinam a obrigatoriedade de assegurar intérprete aos portadores de deficiência auditiva, sempre que necessário. 7. De outro lado, a Lei nº 13.146/15, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), dispõe em seu art. 27, que a educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida. 8. Prescreve o art. 28, XI, da citada lei, que incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar, a formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio. 9. Noutro passo, dispõe o parágrafo primeiro do art. 28, que "às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do *caput* deste artigo, sendo vedada a cobrança

de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações". 10. Desse modo, segundo o contexto legal, a formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio, aplica-se obrigatoriamente às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino. 11. Bem de ver que a referida exigência compreende o curso profissionalizante fornecido pela ré, sendo certo que a resistência desta em disponibilizar à autora intérprete de Libras em todas as aulas, a fim de propiciar adequada condição de aprendizagem às pessoas portadoras de deficiência auditiva, mostra-se em desarmonia com a ordem constitucional e legal vigentes, cujos princípios orientadores e as diretrizes traçadas não alcançam somente às entidades de ensino públicos, mas submetem seus preceitos às instituições privadas de ensino. 12. Não há dúvidas que à afronta ao direito fundamental à educação e formação em igualdades de condições, dá ensejo ao pagamento de compensação por dano moral, não podendo deixar de reconhecer os transtornos sofridos pela autora e os constrangimentos a que foi exposta em razão da não observância de tratamento inclusivo pela ré. 13. *Quantum* indenizatório fixado na sentença de R$ 2.000,00 (dois mil reais) que deve ser mantido, cuja quantia esta condizente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como com o caráter punitivo, pedagógico e preventivo da verba reparatória. 14. Recurso desprovido. (0026981-57.2016.8.19.0210 – Apelação - Des(a). MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO - Julgamento: 25/09/2018 - Oitava Câmara Cível).

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA - MENOR PORTADORA DE DEFICIÊNCIA VISUAL CONGÊNITA EM AMBOS OS OLHOS MATRICULADA NA REDE PÚBLICA MUNICIPAL DE ENSINO - DEFASAGEM NO APRENDIZADO DEVIDO À FALTA DE ESTRUTURA NA ESCOLA PARA ATENDER CRIANÇAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. - Cuida a hipótese de ação de obrigação de fazer c/c indenizatória na qual os autores pretendem a condenação do Município de Itaguaí para que proceda à contratação de professores especializados no Sistema Braille para a escola municipal frequentada pela 1° Autora e para o CEMAEE, bem como à aquisição de material didático específico e, ainda, a compensação ao pagamento dos danos morais sofridos. - 1ª Autora que, na data da propositura da demanda, contava com 10 (dez) anos de idade e não sabia ler e nem escrever devido à falta de estrutura na escola para atender crianças com necessidades especiais. - Sentença de procedência parcial do pedido condenando o Município nas obrigações de fazer e de pagar que merece reparo, tão somente, para estabelecer que o termo inicial para a incidência dos juros de mora seja a data da citação. - Recurso conhecido e parcialmente provido. (0007213-58.2015.8.19.0024 - Apelação / Remessa Necessária - Des. CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA - Julgamento: 13/07/2021 - Sétima Câmara Cível).

AGRAVO DE INSTRUMENTO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO CONJUNTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER AJUIZADA EM FACE DO MUNICÍPIO DE NITERÓI. DEVER DO MUNICÍPIO EM ASSEGURAR AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA ENSINO ESPECIALIZADO E INCLUSIVO NA REDE REGULAR DE ENSINO. AUTOR, MENOR COM CINCO ANOS DE IDADE, HIPOSSUFICIENTE E PORTADOR DE GRAVES NECESSIDADES ESPECIAIS, REPRESENTADO PELA GENITORA, REQUER QUE O MUNICÍPIO

PROVIDENCIE A SUA MATRÍCULA NA "ESCOLA CRESCER", INSTITUIÇÃO DE ENSINO PRIVADA ESPECIALIZADA EM PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS, E ARQUE COM O VALOR DA MENSALIDADE, EIS QUE NÃO EXISTE NO MUNICÍPIO ESCOLA ESPECIALIZADA PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL DE PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS COMO AS DO AUTOR. DECISÃO DO JUÍZO *A QUO* DEFERINDO A TUTELA DE URGÊNCIA (ISSO APÓS A MANIFESTAÇÃO DO MUNICÍPIO EM CONTESTAÇÃO) PARA EFETIVAÇÃO DA OBRIGAÇÃO NO PRAZO DE 72 HORAS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R$ 500,00 EM CASO DE DESCUMPRIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELO RÉU. REQUER A CASSAÇÃO DA LIMINAR E, SUBSIDIARIAMENTE, A REDUÇÃO DA MULTA. DECISÃO DESTE RELATOR INDEFERINDO O EFEITO SUSPENSIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO RÉU. REITERA AS RAZÕES RECURSAIS E ALEGA A EXISTÊNCIA DE SUPOSTA OMISSÃO. DECISÕES QUE NÃO MERECEM REFORMA. JULGAMENTO CONJUNTO QUE SE IMPÕE, TENDO EM VISTA QUE O EXAME DO MÉRITO DO AGRAVO TAMBÉM ABRANGE A QUESTÃO RELATIVA AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FAZ-SE NECESSÁRIA A OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA CELERIDADE E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE, VEZ QUE O AGRAVANTE/EMBARGANTE PRETENDE, EM VERDADE, A REFORMA DA DECISÃO. NO MÉRITO, EXSURGE A PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 300 DO CPC. POSSIBILIDADE DE TUTELA DE MÉRITO MESMO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, A TEOR DA SÚMULA Nº 60 DESTE TRIBUNAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NORMA INSTITUIDORA DA "SEPARAÇÃO DE PODERES". PRESERVAÇÃO DA EDUCAÇÃO QUE DEVE PREVALECER SOBRE AS NORMAS QUE TRAÇAM REGRAS AO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL A À EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE SE NEGAR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AS NORMAS CONSITUCIONAIS QUE DISCIPLINAM O DIREITO À EDUCAÇÃO SÃO CONSIDERADAS DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTELIGÊNCIA DO ART. 208 INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (DISPONDO QUE É DEVER DO ESTADO GARANTIR A EDUCAÇÃO MEDIANTE O "ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA, PREFERENCIALMENTE NA REDE REGULAR DE ENSINO,") E ART. 227 DA CRFB. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ART. 53 E 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APLICAÇÃO DA EXEGESE DAS LEIS Nº 9.394/90 E Nº 7.853/89. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA COERCITIVA PARA CONSTRANGER AO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU NÃO FAZER. MULTA QUE PODE SER MODIFICADA CASO O JUIZ VERIFIQUE QUE ELA SE TORNOU INSUFICIENTE OU EXCESSIVA, A TEOR DO ART. 537, § 1º, DO CPC. A DECISÃO QUE COMINA ASTREINTES NÃO PRECLUI, TAMPOUCO FAZ COISA JULGADA (RE REPETITIVO Nº 1.333.988/SP). NÃO SE VERIFICOU DESARMONIA ENTRE A OBRIGAÇÃO E O VALOR FIXADO PARA O SEU DESCUMPRIMENTO, LEVANDO-SE EM CONTA QUE FORAM PONDERADAS A URGÊNCIA DA MEDIDA E A RELEVÂNCIA DO BEM JURÍDICO TUTELADO. PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO DESPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS. DECISÃO DO JUÍZO *A QUO* QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 59 DO TJERJ. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ E DESTA CORTE. PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO DESPROVIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO. (0023856-56.2021.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - Des. JUAREZ FERNANDES FOLHES - Julgamento: 06/08/2021 - VIGÉSIMA

CÂMARA CÍVEL)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CRIANÇA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. CUSTEIO DE ESCOLA PARTICULAR ESPECIALIZADA. MUNICÍPIO DE PORCIÚNCULA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTORAL. RECURSO DO RÉU. 1. Direito da criança ao pleno desenvolvimento, com igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Inteligência dos arts. 205, 206, I e 208, da CRFB/88. 2. Educação especial dirigida aos educandos com transtornos globais de desenvolvimento. Direito à educação escolar especial gratuita desde a educação infantil, devendo ser oferecido serviços de ensino especializado. Previsão dos arts. 4º e 58, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394/96), e do art. 28, da Lei nº 13.146/15 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência). 3. Garantia de acesso à educação, na forma do art. 3º, IV, "a", da Lei nº 12.764, que institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. 4. Atuação do Poder Judiciário que não representa violação ao princípio da separação dos poderes, pois lhe cabe intervir nas hipóteses de lesão ou ameaça a direitos, nos termos da Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV. 5. Custeio do Colégio Redentor, no Município de Itaperuna, que foi deferido por meio de processo administrativo em 2017, de modo que o adolescente se encontra plenamente adaptado ao ambiente de ensino, sendo atestado por laudo médico o risco de retrocesso em caso de alteração das estratégias educacionais. 6. O autor possui outros dois irmãos gêmeos com igual transtorno psíquico que já são atendidos pela mesma instituição de ensino, de modo que a separação dos irmãos poderia representar, dificuldades intransponíveis quanto aos cuidados com os trigêmeos. 7. Condenação do réu ao recolhimento da taxa judiciária. Súmulas nº 145 e 161, do TJRJ. 8. Honorários advocatícios sucumbenciais majorados para R$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais), na forma do art. 85, § 11, do CPC. 9. Sentença parcialmente reformada, de ofício. Recurso desprovido, na forma do art. 932, IV e VIII, do CPC e do art. 31, VIII, do RITJRJ. (0000710-53.2018.8.19.0044 – Apelação - Des. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO - Julgamento: 08/09/2021 - Décima Sexta Câmara Cível)

- DA MULTA

EM RELAÇÃO À MULTA COERCITIVA, CERTO É QUE ESTA TEM POR ESCOPO DAR EFETIVIDADE AO COMANDO JUDICIAL, A FIM DE QUE A MEDIDA IMPOSTA SEJA DEVIDAMENTE CUMPRIDA, EM SENDO RELEVANTE O FUNDAMENTO DA DEMANDA E HAVENDO FUNDADO RECEIO DE INEFICÁCIA DO PROVIMENTO FINAL (ART. 497 DO CPC/15).

Com efeito, para que a referida multa não seja aplicada, basta o cumprimento da determinação judicial, que é, de fato, o objetivo de sua fixação.

Assim, mantém se a multa cominatória, mormente, porque o juiz a quo sequer determinou seu valor e apenas mencionando que será estabelecida em caso de descumprimento.

- DA TAXA JUDICIÁRIA

DISPÕE O ARTIGO 17, INCISO IX DA LEI Nº 3.350/99, QUE O MUNICÍPIO GOZA DE ISENÇÃO LEGAL, QUANTO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS JUDICIAIS, ENTRETANTO, TAL ISENÇÃO NÃO ALCANÇA A TAXA JUDICIÁRIA, DE ÍNDOLE E FATO GERADOR DIVERSOS DAQUELAS.

Confira-se o entendimento consolidado no Enunciado nº 42 do Fundo Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (FETJ): "42 – A Isenção estabelecida no artigo 115, *caput*, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro,

beneficia os entes públicos quando agem na posição processual de autores, porém, na qualidade de réus, devem, por força do artigo 111, II, do CTN, recolher a taxa judiciária devida ao FETJ, quando sucumbirem na demanda e a parte autora não houver antecipado o recolhimento do tributo".

Assim, quando as pessoas jurídicas de direito público figurarem como demandadas estarão sujeitas ao pagamento da referida taxa.

Neste sentido, o enunciado nº 145 da Súmula deste Tribunal prevê: "Se for o Município autor estará isento da taxa judiciária desde que se comprove que concedeu a isenção de que trata o parágrafo único do artigo 115 do CTE, mas deverá pagá-la se for o réu e tiver sido condenado nos ônus sucumbenciais".

Na hipótese dos autos a municipalidade é ré na presente demanda, não fazendo jus, portanto, à isenção ao pagamento da taxa judiciária.

Nesse sentido os seguintes julgados deste TJRJ:

APELAÇÃO CÍVEL / REMESSA NECESSÁRIA. Direito Constitucional e Administrativo. Contrato temporário de trabalho no âmbito da administração pública municipal. CF, artigo 37, IX, Lei nº 8.745/1993 e Lei Municipal nº 1.922/2005. Ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais, cumulada com cobrança de verbas trabalhistas e compensação a título de danos morais. Sentença de procedência parcial. Conjunto fático-probatório que demonstrou que não houve desvirtuamento da contratação temporária através de sucessivas prorrogações. Tempo máximo do contrato que observou o limite estabelecido, nos termos das normas contidas nos artigos 2º, II e 4º, I e parágrafo único, VI, da Lei nº 8.745/1993. Pagamento de férias, com acréscimo do terço constitucional, e de 13º salários, aos contratados em regime temporário, que possui expressa previsão legal, nos termos da norma contida no artigo 9º, III e IV, da Lei Municipal nº 1.922/2005. Direito previsto de forma expressa, amoldando-se à tese jurídica nº I, fixada pelo E. STF, em sede de repercussão geral, no julgamento do RE nº 1.066.677-MG (Tema nº 551). Prova documenta que comprova que parte das verbas trabalhistas foi devidamente quitada na seara administrativa, devendo a condenação sofrer pequeno decote, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento sem justa causa em detrimento do erário público municipal. Distinção entre os conceitos de custas judiciais e taxa judiciária. Municípios que somente gozam de isenção tributária quando autores de demanda judicial. Município que figurou no polo passivo e restou sucumbente. Dever de pagar a taxa judiciária. Condenação ilíquida que impõe a postergação da fixação do percentual a título de honorários advocatícios, nos termos da norma contida no artigo 85, § 4º, II, do CPC. Sentença parcialmente reformada, com declaração de sucumbência recíproca. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. MODIFICAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. 0053823-88.2018.8.19.0021 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA. Des. CELSO SILVA FILHO - Julgamento: 11/05/2021 - Vigésima Terceira Câmara Cível

EMENTA. Apelação Cível. Direito Administrativo. Servidor público municipal. Município de São Fidélis. Suprimido o pagamento da gratificação determinada pela Lei Municipal nº 1.344/2013 aos motoristas de ambulância. Pretensão ao recebimento dos valores impagos, bem como de condenação do ente federativo ao pagamento de compensação por danos morais. Sentença que condenação o Município apenas ao pagamento dos valores não adimplidos da gratificação. Improcedido o pedido compensatório. Irresignação do município. Tese de que o Autor não comprovou

que exerceu o cargo de motorista em todo o período impugnado. Inovação recursal. Quando da oferta da peça de bloqueio, o réu apenas impugnou o pedido compensatório, tornando incontroversos os fatos não impugnados. Art. 341 do CPC. Autor que comprova por meio de sua ficha financeira ter ocupado o cargo de motorista em todo o período. Inexistência de prova em contrário por parte da ré. Taxa judiciária. Isenção concedida ao Município, no que tange ao pagamento das custas processuais, que não abrange a taxa judiciária. Reciprocidade tributária invocada pelo apelante que só é aplicada quando o Município atuar na condição de autor, o que não é o caso dos autos. Inteligência que se extrai da Súmula nº 145 e do Enunciado 42 do Fundo Especial deste Tribunal de Justiça. Sentença que se mantém. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 0003185-58.2018.8.19.0051 – Apelação. Des. MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA - Julgamento: 26/01/2021 - Vigésima Terceira Câmara Cível.

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS INDEVIDOS. SERVIDOR PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO DA ALDEIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARA CONDENAR O MUNICÍPIO RÉU A CESSAR OS DESCONTOS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE HORA EXTRA, ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E ADICIONAL DE FÉRIAS, SOB PENA DE TER QUE PAGAR EM DOBRO O DESCONTO INDEVIDO E AO PREVISPA, PARA RESTITUIR OS REFERIDOS DESCONTOS, OBSERVANDO A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, COM JUROS PELA CADERNETA DE POUPANÇA E CORREÇÃO PELO IPCA-E, A PARTIR DA CITAÇÃO. RECURSO DE AMBOS OS RÉUS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREVISPA REJEITADA. AUTARQUIA RESPONSÁVEL PELA GESTÃO DOS RECURSOS PREVIDENCIÁRIOS DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. VERBAS TRANSITÓRIAS, PAGAS SOMENTE ENQUANTO O SERVIDOR SE ENCONTRA NA ATIVA, SOBRE AS QUAIS NÃO DEVE INCIDIR O DESCONTO PREVIDENCIÁRIO. PRECEDENTE DESTA CORTE. DÉBITO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA.INCIDÊNCIA DO INPC. INCIDÊNCIA DO ART. 41-A DA LEI FEDERAL Nº 8.213, COM REDAÇÃO DA LEI Nº 11.430/2006. JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO. ENUNCIADO 188 DA SÚMULA DO STJ. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS A SEREM ARBITRADOS NA LIQUIDAÇÃO. MUNICÍPIO É ISENTO DE CUSTAS JUDICIAIS, CONFORME ART. 17, IX, A LEI Nº 3.350/99. TAXA JUDICIÁRIA DEVIDA PELO MUNICÍPIO RÉU. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 145 DO TJRJ E DO ENUNCIADO Nº 42 DO FETJ. PRECEDENTES DO TJRJ. RECURSOS PROVIDOS, PARCIALMENTE. (0007716-10.2020.8.19.0055 – Apelação - Des. MARCOS ANDRE CHUT - Julgamento: 22/02/2022 - Vigésima Terceira Câmara Cível).

O Município, portanto, deve arcar com o pagamento da taxa judiciária, ficando isento apenas das custas processuais.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se integralmente a sentença impugnada e majorando-se em 2% (dois por cento) os honorários advocatícios sucumbenciais.

RIO DE JANEIRO, 12 DE ABRIL DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DESª. CINTIA SANTARÉM CARDINALI
RELATORA

CAPACIDADE CIVIL. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. CAPACIDADE PLENA COMO REGRA.

EMENTA

Agravo de Instrumento. Ação de melhoria de reforma. Afirmação de hipossuficiência. De-

ferimento parcial ao benefício de gratuidade de justiça. Determinação de emenda à inicial. Irresignação da parte autora. Entendimento desta relatora quanto à reforma da decisão interlocutória agravada. 1. Advento do novel Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei nº 13.146/15, que modificou dispositivos do Código Civil que tratavam da capacidade civil. É o sentido que se extrai do previsto no artigo 6º no sentido de que "a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa", de modo que as pessoas com deficiência passaram a ser plenamente capazes, como regra, respondendo civilmente como qualquer outro sujeito. Incapacidade civil que não se confunde com a alegada alienação mental ou incapacidade total, a qual deve ser examinada por perito judicial, médico especialista em psiquiatria, na forma do art. 465 do CPC. 2. Benefício de gratuidade de justiça. art. 98 do NCPC. Causa de pedir (melhoria de reforma de militar). Questão que envolve análise da incapacidade, se definitiva ou temporária, e se a doença se enquadra na definição de alienação mental ou não, bem como aferir-se a existência de nexo de causalidade entre a enfermidade e a atividade laborativa desempenhada. Questões que hão de ser apuradas por respectiva prova técnica pericial. *In casu*, ainda que os rendimentos apontados nas Declarações de IR prestadas nos últimos três anos 2019/2020, (f. 20/36), (quatro salários mínimos) sinalizem que o agravante possui parcial capacidade financeira, nos termos do art. 98, § 5º do CPC, há que se considerar os diversos descontos efetivados no contracheque do autor, em comprometimento significativo da renda do autor, resultando total líquido em torno de R$ 2.059,33 (dois mil e cinquenta e nove reais e trinta e três centavos), além dos gastos demonstrados a f. 44/50, entre os quais se incluem despesa com moradia (locação), e pensão alimentícia. Declaração do autor de sobreviver unicamente dos proventos recebidos como policial reformado. Imposição de pagamento integral das despesas processuais correspondentes, incluindo-se as despesas de prova pericial, obstaria a busca do direito alegado, e impossibilitaria o acesso à justiça, direito fundamental de assegurado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República. Possibilidade de reversão do benefício. Súmula nº 43 deste TJRJ, *verbis*: "Cabe a revogação, de ofício e a qualquer tempo, do benefício da gratuidade de justiça, desde que fundamentada". PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, para conceder ao agravante o benefício da gratuidade de justiça e determinar o prosseguimento do feito.

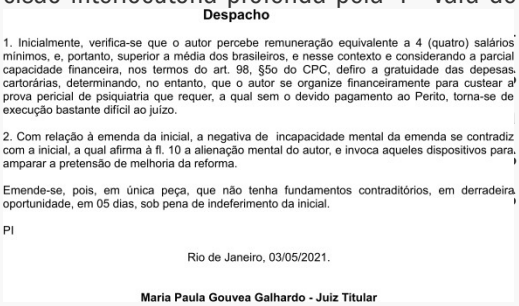
ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0033194-54.2021.8.19.0000 que são partes M.J.F.N. (Agravante) e Estado do Rio de Janeiro,(Agravado),

Acordam os Desembargadores da Colenda Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por votação unânime, em CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória proferida pela 4ª Vara de



Despacho

1. Inicialmente, verifica-se que o autor percebe remuneração equivalente a 4 (quatro) salários mínimos, e, portanto, superior a média dos brasileiros, e nesse contexto e considerando a parcial capacidade financeira, nos termos do art. 98, §5o do CPC, defiro a gratuidade das depesas cartorárias, determinando, no entanto, que o autor se organize financeiramente para custear a prova pericial de psiquiatria que requer, a qual sem o devido pagamento ao Perito, torna-se de execução bastante difícil ao juízo.

2. Com relação à emenda da inicial, a negativa de incapacidade mental da emenda se contradiz com a inicial, a qual afirma à fl. 10 a alienação mental do autor, e invoca aqueles dispositivos para amparar a pretensão de melhoria da reforma.

Emende-se, pois, em única peça, que não tenha fundamentos contraditórios, em derradeira oportunidade, em 05 dias, sob pena de indeferimento da inicial.

PI

Rio de Janeiro, 03/05/2021.

Maria Paula Gouvea Galhardo - Juiz Titular

Inconformado, o autor pleiteia a reforma da decisão agravada aduzindo fazer jus ao benefício da gratuidade de justiça, asseverando não possuir condições financeiras de arcar com as despesas

processuais sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família.

Assevera encontrar-se na inatividade por problemas psiquiátricos e impossibilitado de exercer outra atividade laboral, e que sobrevive unicamente dos proventos recebidos como policial reformado, não podendo suportar as despesas processuais decorrentes da demanda sem prejuízo do próprio sustento e de sua família.

Defende que o valor das custas periciais, imprescindíveis para a questão em deslinde, é extremamente alto, frente as despesas regulares, de água, luz, moradia, escola, pensão alimentícia, as limitadas condições financeiras que possui.

Alega a ausência de contradição na emenda da petição inicial, eis que os médicos que atestaram seus problemas psiquiátricos não apontaram a sua incapacidade para os atos da vida civil, portanto, sem a indicação pelo perito, se torna inviável a interdição,

Afirma ser equivocada a premissa que alicerça a decisão, não tendo o douto magistrado observado inexistir contradição entre os fundamentos da exordial e da emenda apresentada, não havendo que se falar em alteração da enfermidade, atestada por médicos segundo laudo médico anexado aos autos principais.

Esclarece que a presente demanda busca apenas o reconhecimento da relação de causa e efeitos da enfermidade que acomete o agravante com o serviço Policial Militar, bem como busca o reconhecimento de sua incapacidade total e permanente para toda e qualquer atividade laboral, ou seja, atividades que estejam relacionada ao trabalho, não havendo que se falar em atos da vida civil.

Pugna pelo provimento ao recurso, e deferimento da gratuidade de justiça.

Sem contraminuta.

VOTO

Os pressupostos de admissibilidade intrínsecos e extrínsecos estão presentes, o que autoriza o conhecimento do presente recurso.

Assiste razão a agravante.

Prefacialmente, merece deferimento a Gratuidade de Justiça para o julgamento do presente Agravo, consignando que, por versar o mérito da impugnação sobre o específico tema 'hipossuficiência econômica', encontra-se dispensado o Recorrente do recolhimento das custas, nos termos do arts.99, §7º c/c 101, §1º, CPC.

Trata-se de irresignação do agravante acerca do pronunciamento judicial que determinou a emenda da inicial, ante a declaração de incapacidade mental, bem como quanto ao deferimento parcial da gratuidade de justiça requerida, perseguindo ainda o agravante a reforma da decisão, ora guerreada.

Como cediço o novel Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei 13.146/15, modificou dispositivos do Código Civil que tratavam da capacidade civil. Seus artigos 114 e 123, inciso II revogaram os incisos do artigo 3º do CC e alteraram seu caput, como também modificaram os incisos II e III do artigo 4º do CC.

Trata-se de uma mudança de paradigma, alinhada à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, do qual o Brasil é signatário, distanciando-se da presunção inicial de incapacidade civil absoluta das pessoas com deficiência mental ou intelectual, como o fazia dispositivo alterado (artigo 3º do CC).

É o sentido que se extrai do previsto no artigo 6º no sentido de que "a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa", de modo que as pessoas com deficiência passaram a ser plenamente capazes, como regra, respondendo civilmente como qualquer outro sujeito.

Com efeito, o indivíduo não pode ser mais

considerado absolutamente incapaz para os atos da vida civil, diante das alterações feitas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Nesse sentir, a incapacidade civil não se confunde com a alegada alienação mental ou incapacidade total, a qual deve ser examinada por perito judicial, médico especialista em psiquiatria, na forma do art. 465 do CPC.

Com efeito, a citada lei no seu artigo 6º, deixa claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Significa dizer que, uma pessoa com deficiência física, mental ou intelectual, não podendo manifestar a sua vontade, pode ser reputada relativamente incapaz, mas nunca poderá ser considerada absolutamente incapaz.

Assim, não há que se falar em contradição na petição inicial e emenda à exordial acerca da negativa de incapacidade mental, recomendando-se o provimento do recurso, aliás, como opinou o ilustre membro do ministério Público às fls. 54.

Noutro passo, passa-se a questão relativa à gratuidade de justiça e análise das razões.

É cediço que o benefício de gratuidade de justiça deve ser concedido às pessoas que não dispõem de recursos financeiros suficientes para suportar as despesas processuais e os ônus sucumbenciais sem prejuízo de sua própria manutenção —sejam pessoas físicas ou jurídicas uma vez que a lei de regência (art. 98 do NCPC) não faz qualquer distinção a esse respeito —e não apenas aos miseráveis.

O artigo 99, § 3º, do Código de Processo Civil, presume verdadeira a alegação de insuficiência quando for requerida por pessoa natural. Entretanto, o § 2º, do referido artigo, dispõe que o Juiz somente irá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta de pressupostos legais para a concessão de gratuidade.

Na hipótese, não se pode perder de vista que a pretendida melhoria de reforma, envolve matéria consiste na análise da incapacidade, se definitiva ou temporária, e se a doença se enquadra na definição de alienação mental ou não, bem como aferir-se a existência de nexo de causalidade entre a enfermidade e a atividade laborativa desempenhada.

Por óbvio que tais questões hão de ser apuradas por respectiva prova técnica pericial, mediante o contraditório, incumbindo ao demandante a apresentação de fatos de forma eficiente e formular o provimento que intenta obter, de forma suficiente para estabelecer-se o nexo causal entre os fatos e o pedidos, sob pena de ver mitigada a força de suas alegações e descumprimento do ônus que lhe impõe a regra constante do Artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

In casu, ainda que os rendimentos apontados nas Declarações de IR prestadas nos últimos três anos 2019/2020, (fls. 20/36), (quatro salários mínimos) sinalizem que o agravante possui parcial capacidade financeira, nos termos do art. 98, §5º do CPC, há que se considerar os descontos efetivos no contracheque, e o comprometimento significativo da renda do autor, resultando total líquido em torno de R$ 2.059,33 (dois mil e cinquenta e nove reais e trinta e três centavos), além os gastos demonstrados às fls. 44/50, entre os quais se incluem despesa com moradia (locação), e pensão alimentícia, considerada ainda a declaração do autor de sobreviver unicamente dos proventos recebidos como policial reformado.

Nesses termos, infere-se que a imposição de pagamento integral das despesas processuais correspondentes, incluindo-se as despesas de prova pericial, obstaria a busca do direito alegado, e impossibilitaria o acesso à justiça, direito fundamental de assegurado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República.

Assim, razão assiste ao Recorrente em sua

tentativa de modificação da decisão interlocutória que lhe negou o direito de litigar sob o pálio da Justiça Gratuita.

Por fim, é importante lembrar, que a gratuidade de justiça, pode ser revista a qualquer tempo, por decisão fundamentada, caso a situação econômica atual do agravante mudar para melhor, conforme o disposto na Súmula nº 43 deste TJRJ, *verbis*:

"Cabe a revogação, de ofício e a qualquer tempo, do benefício da gratuidade de justiça,

GOVERNO DO ESTADO RIO DE JANEIRO
Secretaria de Estado da Casa Civil e Governança
POLICIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CNPJ Nº:
Comprovante de Pagamento - 251 1/2021

desde que fundamentada".

É o entendimento que se tem da análise dos julgados desta Corte sobre o tema:

0008426-89.2020.8.19.0003 – APELAÇÃO

Des(a). CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR - Julgamento: 27/10/2021 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO APELAÇÃO CÍVEL. CURATELA. ARTIGO 3º DO CÓDIGO CIVIL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA), ESTABELECE QUE SOMENTE SÃO ABSOLUTAMENTE INCAPAZES DE EXERCER OS ATOS DA VIDA CIVIL OS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS. JÁ O INCISO III DO ARTIGO 4º DO MESMO DIPLOMA LEGAL, TAMBÉM COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.146/2015, DISPÕE QUE SÃO RELATIVAMENTE INCAPAZES AQUELES QUE, POR CAUSA TRANSITÓRIA OU PERMANENTE, NÃO PUDEREM EXPRIMIR SUA VONTADE. A pessoa com deficiência - aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do art. 2º - não deve ser mais tecnicamente considerada civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84 do mesmo diploma deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Significa dizer que, uma pessoa com deficiência física, mental ou intelectual, não podendo manifestar a sua vontade, pode ser reputada relativamente incapaz, mas nunca poderá ser considerada absolutamente incapaz. Daí dispor a referida lei que a curatela somente alcança atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. RECURSO A SE DA PROVIMENTO.

Diante do exposto, assiste razão ao agravante, recomendando-se o provimento do recurso, para conceder ao agravante o benefício da gratuidade de justiça e determinar o prosseguimento do feito, aliás, como opinou o ilustre membro do ministério Público a f. 54.

CONHECIMENTO DO RECURSO. PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, para conceder ao agravante o benefício da gratuidade de justiça e determinar o prosseguimento do feito.

RIO DE JANEIRO, 27 DE ABRIL DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DESª. CONCEIÇÃO A. MOUSNIER
RELATORA

FEITO EXTINTO DE OFÍCIO. SUPOSTA AUSÊNCIA DE CAPACIDADE DA AUTORA PARA OUTORGAR

PROCURAÇÃO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE VÁLIDA. NULIDADE DA SENTENÇA.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. QUEDA DA AUTORA EM ÔNIBUS DA RÉ. EXTINÇÃO DO FEITO SEM ANÁLISE DE MÉRITO. JUÍZO QUE RECONHECE DE OFÍCIO A SUPOSTA INCAPACIDADE POSTULATÓRIA DA AUTORA EM RAZÃO DE LAUDO MÉDICO JUNTADO AOS AUTOS.

1. Feito extinto de ofício por entender o magistrado não ter a autora capacidade de outorgar procuração, uma vez que juntou aos autos laudo médico que atesta ser portadora de transtorno mental.

2. Pessoa com deficiência intelectual que é capaz de demandar em juízo.

3. Estatuto da Pessoa com Deficiência que alterou o Código Civil no que diz respeito à capacidade. Incapacidade restrita aos casos em que a pessoa não tem condições de emitir a própria vontade.

4. Evolução social que inaugura um sistema normativo inclusivo. Doutrina e jurisprudência.

5. Autora que manifestou sua vontade em razão de outorga de procuração. Art. 103 do CPC.

6. Nulidade da sentença. Provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0334035-41.2019.8.19.0001, em que é Apelante G.F. da C. e Apelada Viação Nossa Senhora das Graças S.A.

Acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação indenizatória proposta por G.F. da C. em face de Viação Nossa Senhora das Graças S.A., em que pretende: 1. reembolso do valor despendido com tratamento dentário, no montante de R$14.500,00; 2. danos estéticos.

Alegou a autora que, em abril de 2014, por volta das 18h, sofreu queda no interior de ônibus da ré, em razão de freada brusca, sendo levada pelo motorista ao hospital, onde foi socorrida.

Aduz que sofreu lesão na face, necessitando colocar prótese dentária e implantes e que passou a sofrer de transtornos psiquiátricos a partir do acidente.

A sentença (indexador 000195) julgou extinto o feito, sem análise de mérito, reconhecendo, de ofício, a incapacidade postulatória da autora, nos seguintes termos:

Relatados. Decido.

O processo, em princípio, estaria maduro para apreciação tanto da prejudicial de mérito quanto do próprio mérito.

Entretanto, a capacidade de estar em juízo constitui pressuposto processual, matéria de ordem pública, portanto, passível de ser apreciado em qualquer momento, mesmo de ofício consoante art. 337, IX do CPC.

Na hipótese dos autos, a autora outorgou procuração em 2019 e, no curso da ação apenas mencionou que passou a sofrer transtornos psíquicos em razão do acidente, mas em sua manifestação em provas, a própria autora requereu a realização de perícia para verificação de sua saúde mental.

Em seguida junta a autora laudo médico relatando que a mesma sofre desde 2015 de transtorno mental e disfunção cerebral, com "queixa de esquecimento, alucinações auditivas, mania de perseguição e discurso desor-

ganizado no tempo e no espaço, com prejuízo na realização nas atividades instrumentais de vida diária e perda cognitiva que prejudica a compreensão dos fatos".

O laudo juntado, portanto, evidencia a incapacidade da autora para estar em juízo desde 2015, logo, em 2019 a autora não tinha capacidade para outorgar procuração.

Neste cenário, ausente pressuposto processual, pelo que declaro extinto o processo declaro extinto o processo sem análise do mérito, na forma do art. 485, IV do CPC.

Condeno a autora ao pagamento das custas e honorários que fixo em 10% do valor atribuído a causa, observada a gratuidade de justiça a ela deferida.

PRI.

Decorrido o prazo legal, dê-se baixa e arquive-se.

Apela a autora (indexador 000214) aduzindo, em síntese, que é uma pessoa civilmente capaz.

Assevera que o Estatuto do Deficiente (Lei nº 13.146/2015) garantiu uma série de direitos à pessoa com deficiência, dentre eles o reconhecimento igual perante a lei, bem como acesso à justiça, sem distinção.

Sustenta que a referida lei considera como capazes os maiores de 18 anos portadores de deficiência e que a curatela passou a ser tratada como medida excepcional, a ser tomada dentro dos estritos limites de sua necessidade.

Alega que, apesar de sofrer de transtorno mental não especificado, devido à lesão provocada pelo acidente que deu ensejo à ação, impedi-la de prosseguir litigando equivaleria a penalizá-la por duas vezes: uma, em virtude do impedimento da obtenção dos seus direitos; duas, em razão da discriminação por conta da deficiência que, aos olhos da lei, não lhe retiraria a capacidade civil.

Requer a nulidade da sentença. Alternativamente, seja o pedido julgado procedente.

Contrarrazões em prestígio ao julgado (indexador 000235).

VOTO

Conheço do recurso, eis que presentes seus requisitos de admissibilidade.

Trata-se de ação indenizatória em razão de ter a autora sofrido queda em ônibus de propriedade da ré. O feito foi extinto, de ofício, após juntada de laudo médico que atesta ser a autora "portadora de transtorno mental não especificado CID 10-F 06.9" (indexador 000193). O juízo *a quo* declarou a incapacidade da autora para outorgar procuração ao seu advogado.

A controvérsia recursal está em verificar se a condição psiquiátrica da autora configura sua incapacidade.

De fato, a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15), que alterou o Código Civil no que diz respeito à capacidade civil, o paradigma para determinar a incapacidade da pessoa com deficiência passou a ser o da capacidade volitiva, ou seja, só será tido como absolutamente incapaz o portador de deficiência intelectual que não possa/não seja capaz de emitir a própria vontade.

Inclusive, desde o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a redação original do art. 3º do Código Civil sofreu alteração, excluindo a pessoa deficiente mental do rol dos absolutamente incapazes, na medida em que os artigos 6º e 84 da Lei nº 13.146/15 registram que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa.[1]

1 Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (...)

Trata-se de conquista advinda da evolução social que inaugura um sistema normativo inclusivo em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, em diversos níveis.

Como consequência disso, a curatela passou a ser instituto de natureza casuística e excepcional, conforme entendimento da jurisprudência:

> RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CURATELA. IDOSO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA EXERCER PESSOALMENTE OS ATOS DA VIDA CIVIL. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSIVA. DECRETADA A INCAPACIDADE ABSOLUTA. IMPOSSIBILIDADE. REFORMA LEGISLATIVA. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE ABSOLUTA RESTRITA AOS MENORES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS, NOS TERMOS DOS ARTS. 3° E 4° DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
>
> 1. A questão discutida no presente feito consiste em definir se, à luz das alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015, quanto ao regime das incapacidades reguladas pelos arts. 3º e 4º do Código Civil, é possível declarar como absolutamente incapaz adulto que, em razão de enfermidade permanente, encontra-se inapto para gerir sua pessoa e administrar seus bens de modo voluntário e consciente.
>
> 2. A Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem por objetivo assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica e garantir o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas.
>
> 3. A partir da entrada em vigor da referida lei, a incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil se restringe aos menores de 16 (dezesseis) anos, ou seja, o critério passou a ser apenas etário, tendo sido eliminadas as hipóteses de deficiência mental ou intelectual anteriormente previstas no Código Civil.
>
> 4. Sob essa perspectiva, o art. 84, § 3º, da Lei nº 13.146/2015 estabelece que o instituto da curatela pode ser excepcionalmente aplicado às pessoas portadoras de deficiência, ainda que agora sejam consideradas relativamente capazes, devendo, contudo, ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso concreto.
>
> 5. Recurso especial provido.
>
> (REsp nº 1.927.423/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 27/04/2021, DJe 04/05/2021)

Logo, a pessoa com deficiência intelectual é plenamente capaz de demandar em juízo, desde que o grau de comprometimento, em decorrência da respectiva deficiência, não afete a capacidade de expressão da própria vontade.

Neste caso, a autora possui plena capacidade para manifestar a sua vontade, independentemente de ser portadora de doença psicossomática/psiquiátrica atestada por médico.

Por isso, pode outorgar procuração a seu patrono, afastando-se sua incapacidade civil, conforme o artigo 103 do Código de Processo Civil, razão pela qual deve-se anular o julgado.

Isso posto, voto pelo provimento do recurso para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem, para o regular prosseguimento do feito, na forma da lei.

RIO DE JANEIRO, 28 DE ABRIL DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. PAULO WUNDER
RELATOR

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.
§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

QUEDA EM BANHEIRO DE HOSPITAL PÚBLICO. PESSOA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA E MOBILIDADE REDUZIDA. HIPERVULNERABILIDADE. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS.

EMENTA

APELAÇÃO CIVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, CONDENANDO O RÉU A PROCEDER AO REGULAR FORNECIMENTO OU CUSTEIO DE TODOS OS TRATAMENTOS E OPERAÇÕES MÉDICAS ESPECIALIZADAS QUE SEJAM NECESSÁRIOS À PARTE AUTORA, PARA SUA ADEQUADA E COMPLETA RECUPERAÇÃO, AO PAGAMENTO DO VALOR DE R$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), A TÍTULO DE DANOS MORAIS, CORRIGIDO MONETARIAMENTE E ACRESCIDO DE JUROS LEGAIS, A PARTIR DA CITAÇÃO ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO E AO PAGAMENTO DAS CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, ESTES NO PERCENTUAL DE 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. APELO DO AUTOR PELA CONDENAÇÃO DO RÉU EM PENSIONAMENTO MENSAL, NA MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. RECURSO DO RÉU PELA IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. AUTOR QUE, NO DIA 28/05/2016, DEU ENTRADA EM UNIDADE HOSPITALAR DA MUNICIPALIDADE RÉ, QUEIXANDO-SE DE DORMÊNCIA DO LADO DIREITO DO CORPO E HIPERTENSÃO ARTERIAL. EM SEGUIDA, AGUARDANDO ATENDIMENTO E JÁ BASTANTE COMBALIDO, UTILIZANDO-SE DE CADEIRA DE RODAS, ACABA SOFRENDO UMA QUEDA, VINDO A QUEBRAR O OSSO FEMORAL AO SE DIRIGIR SEM ACOMPANHANTE AO BANHEIRO INTERNO DO HOSPITAL. INSTALAÇÃO QUE NÃO POSSUÍA ADAPTAÇÃO PARA USO POR PESSOA COM DEFICIÊNCIA. IMPEDIMENTO DA ENTRADA DO ACOMPANHANTE DO AUTOR PARA NÃO "TUMULTUAR AINDA MAIS O LOCAL", CONFORME DITO AO AUTOR POR PREPOSTO DO RÉU. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA ORTOPÉDICA DE EMERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA COM RELAÇÃO AOS SINTOMAS INICIAIS RELATADOS (DORMÊNCIA E HIPERTENSÃO). ALTA MÉDICA RECOMENDADA MESMO APÓS A CONFIRMAÇÃO DE ACOMETIMENTO CEREBRAL, SUGERINDO "INJÚRIA ESQUÊMICA", SEGUNDO LAUDO DE EXAME REALIZADO NA PRÓPRIA UNIDADE HOSPITALAR. PIORA DO QUADRO CLÍNICO DO AUTOR, LOGO APÓS SUA CHEGADA EM CASA, COM O ACOMETIMENTO DE SEGUNDO AVC. SEQUELAS GRAVES: PERDA DA CAPACIDADE DE FALAR E DE MOVIMENTAÇÃO DE MEMBROS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. FATO DO SERVIÇO. ART. 37, § 6º DA CR/88 E ART. 22 DO CDC. TEORIA DO RISCO ADMNISTRATIVO COMBINADA COM A TEORIA DA DUPLA GARANTIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRECEDENTE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CORTE IDH, NO CASO *"POBLETE VILCHES E OUTROS VS. CHILE"* QUE RECONHECEU A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA MORTE DO PACIENTE POR NÃO TER FORNECIDO À VÍTIMA O ATENDIMENTO INTENSIVO DE QUE NECESSITAVA ANTES DA CONCESSÃO DA ALTA MÉDICA. VIOLAÇÃO AO ART. 26 DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS-CADH. PESSOA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA E MOBILIDADE REDUZIDA. HIPERVULNERABILIDADE. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO (CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE - DEC. Nº 6.949/09) QUE NO SEU ART. 25, B, RESSALTA A IMPORTÂNCIA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE QUE, ALÉM DE EFICIENTES, CONTEM COM DIAGNÓSTICO E INTERVENÇÃO PRECOCES E SEJAM PROJETADOS PARA REDUZIR AO MÁXIMO E PREVENIR DEFICIÊNCIAS ADICIONAIS, INCLUSIVE ENTRE CRIANÇAS E IDOSOS. (INSTRUMENTO INTERNALIZADO EM NOSSO ORDENAMENTO COM FORÇA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO, NA FOR-

MA DO ART. 5º, § 3º DA CR/88). NO MESMO SENTIDO, O ART. 18, § 4º, INCISOS I E II DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI Nº 13.146/15). DEVER OBJETIVO DE CUIDADO QUE É POTENCIALIZADO PELA CONDIÇÃO DO AUTOR. DANOS E NEXO CAUSAL DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. DANOS MORAIS QUE MERECEM MAJORAÇÃO PARA MELHOR REFLETIR O CASO CONCRETO. MONTANTE QUE DEVE SER AUMENTADO PARA R$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). PRECEDENTES DESTE TJRJ. AUTOR QUE JÁ USUFRUI DE APONSENTADORIA POR INVALIDEZ, INCLUSIVE, COM O ACRÉSCIMO DE 25% PREVISTO NO ART. 45 DA LEI Nº 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAR O MUNICÍPIO A NOVO PENSIONAMENTO COM O MESMO FUNDAMENTO. INEXISTÊNCIA DE INTERRUPÇÃO DE ATIVIDADE LABORAL PELO ACIDENTE QUE JUSTIFIQUE O PENSIONAMENTO REQUERIDO PELO AUTOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE FORAM CORRETAMENTE FIXADOS EM 10% DA CONDENAÇÃO. ART. 85, § 2º, INCISOS I A IV DO CPC. PROVIMENTO DO RECURSO DO AUTOR PARA MAJORAR OS DANOS MORAIS PARA R$ 20.000,00 E DESPROVIMENTO DO RECURSO DO RÉU, MANTIDA NO MAIS A SENTENÇA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível Processo 0046722-22.2016.8.19.0004 em que são Apelantes Z.M.F. Rep/P/S/Curadora Z.F.M.F. e Município de São Gonçalo e Apelados Os Mesmos.

Acordam os Desembargadores que integram a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso do autor e negar provimento ao recurso do réu, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

VOTO

Trata-se de ação de responsabilidade civil por erro médico ajuizada pela parte autora em face do Município de São Gonçalo, ambos apelantes.

Laudo pericial no *index* nº 233.

Sentença no *index* nº 296 que julgou parcialmente procedente os pedidos, nos seguintes termos:

"ISTO POSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, nos termos do inciso I, do artigo 487 do CPC, condenando a parte ré a proceder ao regular fornecimento ou custeio de todos os tratamentos e operações médicas especializadas que sejam necessários à parte autora, incluindo remédios e exames, com vistas a sua adequada e completa recuperação, condenando ainda a parte ré ao pagamento do valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, corrigido monetariamente e acrescido de juros legais, a partir da citação até o efetivo pagamento. Condeno a parte ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

Apelação da autora no *index* nº 307 pela reforma da sentença para que seja deferida pensão vitalícia pleiteada, majorado os danos morais e os honorários de sucumbência, estes para o patamar máximo legal de 20%.

Apelação do réu no *index* nº 342 pela improcedência do pedido, alegando ausência de culpa dos profissionais médicos; que a queda sofrida pelo autor não foi a causa da sua lesão no fêmur; que este já se encontrava em condição delicada de saúde, tendo em vista as sequelas deixadas pelo acometimento passado de poliomielite, tanto que se locomovia por cadeira de rodas; que inexiste dano estético, posto que este já apresentava lesões relativas à doença sofrida, sobretudo, atrofia muscular; que não quer se falar em pensionamento já que o autor já usufrui de aposentadoria por invalidez, adicionada do

percentual de 25% para contratação de terceiros para lhe prestar auxílio.

Contrarrazões no *index* nº 335 e *index* nº 357.

Parecer do Ministério Público (*index* nº 370), pelo desprovimento de ambos os recursos.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo, estando presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, sobre o tema entabulado, é já corriqueiro nas nossas Câmaras, diz respeito a saúde como um direito fundamental de todos e dever do Estado, art. 6º e 198, bem como estabelece que a competência será comum dos Estados, Distrito Federal e Municípios no cuidado com a saúde e assistência pública, art. 23, II, todos da CR/88.

Desta forma, qualquer pessoa, na medida de sua necessidade, poderá requerer a qualquer ente a prestação de assistência terapêutica quando não puder arcar com as despesas, sem prejuízo de sua própria subsistência, conforme arts. 196 e 198 da CRFB/88. Nesse sentido, restou comprovado que o apelado não possuía condições de arcar com os custos do tratamento, nem sua família.

A Lei nº 8.080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde, reconheceu o direito à saúde, art. 2º, como direito fundamental do ser humano e em seu art. 1º, estabeleceu que será prestado em caráter permanente ou eventual.

Também é oportuno lembrar que o Serviço Médico oferecido pelo SUS é serviço público essencial que deve primar pela eficiência, segurança e adequação, ainda que dispensada contraprestação, sendo aliás previsto no próprio CDC juntamente com os serviços mediante remuneração (art. 22):

> Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Igualmente, guardando semelhança de tratamento aos serviços prestados mediante contraprestação, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores de Serviços Públicos, nos casos de vícios ou danos perpetrados.

Nesse sentido, o parágrafo único do citado art. 22:

> Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Tal Responsabilização não é novidade do legislador infraconstitucional, sendo decorrência do art. 37, § 6º da CR/88, que assim estabelece:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Na presente hipótese, registre-se que esse será o embasamento jurídico aplicável, malgrado o CDC guarde aos profissionais médicos, quando profissionais liberais, a responsabilidade subjetiva na forma do art. 14 do CDC.

Ainda sobre o tema, convém lembrar que

o entendimento do E. STF acolhe a teoria da dupla proteção para justificar o ajuizamento da demanda em face do Estado e não diretamente contra o seu preposto: uma garantia ao lesado que terá a seu favor a responsabilidade objetiva e uma garantia ao servidor que somente será punido a título de dolo culpa regressivamente.

Fixadas tais premissas. Vamos ao caso concreto.

Com este desiderato, narra o autor que no dia 28/05/2016, deu entrada em Unidade Hospitalar da Municipalidade ré, queixando-se de dormência do lado direito do corpo e hipertensão arterial. Informado que deveria esperar para ser atendido, necessitou ir ao banheiro, o que somente pôde fazer desacompanhado.

No interior do sanitário, o autor já bastante combalido, acabou sofrendo uma queda, vindo a quebrar o osso femoral.

Sem ser diagnosticado acerca dos sintomas iniciais que o levaram até o hospital, o autor foi dirigido ao setor de traumatologia, sendo submetido à cirurgia ortopédica na perna lesionada pela queda.

No dia 18/09/16 de internação o autor obteve alta hospitalar sem, frise-se, nada ser avaliado quanto ao seu quadro clínico de dormência lateral e hipertensão.

Recebido, enfim, resultados de tomografia realizada em 28/08/2016, foi constatado que o autor tinha, na ocasião de sua ida ao hospital, AVC.

Ato contínuo, em poucos dias após seu retorno para casa, o autor sofreu o segundo AVC, o que resultou em sequelas gravíssimas como perda da fala, da mobilidade dos membros, entre outras.

Após a narrativa da tormentosa experiência do autor em busca de cuidados médicos, não há como não fazer referência ao dito popular "saiu pior do que entrou".

De fato, resta claro que o quadro do autor que já era delicado, apenas se agravou desde o momento que adentrou a unidade hospitalar administrada pela ré.

A conduta negligente, imperita e imprudente, todas presente, dos profissionais salta aos olhos.

Não se diga isso apenas em relação ao grave acidente sofrido nas instalações do hospital. Mas também e, ouso dizer, ainda mais grave a forma como foi conduzida sua estada no Hospital sem que nada fosse investigado sobre os sintomas relatados pelo autor.

Isso se mostra ainda mais absurdo ao analisar os documentos trazidos pelo autor, notadamente, a tomografia realizada (*index* nº 27), cujo laudo, sugerindo "injúria isquêmica" ficou pronto um dia antes da liberação do autor, a indicar, no mínimo, sua avaliação clínica por um neurologista antes de sua alta médica.

Logo, a sua piora logo após retornar a casa é decorrência lógica dos fatos anteriores.

Note-se, que a esta conclusão chegou o perito nomeado pelo D. Juiz, ao afirmar que as lesões atuais do autor seriam agravamento da ausência dos cuidados específicos quando do primeiro AVC sofrido, cujos sintomas foram sentidos logo quando se dirigiu ao hospital (*index* nº 233).

Deste modo, reconhecidos o dano e o seu nexo causal, é dever do réu reparar integralmente o autor.

No cenário internacional, pode-se citar, por oportuno, o precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, no caso *"Poblete Vilches e outros vs. Chile"* em que se reconheceu a responsabilidade do Estado pela morte do paciente por não ter fornecido à vítima o atendimento intensivo de que necessitava antes da concessão da alta médica:

> "(...) 149. No caso *sub judice*, este Tribunal

observou uma série de omissões em prestações básicas em matéria de saúde, várias das quais inclusive foram reconhecidas pelo Estado (supra p. 17 e 18). Particularmente, em sua segunda internação se verificou que o Estado era consciente do tratamento intensivo (disposto na ficha clínica) requerido pelo senhor P.V., e; não obstante, não o forneceu. 150. A Corte estima que o Estado negou ao senhor Poblete Vilches um tratamento médico de urgência, não obstante havia consciência, por parte do pessoal médico, que a vida do paciente se encontrava em risco se não fosse dispensado o suporte vital requerido e, particularmente, diante de sua situação de idoso (supra p. 137). Assim, o Estado não tomou as medidas necessárias, básicas e urgentes que, razoavelmente, poderiam ter sido adotadas para garantir seu direito à vida (supra p. 141 e 142). Outrossim, o Estado não apresentou uma justificativa válida para negar os serviços básicos de urgência. (....)"

Quanto aos danos, sentença condenou o réu na obrigação de custear todos os procedimentos, medicamentos e exames necessários ao restabelecimento e reabilitação do autor, bem como em danos morais no importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Ambas as partes apelaram com relação ao dano moral. O autor pela majoração e o réu pela sua exclusão.

Com efeito, diante de toda a narrativa os danos morais merecem majoração para melhor refletir o caso concreto.

Acrescente-se que o fato de o autor ser pessoa com deficiência e mobilidade reduzida, agora agravada com o segundo AVC apenas reforça a reparação extrapatrimonial condizente.

Aliás, a hipervulnerabilidade do autor potencializa o dever objetivo de cuidado e tem amparo no direito internacional e pátrio.

É o que informam a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência e seu protocolo facultativo (Convenção de Nova Iorque – Dec. nº 6.949/09) e o Estatuto da Pessoa Com Deficiência, Lei nº 13.146/2015, sendo a convenção internalizada no nosso ordenamento com força de emenda à constituição, de acordo com a sistemática do art. 5 § 3º da CR/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Especialmente tratando do direito à saúde, assim previram os aludidos diplomas:

Na Convenção, cita-se:

Artigo 25

Saúde

Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes:

b) Propiciarão serviços de saúde que as pessoas com deficiência necessitam especifica-

> mente por causa de sua deficiência, inclusive diagnóstico e intervenção precoces, bem como serviços projetados para reduzir ao máximo e prevenir deficiências adicionais, inclusive entre crianças e idosos;

Em sentido idêntico é o art. 18, § 4º, incisos I e II do Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD:

> Art. 18. É assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário.
>
> § 4º As ações e os serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar:
>
> I - diagnóstico e intervenção precoces, realizados por equipe multidisciplinar;
>
> II - serviços de habilitação e de reabilitação sempre que necessários, para qualquer tipo de deficiência, inclusive para a manutenção da melhor condição de saúde e qualidade de vida;

Assim, o montante que deve ser aumentado para R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Nesse sentido, o seguinte precedente deste TJRJ:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SAÚDE PÚBLICA. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO ESTÉTICO E DANO MORAL. Autora que alega ter sido vítima de erro médico no tratamento realizado na rede pública municipal de saúde, com erro de diagnóstico, que a levou a realizar cirurgia dos tendões e colocação de enxerto. Sentença de parcial procedência, condenando os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização por dano moral no valor R$ 20.000,00 e ao pagamento de indenização por dano estético no valor de R$ 1.000,00. Preliminar de ilegitimidade passiva do agente, preposto do município que se acolhe. O Supremo Tribunal Federal detém o entendimento de que não se reconhece a legitimidade passiva do agente público em ações de responsabilidade civil fundadas no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Tema 940 do STF. Portanto, resta comprovada a ilegitimidade passiva *ad causam* do preposto do réu, devendo o processo ser julgado extinto, sem resolução do mérito (artigo 485, inciso VI do CPC) em relação ao réu E. dos S.S.. Importante salientar que a responsabilidade civil do Estado não se confunde com a responsabilidade subjetiva do agente, que exige a comprovação da culpa para a sua caracterização, sendo certo que poderá ser perquirida em ação regressiva. Na hipótese, a autora sofreu acidente com queda sobre estrutura metálica lesionado a face palmar dos 2º, 3º e 4º quirodáctilos esquerdo, lesão esta que foi primariamente sutura e orientada a seguir com medicação, não havendo avaliação por especialista em mão nesta primeira abordagem. Ao retornar ao hospital, foram constatadas áreas de necrose e infecção, que foi desbridada e tratada para preparar para enxerto e rafia dos tendões dos dedos. O laudo pericial concluiu pela falha no atendimento da autora, com nexo causal entre o acidente ocorrido e as lesões da demandante. Debilidade permanente com a perda da extensão do terceiro quirodáctilo esquerdo, resultando em incapacidade parcial leve. Não resta dúvida quanto ao dano estético suportado pela requerente, estando correta a sentença que condena o réu ao pagamento da indenização no valor de R$ 1.000,00. Dano moral configurado, ante à negligência médica na prestação do atendimento, arbitrada em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não sendo desarrazoada a verba indenizatória fixada, deve ser prestigiada a decisão de primeira instância, conforme entendimento consolidado no verbete nº 343, da súmula do TJRJ. Sem condenação em custas e

> taxa judiciária ante a isenção legal do Município do Rio de Janeiro, devendo a municipalidade arcar com os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte autora, os quais se majoram para 12% do valor da condenação. Fixo honorários advocatícios em 10% do valor da causa, devidos pela parte autora ao patrono do réu, ante a extinção do feito, sem resolução do mérito, ressalvada a gratuidade de justiça deferida. Conhecimento e provimento do recurso do réu E. dos S.S. e conhecimento e não provimento do recurso da municipalidade. 172186-65.2016.8.19.0001 – Apelação. Des. Jds. RICARDO ALBERTO PEREIRA - Julgamento: 14/10/2020 - Vigésima Câmara Cível.

No que tange ao pedido de pensionamento, este não pode prosperar.

Isso porque o autor já usufrui de aposentadoria por validez, inclusive com o acréscimo de 25% previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/93:

> Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Logo, esbarra-se na impossibilidade de condenar o município a novo pensionamento com o mesmo fundamento.

Ademais, inexiste nos autos comprovação de houve a interrupção de atividade laboral por parte do autor em decorrência do acidente.

Por fim, anote-se que os honorários advocatícios foram corretamente fixados em 10% da condenação. Art. 85, § 2º, incisos I a IV, do CPC:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
>
> I - o grau de zelo do profissional;
>
> II - o lugar de prestação do serviço;
>
> III - a natureza e a importância da causa;
>
> IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

POR TODO EXPOSTO, VOTO PELO PROVIMENTO DO RECURSO DO AUTOR PARA MAJORAR OS DANOS MORAIS PARA O PATAMAR DE R$ 20.000,00 E PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO DO RÉU, MANTIDA NO MAIS A SENTENÇA.

RIO DE JANEIRO, 07 DE ABRIL DE 2021.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO
RELATORA

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. DEFESA DE INTERESSES DOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DE PENALIDADES.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE RIO CLARO. REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA, PARA A DEFESA DE INTERESSES DOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS. PEDIDO DE CONDENAÇÃO NAS PENAS PREVISTAS NA LEI Nº 8.429/92. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO PREFEITO MUNICIPAL.

- Na espécie, os documentos acostados aos autos demonstram que a Prefeitura de Rio Claro, cujo Gestor, à época, era o Réu Apelante, realizou processo licitatório para a contratação do Escritório de Advocacia para a prestação dos "serviços de promoção e acompanhamento dos feitos administrativos e judiciais de interesse dos agentes políticos, em processos junto ao TCE.".

- Encaminhado o respectivo instrumento ao Tribunal de Contas do Estado, este, após análise por seu Corpo Consultivo, reconheceu a ilegalidade do referido ato e procedeu à aplicação de multa ao apelante, por considerar que "a atividade objeto do presente contrato é a defesa de interesses dos agentes políticos municipais, o que não necessariamente confunde-se com o interesse público que a Administração Municipal deve perseguir.".

- O Recorrente, de outro vértice, não trouxe aos autos nenhuma prova que confirmasse a tese de que o serviço prestado era de natureza excepcional; que não pudesse ser exercido pela Procuradoria Municipal, e nem que esta possuía, ao tempo da realização do negócio, apenas dois profissionais que não fossem capazes de prontamente exercer seu *múnus*.

- Assim, a despeito da tese de defesa do apelante, que busca justificar sua conduta em um suposto interesse público, a prova dos autos é suficiente a comprovar que este não foi atendido, e que a contratação ocorreu para exclusivo interesse pessoal dos agentes públicos, conforme descrito no próprio corpo do contrato.

- O que se extrai, então, é que foram violados Princípios Nucleares da Administração Pública, em especial, o da Legalidade, o da Moralidade (previstos no caput, do artigo 37, da CRFB) e o da Supremacia do Interesse Público, ante a não verificação da finalidade última de todo ato administrativo, repita-se à exaustão, o interesse público. Dito isto, sobressai a ilegalidade do ato praticado pelo Recorrente.

- Sobre a responsabilidade do réu apelante, esta é pessoal, posto que ele exercia o cargo de Prefeito do Município de Rio Claro; a ele competia ordenar as despesas municipais, e, do ato, não se extrai nenhuma margem de discricionariedade para contratar empresa que realizasse as mesmas funções da Procuradoria Municipal.

- É importante destacar que, conforme orientação do C. STJ, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas penas da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo (artigo 9º e 11º), ou, ao menos, na culpa (artigo 10º). Dito isto, há de se concluir que a conduta do réu se amolda ao teor do artigo 11º da Lei nº 8.429/1992, e constitui ato de improbidade administrativa.

- Com efeito, ainda que a contratação não tenha causado prejuízo ao Erário, e que o valor tenha respeitado o Princípio da Economicida-

de, deve-se atentar para o uníssono entendimento do C. STJ, que considera dispensável a comprovação de efetivo prejuízo aos cofres públicos como condição de aplicação das sanções por ato de improbidade.

- Quanto às penas aplicadas, devem ser considerados a gravidade do ato; a extensão do dano causado e o proveito patrimonial auferido, e, na situação em análise, há de ser levado em conta, ainda, que o réu apelante responde a vários outros processos por malversação de dinheiro público, conforme explanado na fundamentação da sentença.

- Nesse passo, ponderadas tais circunstâncias em contraposição ao disposto no artigo 12, da Lei de Improbidade, conclui-se que a penalidade imposta é proporcional e razoável, não havendo que se pretender sua modificação.

- Sentença que deve ser mantida em sua integralidade.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0000683-42.2010.8.19.0047, onde figuram como Apelante D.J.M.P. e Apelados Ministério Público e o Município de Rio Claro,

Acordam, os Desembargadores que integram a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, desprover o recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, intrínsecos e extrínsecos, conheço do recurso.

Na espécie, trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, cuja inicial, amparada nas provas colhidas no bojo de Inquérito Civil, veiculou pedido de condenação dos Réus a procederem à devolução dos valores despendidos com a contratação de Escritório de Advocacia; de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos do Agente Público; de pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público.

A sentença foi proferida nos seguintes termos:

Pelo exposto, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos formulados em relação aos réus BARCELAR E LEAL ADVOGADOS E CONSULTORIAS ASSOCIADOS, MURILO PROVENÇANO DOS REIS LEAL e FELIPE DE OLIVEIRA ANTUNES.

No tocante aos pedidos formulados em relação ao réu DIDÁCIO JOSÉ DE MOARES PENNA, **JULGO-OS PARCIALMENTE PROCEDENTES** para SUSPENDER seus direitos políticos pelo prazo de três anos; bem como para CONDENÁ-LO ao pagamento de multa civil no valor correspondente a 20 (vinte) vezes o valor da remuneração que recebia à época dos fatos, PROIBINDO-O de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 03 (três) anos.

Em consequência, JULGO EXTINTO O PROCESSO, COM JULGAMENTO DO MÉRITO, na forma do art. 487, inciso I do CPC c/c art. 18 da LIA.

Condeno o réu Didácio ao pagamento das custas processuais, deixando de condená-lo ao pagamento de honorários advocatícios, levando-se em conta o Precedente do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DANO AO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. CONDENAÇÃO DOS RÉUS EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia – Ação Civil Pública imputando obrigação de fazer à Municipalidade – à luz de fundamentos constitucionais (arts. 3º , 37 , § 6º , 182 , § 1º , e 225 da CF/1988), cuja apreciação, em se tratando de recursos extremos, é da competência do Supremo Tribunal Federal. 2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, quando a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público for julgada procedente, descabe condenar a parte vencida em honorários advocatícios. Ressalva do ponto de vista do Relator. 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido". **(STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1038024 SP 2008/0052146-0 - Data de publicação: 24/09/2009)**

"É firme a jurisprudência da Primeira Seção no sentido de que, por critério de simetria, não cabe a condenação da parte vencida em ação civil pública ao pagamento de honorários advocatícios. Recurso especial parcialmente provido". **(STJ, REsp 1346571/PR RECURSO ESPECIAL 2011/0114205-5, julgado em 05.09.2013)**

Inconformado, apela o primeiro réu, reiterando a tese de que o motivo da contratação foi o fato de que a Procuradoria do Município de Rio Claro não estava aparelhada para desempenhar todas as atribuições que lhe eram incumbidas, pois, à época, dispunha de apenas dois profissionais.

Destaca que a sentença recorrida deixou de reconhecer que foram prestigiados os Princípios da Segurança Jurídica e Eficiência quando da gestão pública; que o valor contratado respeitou o Princípio da Economicidade, e que o contrato teve início com um ofício encaminhado pela Secretaria Municipal de Governo solicitando a autorização de processo licitatório, onde foi justificado o in-

teresse público, não havendo, assim, que se falar em defesa de interesse particular.

Entende que o valor da multa aplicada é desproporcional e impossível de ser cumprida, e que não houve enriquecimento ilícito no presente caso, fato que deve ser considerado por este E. Tribunal para afastar as sanções reflexas da improbidade administrativa, tais como a multa civil, o ressarcimento ao erário e a proibição de contratar com o poder público.

Caso seja mantido o entendimento de que houve prática de ato ímprobo, defende que a sanção razoável e proporcional é apenas a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 03 anos.

Com estes argumentos, pugna pela reforma da sentença, e pela improcedência dos pedidos autorais. Subsidiariamente, pede a parcial reforma do julgado, para afastar integralmente a sanção de multa civil, ou reduzi-la para o valor correspondente à uma remuneração do agente, assim como a sanção de proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos, mantendo-se, apenas a sanção de suspensão dos direitos políticos pelo prazo três anos.

Passo ao voto.

VOTO

Pois bem. A pretensão deduzida na peça inaugural encontra suporte nos dispositivos da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

A referida Lei de Improbidade Administrativa foi editada buscando regulamentar o artigo 37, § 4° da CRFB/88, e com vistas a combater atos que violem a moralidade e o patrimônio público, e é sobre ela que serão feitas breves considerações iniciais.

Resumidamente, o ato de improbidade administrativa é aquele considerado ilegal ou contrário aos princípios básicos da Administração Pública, cometido por agente público, durante o exercício de função pública. Com efeito, ainda que o comando constitucional não nos tenha conferido uma definição jurídica explícita, pode-se extrair três espécies de atos ímprobos e os elementos que os caracterizam.

A primeira espécie é a dos atos de improbidade que causam enriquecimento ilícito, previstos no artigo 9° da Lei. São aqueles através dos quais o sujeito ativo recebe benefício ilícito em decorrência do ato praticado. Em relação aos atos de improbidade previstos neste dispositivo, o entendimento consolidado na jurisprudência é no sentido de que apenas o ato praticado de forma dolosa caracteriza ato de improbidade.

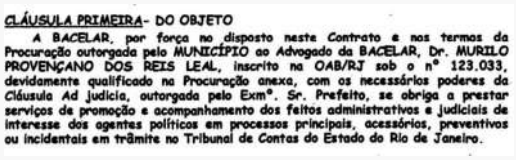
A segunda é a dos atos de improbidade que causam danos ao erário, previstos no artigo 10 da Lei. São aqueles em que, embora o administrador não obtenha para si algum benefício ilícito em decorrência do ato praticado, a sua conduta provoca dano ao patrimônio público. Em relação aos atos de improbidade previstos neste artigo, o entendimento consolidado na jurisprudência é no sentido de que são elementos subjetivos o dolo ou a culpa, esta, em qualquer das suas espécies (negligência; imprudência; imperícia).

A terceira e última espécie é a dos atos de improbidade que decorrem da violação dos princípios elencados no artigo 11 da Lei. Aqui não se exige prova de dano ao erário e nem enriquecimento do administrador, mas o dolo é elemento essencial para a caracterização do ato.

Relembradas essas premissas, é preciso verificar se, na situação em julgamento, restou caracterizado ou não algum ato de improbidade administrativa. E, da análise do acervo probatório, conclui-se que sim.

Os documentos acostados aos autos demonstram que a Prefeitura de Rio Claro, cujo Gestor, à época, era o réu apelante, realizou pro-

cesso licitatório para a contratação do Escritório de Advocacia Bacelar e Leal Advogados Consultores Associados, para a prestação dos serviços descritos na Cláusula primeira do Contrato nº 48/2007 (f. 64/67), *in verbis*:


CLÁUSULA PRIMEIRA- DO OBJETO

A BACELAR, por força no disposto neste Contrato e nos termos da Procuração outorgada pelo MUNICÍPIO ao Advogado da BACELAR, Dr. MURILO PROVENÇANO DOS REIS LEAL, inscrito na OAB/RJ sob o nº 123.033, devidamente qualificado na Procuração anexa, com os necessários poderes da Cláusula Ad Judicia, outorgado pelo Exmº. Sr. Prefeito, se obriga a prestar serviços de promoção e acompanhamento dos feitos administrativos e judiciais de interesse dos agentes políticos em processos principais, acessórios, preventivos ou incidentais em trâmite no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Diante do ajuste firmado, e da possibilidade de prática de irregularidade, o Município de Rio Claro encaminhou o respectivo instrumento ao TCE (f. 154/157), que, após análise por seu Corpo Consultivo, opinou pela ilegalidade do referido ato e pela aplicação de multa ao apelante, o que foi acatado pelo Relator Conselheiro Júlio Rabelo em sua decisão (f. 164/167).

Nos termos do voto do Relator, "a atividade objeto do presente contrato é a defesa de interesses dos agentes políticos municipais, o que não necessariamente confunde-se com o interesse público que a Administração Municipal deve perseguir.".

Consignou, ainda, que "os serviços objeto do contrato poderiam ser perfeitamente executados pela própria Administração Municipal, por meio de sua Assessoria Jurídica, com auxílio do controle interno e de outros setores, não restando comprovada, assim, a inviabilidade do órgão próprio da Administração do Município em realizar a tarefa objeto do presente, não se vislumbrando, portanto, qualquer complexidade na realização dos serviços descritos a f. 05, apta a justificar sua entrega a terceiros, estranhos aos quadros de servidores municipais.".

Além disso, deve-se destacar o depoimento, em audiência, prestado pelo Sr. S., à época, Secretário de Governo, e pelo Sr. C.A., à época, Secretário de Administração, que confirmaram a necessidade de profissional especializado para ocupar o cargo de Procurador do Município, e que não havia impedimento para a realização de concurso para o exercício da advocacia pública.

Registre-se que, apesar de alegar, o recorrente não trouxe aos autos nenhuma prova que confirmasse a tese de que o serviço prestado era de natureza excepcional; que não pudesse ser exercido pela Procuradoria Municipal, e nem que esta possuía, ao tempo da realização do negócio, apenas dois profissionais que não fossem capazes de prontamente exercer seu *múnus*.

Assim, a despeito da tese de defesa do apelante, que busca justificar sua conduta em um suposto interesse público, a prova dos autos é suficiente a comprovar que este não foi atendido, e que a contratação ocorreu para exclusivo interesse pessoal dos agentes públicos, conforme descrito no próprio corpo do contrato.

O que se extrai, então, é que foram violados Princípios Nucleares da Administração Pública, em especial, o da Legalidade, o da Moralidade (previstos no caput, do artigo 37, da CRFB) e o da Supremacia do Interesse Público, ante a não verificação da finalidade última de todo ato administrativo, repita-se à exaustão, o interesse público. Dito isto, sobressai a ilegalidade do ato praticado pelo recorrente.

Sobre a responsabilidade do réu apelante, esta é pessoal, posto que ele exercia o cargo de Prefeito do Município de Rio Claro; a ele competia ordenar as despesas do Município, e, do ato, não se extrai nenhuma margem de discricionariedade para contratar empresa que realizasse as mesmas funções da Procuradoria Municipal.

É importante destacar que, conforme orientação do C. STJ, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas penas da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subje-

tivo, consubstanciado no dolo (artigo 9º e 11), ou, ao menos, na culpa (artigo 10).

Dito isto, há de se concluir que a conduta do réu se amolda ao teor do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, e constitui ato de improbidade administrativa.

> "Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (...)".

Com efeito, ainda que a contratação não tenha causado prejuízo ao Erário, e que o valor tenha respeitado o Princípio da Economicidade, deve-se atentar para o uníssono entendimento do C. STJ, que considera dispensável a comprovação de efetivo prejuízo aos cofres públicos como condição de aplicação das sanções por ato de improbidade.

Nesse sentido:

> Processo AgInt no AREsp nº 1.078.064/MA
>
> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0071275-4
>
> Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133)
>
> Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA
>
> Data do Julgamento 27/10/2020
>
> Data da Publicação/Fonte DJe 30/11/2020
>
> Ementa
>
> I. DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO EM RESP. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA PELO MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO DO SÓTER/MA EM DESFAVOR DE EX-ALCAIDE DA REFERIDA URBE, À CONSIDERAÇÃO DE QUE O ENTÃO GESTOR SE OMITIU À PRESTAÇÃO DE CONTAS, RAZÃO PELA QUAL DEVEM-LHE SER IMPOSTAS AS REPRIMENDAS DA LEI Nº 8.429/1992.
>
> II. SENTENÇA CONDENATÓRIA COM BASE NO ART. 11, II E VI DA LEI, QUE PREVÊ ATOS OFENSIVOS AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS POR OMISSÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS, AFASTANDO A OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO. CONFIRMAÇÃO DO JULGADO PRIMITIVO PELO TRF DA 1ª REGIÃO, NA MEDIDA EM QUE, MUITO EMBORA SE RECONHEÇA A PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO, NÃO SE EVIDENCIOU PREJUÍZO AO ERÁRIO, MOTIVO PELO QUAL A DETERMINAÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES AOS COFRES PÚBLICOS NÃO SE APLICA À HIPÓTESE. PRETENSÃO DO ACUSADOR DE REFORMA DO ALUDIDO JULGADO.
>
> III. NO ENTANTO, PARA A CONFIGURAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS (ART. 11 DA LEI Nº 8.429/1992), É DISPENSÁVEL A COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS COMO CONDIÇÃO DE APLICAÇÃO DAS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE, SALVO QUANTO À PENA DE RESSARCIMENTO, CONFORME SE PODE NOTAR NOS SEGUINTES ILUSTRATIVOS: RESP Nº 1.320.315/DF, DJE 20/11/2013, E AGRG NOS EDCL NO AGRG NO RESP Nº 1.066.824/PA, DJE 18/09/2013, RESP Nº 1.192.758/MG, REL. P/ACÓRDÃO MIN. SÉRGIO KUKINA, DJE 15/10/2014.
>
> IV. NA HIPÓTESE, NÃO SE EVIDENCIOU A LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO, RAZÃO PELA QUAL A SANÇÃO DE RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO NÃO TEM LUGAR. AGRAVO INTERNO DO ÓRGÃO ACUSADOR DESPROVIDO. 1. Para a configuração dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11 a Lei nº 8.429/1992), é dispensável a comprovação de efetivo prejuízo aos cofres públicos como condição de aplicação das sanções por ato de improbidade, salvo quanto à pena de ressarcimento, conforme se

pode notar nos seguintes precedentes: REsp. nº 1.320.315/DF, DJe 20/11/2013; e AgRg nos EDcl no AgRg no REsp. nº 1.066.824/PA, DJe 18/09/2013; REsp. nº 1.192.758/MG, Rel. p/Acórdão Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 15/10/2014. 2. Na presente demanda, o Tribunal de origem, com base na moldura fático-probatória que se delineou no caderno processual - gize-se, impermeável a modificações em sede de recorribilidade extraordinária -, atestou não haver evidências de que os recursos públicos foram malbaratados, razão pela qual não se pode considerar vulnerados os arts. 11 e 12 da Lei nº 8.429/1992, que autorizam a determinação de restituição de valores somente nas hipóteses em que o resultado naturalístico (lesão aos cofres públicos) se conformar, não havendo que se falar, para a hipótese presente, em dano presumido. 3. Muito embora tenha ocorrido condenação na espécie com notória infidelidade ao libelo - uma vez que a Municipalidade Autora da ação promoveu iniciativa com fulcro no art. 10 da Lei nº 8.429/1992 (f. 7), mas o réu foi condenado com base no art. 11 do referido édito -, dúvida não remanesce de que as Instâncias Ordinárias foram unânimes em afastar a ocorrência de lesão ao patrimônio público (f. 201/202), razão pela qual a pretensão do Órgão Acusador não merece acolhida. 4. Agravo Interno do Órgão Acusador desprovido.

Quanto às penas aplicadas, devem ser considerados a gravidade do ato; a extensão do dano causado e o proveito patrimonial auferido, e, na situação em análise, há de ser levado em conta, ainda, que o Réu Apelante responde a vários outros processos por malversação de dinheiro público, conforme explanado na fundamentação da sentença.

Nesse passo, ponderadas tais circunstâncias, em contraposição ao disposto no artigo 12, da Lei de Improbidade, conclui-se que a penalidade imposta, consistente na suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de 03 anos, e pagamento de multa civil no valor de 20 vezes o valor da remuneração recebida à época dos fatos, é proporcional e razoável, não havendo que se pretender sua modificação.

Por estas razões, voto no sentido de CONHECER DO RECURSO e NEGAR-LHE PROVIMENTO. Não tendo havido condenação em honorários, deixo de aplicar a majoração do artigo 85, § 11, do CPC.

RIO DE JANEIRO, 29 DE MARÇO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. MARIA REGINA NOVA ALVES
RELATORA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESIDÊNCIAS TERAPÊUTICAS. IMPLANTAÇÃO. OMISSÃO DO ENTE MUNICIPAL. DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. OBRIGAÇÃO DE FAZER.

EMENTA

Apelação Cível. Ação Civil Pública. Implantação de Residências Terapêuticas e desinstitucionalização de pacientes deslocados para outros municípios, além de outros pleitos secundários decorrentes desses pedidos. Sentença que julgou improcedente a pretensão autoral. Omissão estatal na implementação de preceito fundamental, a autorizar, ainda que excepcionalmente, a ingerência do Poder Judiciário na execução das opções políticas do administrador. Precedente do STJ que representa o entendimento firme e consolidado da Corte sobre o tema. Prova produzida nos inquéritos civis e em Juízo que corroboram a necessidade da instalação das Residências Terapêuticas e da maioria das medidas pugnadas na inicial. Lei nº 10.216/2001. Portarias nºs 106/2000 e 3.090/2011 do Ministério da Saúde. Município que não pode,

em nome da discricionariedade, deixar de cumprir determinações constitucionais e legais. Sistema que é sustentado pela União, por meio de repasses financeiros, cabendo ao Município providenciar os imóveis, gerir os recursos recebidos e disponibilizar os recursos humanos. Apelo provido em sua maior parte. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0059880-47.2013.8.19.0038, sendo Apelante o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Apelado o Município de Nova Iguaçu.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso, na forma do voto do relator.

VOTO

O recurso é tempestivo e estão presentes os demais requisitos para sua admissibilidade, de forma a trazer o seu conhecimento.

Relatório a f. 505/506, seguindo-se breve síntese do pedido inicial, que está a f. 10/11.

Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público pretende a condenação do Município de Nova Iguaçu em obrigação de fazer consistente em: implantar 3 (três) Serviços Residenciais Terapêuticos (SRTs) estruturados nos moldes previstos nas Portarias nºs 106/2000 e 3.090/2011, do Ministério da Saúde; instalar os pacientes do Município de Nova Iguaçu, atualmente de alta, nas residências terapêuticas em questão; inscrever todos os pacientes indicados no Programa de Volta para Casa, do Governo Federal; comprovar que requereu o remanejamento das verbas referentes às AIH's dos pacientes nas instituições que se encontravam internados; realizar as ações necessárias à reinserção dos pacientes de alta, mas que possuam vínculos familiares (e não têm indicação para RT); requerer ao Estado do Rio de Janeiro o incentivo previsto no art. 5º, § 2º, da Resolução SESDEC nº 235/2008; e condenar o réu nos ônus sucumbenciais, com reversão de verbas ao Fundo Especial do Ministério Público.

A sentença, que está a f. 406/410, julgou improcedentes os pedidos, com fulcro do princípio da separação de poderes, a respaldar o entendimento de não caber ao Judiciário intervir em atribuições que seriam do Poder Executivo, que atua respaldado no princípio da discricionariedade. Foi ali destacado, ainda, que a intervenção do Judiciário em políticas públicas só pode recair "sobre o conceito do mínimo existencial", o que não seria o caso.

O apelo interposto pelo Ministério Público (f. 411/434) ataca tais fundamentos da sentença, ressaltando que o direito fundamental à saúde mental é uma parcela integrante do conceito de mínimo existencial, dignidade da pessoa humana com transtorno mental e que a hipótese, portanto, envolve dupla vulnerabilidade. Daí rechaçar seja trazida a exceção de reserva do possível, tampouco eventual limitação orçamentária municipal. Outro fundamento constante do recurso de apelação é a respeito do tema da limitação à discricionariedade administrativa, uma vez que, como aponta, está em jogo a concretização dos direitos fundamentais, de forma que a omissão estatal se torna passível de controle judicial e daí não ocorre violação ao princípio da separação de poderes. Além, como aduz, da inoponibilidade da reserva do possível no caso concreto.

Assiste razão ao Ministério Público em sua irresignação contra os fundamentos da sentença acima indicados.

A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas é excepcional e só pode ocorrer quando configurada violação dos preceitos fundamentais.

A legitimidade para a implementação de políticas públicas compete precipuamente aos Poderes Executivo e Legislativo, cada qual dentro de sua esfera de atribuições, cabendo ao Poder Judiciário tão somente intervir na concretização dos direitos sociais quando configurada a omissão estatal na disponibilização do mínimo necessário à garantia de uma existência digna ao cidadão.

Assim, uma vez verificada a omissão estatal na implementação de um preceito fundamental, resta autorizada a ingerência do Poder Judiciário na execução das opções políticas do administrador. A propósito, segue julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. OMISSÃO ESTATAL. DIREITOS ESSENCIAIS INCLUSOS NO CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL. INSTALAÇÃO, ESTRUTURAÇÃO E APARELHAMENTO DO CONSELHO MUNICIPAL DO IDOSO.
>
> 1. Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Município de Trajano de Moraes, requerendo o *Parquet* seja compelida a municipalidade a providenciar a criação, implantação, implementação e funcionamento do Fundo e do Conselho Municipal do Idoso.
>
> 2. Ao dirimir a controvérsia, o Tribunal local consignou (f. 245-246, e-STJ): "(...) não cabe ao Poder Judiciário substituir-se ao administrador na escolha de políticas públicas, especialmente no que tange a estruturação do Conselho do Municipal do Idoso, em afronta ao princípio da separação de poderes"; e "ausente frontal violação dos direitos preceitos fundamentais a justificar a intervenção judicial, bem como diante da atuação gradativa da Administração Pública no que concerne à implementação do Conselho do Idoso, não se afigurando hipótese de omissão do administrador, não há como imiscuir-se o Poder Judiciário na alocação dos recursos públicos, por se tratar de função típica do Poder Executivo".
>
> 3. O funcionamento efetivo do Conselho Municipal do Idoso constitui uma das diretrizes da Política Nacional do Idoso, uma vez que possibilita às pessoas de idade avançada a integração ao meio social em que vivem.
>
> 4. Sua previsão encontra guarida no art. 7º do Estatuto do Idoso, que determina expressamente a criação e o funcionamento obrigatórios do Conselho Municipal do Idoso. Assim, torna-se imperioso à Administração Pública garantir seu devido funcionamento, sem margem para discricionariedade.
>
> 5. Isso posto, a não destinação de estrutura mínima necessária ao funcionamento do Conselho Municipal do Idoso resulta em afronta aos dispositivos legais acima indicados. Não basta assegurar tão somente mera existência formal do Conselho, impossibilitado de exercer seu mister previsto em disposição legal.
>
> 6. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme e consolidado de que, na hipótese de demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social, sem que haja invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível. Nesse sentido: AREsp nº 1.069.543/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 02/08/2017; REsp nº 1.586.142/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 18/04/2016.
>
> 7. Além disso, "o controle jurisdicional de políticas públicas se legitima sempre que a

'inescusável omissão estatal' na sua efetivação atinja direitos essenciais inclusos no conceito de mínimo existencial" (AgInt no REsp nº 1.304.269/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe 20/10/2017).

8. Recurso Especial provido.

(REsp nº 1.702.195/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 06/03/2019)

Aliás, sobre a invocação dos princípios da separação de poderes e da discricionariedade administrativa, bem apontou a Procuradoria de Justiça sobre sua não incidência na hipótese, como se infere do teor do parecer de f. 486/503, cujos fundamentos são aqui adotados, deixando-se de fazer sua transcrição por afeição à brevidade, mas que ficam como se aqui estivessem lançados.

Portanto, diante da omissão do gestor público em questão como a de que aqui se cuida, é possível o controle jurisdicional de política pública.

Passa-se ao cotejo dos fatos trazidos com as provas produzidas.

Infere-se da petição inicial que o Ministério Público busca resguardar o mínimo existencial, a integridade física, psíquica e a saúde da população, como se vê do teor dos autos, notadamente dos documentos extraídos do Inquérito Civil nº 130/2009 (f. 12/114) e do Inquérito Civil nº 338/2009 (f. 115/131).

A respeito do primeiro inquérito civil referido, transcreve-se o seguinte trecho do parecer da Procuradoria de Justiça, que está a f. 492:

"Por sua vez, no Inquérito Civil nº 130/09, em que se apura as deficiências da rede de saúde mental do Município de Nova Iguaçu, foi constatada a necessidade de expansão da rede extra-hospitalar, com a implantação de 03 novas residências terapêuticas, de forma a atender a demanda proveniente da desinstitucionalização de pacientes internos de longa permanência em instituições psiquiátricas.

No mesmo IC nº 130/09, apurou-se a existência de 8 pacientes oriundos do Município de Nova Iguaçu internados de longa permanência na instituição denominada CLIPAVA - Clínica Vale do Paraíba Ltda., e 1 na Instituição denominada Clínica Sanatório do Rio de Janeiro, que também já se encontravam de alta médica, com a indicação de transferência para residência terapêutica, pelas mesmas razões.

Conforme ressalta o i. Promotor de Justiça signatário da insurgência, ao longo dos 07 anos de tramitação do feito, a situação fática que deu ensejo à deflagração da presente ação civil pública permanece inalterada, é dizer, desde 2013, o município de Nova Iguaçu permaneceu com o mesmo número de 06 Residências Terapêuticas, muito embora estivessem todas com lotação máxima, sem vagas para outros munícipes em processo de desinstitucionalização."

A situação desses pacientes, como dito no apelo, é de uma dupla vulnerabilidade. Como é bem sabido, são cidadãos em grande desvantagem social e sua situação pode ser melhor equacionada com mais vagas para que usufruam dos Serviços de Residência Terapêutica, sendo certo que os autos bem demonstraram que muitos deles foram deslocados para outros municípios, o que faz com que referida desvantagem fique ainda mais gravosa.

Essa situação de deslocamento de pacientes, hospitalizados em estabelecimentos localizados em outros municípios, contribui para alongar o tempo de internação e, assim, acaba criando obstáculo para sua desinstitucionalização. Para se concretizar o retorno desses pacientes, faz-se imperativa a existência de vagas em Residências Terapêuticas.

Quanto à essa insuficiência de vagas, ficou bem demonstrado nos autos que o município réu não logrou solucionar a questão.

O ofício assinado pela Superintendente de Saúde Mental de Nova Iguaçu, que está a f. 68, informa "que o município de Nova Iguaçu possui cinco Residências Terapêuticas estando, no momento, todas com ocupação máxima".

Essa informação sobre "ocupação máxima" é corroborada por outros documentos, como o ofício de f. 114, subscrito pela Coordenadora de Assistência à Família, da Secretaria Municipal de Saúde de Nova Iguaçu.

Importante elemento de prova é o depoimento que o Superintendente de Saúde Mental de Nova Iguaçu prestou em Juízo, conforme f. 343/344, tendo o próprio afirmado:

> "... que hoje em Nova Iguaçu existe a residência terapêutica Esplanada, residência Carmari, Rancho Novo e em Tinguá há três residências terapêuticas (Tinguá I, Tinguá, II e Tinguá III), que atendem cerca de 55 a 60 pacientes; que não há vaga neste momento, estando todas lotadas";..."

O superintendente disse, ainda:

> "... que tem conhecimento de pessoas institucionalizadas em outros Municípios com origem de Nova Iguaçu; que foi aberto processo licitatório para locação de imóvel para duas residências terapêuticas;...".

Nota-se que, no final do referido depoimento, o superintendente confirma saber que cidadãos com origem em Nova Iguaçu estão institucionalizados em outros municípios.

Além disso – e bastante relevante –, informa sobre a criação de duas residências terapêuticas desde 2013, que foi o ano de ajuizamento desta ação, mas esclarece que ao menos uma delas, a de Carmari, é resultado da migração de outra, que era a Monte Líbano, de forma que, segundo ele, eram seis SRTs na ocasião daquele depoimento. Logo, o mesmo número de SRTs existentes quando do ajuizamento da ação, como se vê do segundo parágrafo de f. 5: "Atualmente, o município de Nova Iguaçu dispõe de 06 residências terapêuticas".

Aliás, com relação ao pedido inicial para instalação de SRTs, vê-se de f. 345 que o próprio réu informa sobre planejar a "implantação de mais dois serviços de Residências Terapêuticas no Município, já tendo iniciado os trâmites procedimentais necessários". Ou seja, é o próprio réu admitindo a necessidade de Residências Terapêuticas, embora fale em implantar duas, enquanto o pedido constante da inicial seja de três.

Nessa mesma petição, a f. 346, o réu indica sua intenção de "que executará o plano de desinstitucionalização dos pacientes que ainda estão nas demais unidades descritas no anexo (que não fazem parte da presente ação)". É natural que, no curso desta ação, ajuizada em 2013, os pacientes referidos nos documentos adunados à inicial não sejam exatamente os mesmos no correr do tempo. De toda sorte, é o próprio réu, como visto acima, a admitir tanto a necessidade de mais SRTs quanto de execução do plano de desinstitucionalização de pacientes, medidas que correspondem a itens do pedido autoral.

Sobre a questão orçamentária, o Ministério Público salienta diversas vezes nos autos, como por exemplo a f. 362, que a União repassa verbas para cada Serviço Residencial Terapêutico implantado pelos municípios, o que não foi infirmado pela parte contrária.

A omissão do município réu em implantar SRTs para atendimento de pacientes que precisam desses serviços agride o direito à saúde desses pacientes. O objetivo dos SRTs é prover um recurso extra-hospitalar para que assim seja

efetivada a desinstitucionalização de pacientes, como previsto na Lei nº 10.216/2001, também chamada de Lei Antimanicomial.

A mencionada Lei nº 10.216/2001 criou os fundamentos para o novo modelo de saúde mental no país, merecendo destaque seu art. 3º:

> "É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais."

O art. 4º da lei mencionada dispõe que a internação hospitalar é medida de caráter excepcional e que só se justifica quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

Referida lei, em seu art. 5º, traz a previsão de "alta planejada e reabilitação psicossocial assistida", assegurando-se "a continuidade do tratamento, quando necessário".

Esse cânone é um marco em favor do deslocamento desses pacientes dos hospitais psiquiátricos para a rede extra-hospitalar e para a família.

A fim de dar aplicação à citada norma legal, foi previsto o Serviço Residencial Terapêutico, cuja regulamentação consta de diversos diplomas, sendo o primeiro deles a Portaria nº 106/GM/MS, de 11/02/2000, que criou os "Serviços Residenciais Terapêuticos em Saúde Mental, no âmbito do Sistema Único de Saúde". Advieram as Portarias nºs 52 e 53, ambas de 2004, bem como as Portarias nºs 246/2005, 3.088/2011 e 3.090/2011, todas do Ministério da Saúde.

Merece referência, ainda, a Lei nº 10.708/2003, que instituiu o auxílio-reabilitação psicossocial para pacientes acometidos de transtornos mentais egressos de internação.

Esse sistema é sustentado pela União por meio de repasses financeiros. A propósito:

> "Para fins de repasse de recursos financeiros, os Municípios deverão compor grupos de mínimo quatro moradores em cada tipo de SRT." (art. 2º-B, § 3º, da Portaria nº 106/2000, do MS)

A Portaria nº 3.090/2011 alterou a Portaria nº 106/2000, mas manteve intocado o trecho acima transcrito, além de trazer normatização sobre desses repasses em seus anexos.

Dessa forma, o Município não pode deixar de cumprir as determinações constitucionais e legais existentes acerca do assunto, cabendo-lhe apenas providenciar os imóveis, gerir os recursos recebidos e disponibilizar os recursos humanos.

Em se tratando de tema que visa resguardar direitos fundamentais do cidadão, como saúde, integridade física e até a própria vida, não se pode admitir a omissão, pois, nesse campo, ela não é uma opção ao gestor público.

Ressalte-se que, na presente hipótese, desde 2009 o Município vem sendo instado a se adequar às normas que visam regulamentar a legislação federal de 2001. A ação foi ajuizada em 2013 e muitos anos se passaram. É, infelizmente, omissão protraída no tempo.

Aprecia-se, nesta fase, cada um dos pedidos autorais.

O **pedido 1** de f. 10 era sobre medida antecipatória, que foi negada, conforme acórdão de f. 328/330, não tendo havido reiteração desse pleito no recurso de apelação.

O **pedido seguinte, de número 2**, é sobre a condenação do réu a providenciar a implantação de 3 (três) SRTs, estruturadas nos

moldes previstos nas Portarias nºs 106/2000 e 3.0890/2011, do Ministério da Saúde, no prazo de 90 (noventa) dias, pleito esse que é julgado procedente, nos termos das razões acima expendidas, devendo tal prazo correr da intimação para cumprimento.

O **pedido 3** é sobre a condenação do réu a instalar os pacientes oriundos do município de Nova Iguaçu, que estariam nos estabelecimentos que ali indica, além de outros que venham a receber alta, nas Residências Terapêuticas em questão. O que também é julgado procedente, fixando-se o mesmo prazo de 90 (noventa) dias, a contar da intimação, para cumprimento.

O **pedido 4** é sobre a condenação do réu para inscrever todos os pacientes em questão no Programa de Volta para Casa, do Governo Federal, que também é julgado procedente, destacando-se ser uma consequência natural e complementar ao pedido principal, que é sobre a instalação das novas Residências Terapêuticas e também desinstitucionalização dos pacientes. O prazo fixado para o cumprimento desta obrigação também é de 90 (noventa) dias, a contar da intimação.

O **pedido 5**, que trata da obrigação para que o réu comprove ter requerido remanejamento de verbas relativas às AIHs, e o **pedido 7**, referente à comprovação de requerimento do incentivo previsto na Resolução SESDEC, são julgados improcedentes, pois são providências administrativas, cabendo ao réu, em seu próprio interesse, tomá-las, não se justificando sua imposição.

O **pedido 6** cuida das providências necessárias para que os pacientes que tiveram alta sejam reinseridos em sua família, de forma que as áreas técnicas de saúde mental empreendam as ações necessárias para tanto, tudo na forma como requerido a f. 09. Esse pleito também decorre dos referidos pedidos principais e, portanto, é julgado procedente. Quanto a esse item, não será fixado prazo porque não foi pedido e também porque se trata de atuação continuada.

O **pedido 8** é o dos ônus da sucumbência. Como visto, o autor se sagrou vencedor na grande maior parte de seus pleitos, de forma que o réu deve arcar com as custas processuais e também com a verba a ser revertida ao Fundo Especial do Ministério Público e que é fixada em 10% (dez porcento) do valor atribuído à causa (R$ 60.000,00). Logo, R$ 6.000,00 (seis mil reais), corrigidos desde o ajuizamento da ação, que se deu em 16/07/2013, conforme informação constante do número de protocolo estampado na lateral superior direita de f. 02.

Por tais razões, O RECURSO DE APELAÇÃO É CONHECIDO, SENDO-LHE DADO PARCIAL PROVIMENTO, para, alterando a sentença, JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO AUTORAL, julgando-se procedentes os pleitos 2, 3, 4 e 6, tudo na forma supra indicada, com os prazos ali fixados, sob pena de multa a ser arbitrada na fase de cumprimento. Os pedidos 5 e 7 restam improcedentes. O pedido 8 é acerca da sucumbência, que é deferido nos termos acima explanados.

RIO DE JANEIRO, 16 DE FEVEREIRO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. WAGNER CINELLI
RELATOR

AÇÃO DE ARBITRAMENTO E COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CAUSÍDICOS INTEGRANTES DO QUADRO SOCIETÁRIO. ILEGITIMIDADE. DIFERENÇA DE REMUNERAÇÃO A SER PAGA.

EMENTA

Apelações Cíveis. Ação de Arbitramento e Cobrança de Honorários Advocatícios. Civil. Processual Civil. Demanda ajuizada por sociedade de advogados e dois causídicos integrantes de seus quadros, objetivando o recebimento de suposto saldo de verba honorária convencio-

nada verbalmente para a defesa dos interesses da Ré em quatro ações judiciais referentes à locação de imóvel de propriedade da contratante. Sentença de parcial procedência quanto à 1ª Autora e de improcedência em relação aos 2º e 3º Demandantes. Irresignações de ambas as partes. Controvérsia recursal atinente (i) à legitimidade dos 2º e 3º Postulantes, aquele atualmente sucedido por seu espólio, para cobrar, no presente feito, os honorários contratuais discutidos, (ii) à efetiva existência de diferença de remuneração a ser paga e, em caso positivo, à sua adequada quantificação, bem como (iii) à devida distribuição dos ônus sucumbenciais. Existência de ajuste verbal entre o então sócio titular do escritório de advocacia Requerente e o antigo representante da administradora de imóveis demandada para o patrocínio das causas descritas na inicial que restou incontroversa, assim como a prestação dos serviços correspondentes. Análise dos elementos constantes dos autos a revelar que tal contratação, ainda que possivelmente influenciada pela *expertise* do 2º Autor no ramo do Direito Imobiliário, não se determinou pela busca dos serviços de um ou outro advogado individualmente considerado, mas sim de toda a estrutura e quadro de profissionais da 1ª Postulante, sendo os honorários convencionais devidos a esta, enquanto parte efetiva da avença. Causídicos que, conquanto hajam atuado nas ações revisionais e renovatórias em favor da Ré, não demonstraram que o contrato verbal reconhecido admitisse que eles próprios cobrassem a remuneração ajustada em face da contratante, ainda que de forma solidária, consubstanciando a discussão quanto ao seu direito sobre os referidos valores, dada a natureza alimentar, questão *interna corporis* da sociedade por eles integrada. Litigantes que não lograram êxito em se desincumbir mínima e satisfatoriamente dos seus respectivos ônus probatórios quanto à subsistência de diferença no importe de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), conforme pleiteado inicialmente, ou da quitação de toda e qualquer dívida honorária contratual por meio dos R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais) previamente adimplidos, nos termos da contestação. Inteligência do disposto no art. 333, I e II, do CPC/73, vigente ao tempo da propositura da presente ação e atualmente reproduzido no art. 373, I e II, do CPC. Necessidade de arbitramento judicial, nos moldes do art. 22, § 2º, da Lei nº 8.906/94, com a observância da moderação e parâmetros estabelecidos pelo art. 49 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (Resolução CFOAB nº 02/2015), com as redações vigentes ao tempo da prolação da sentença. Produção de laudo pericial a requerimento dos Postulantes que, atentando para as circunstâncias do caso concreto, como o período de tempo de labor dos patronos até a extinção das demandas patrocinadas com a celebração de acordo (2006 a 2013), a relevância econômica do bem cuja locação se discutia e sua repercussão nos valores das causas, o renome do escritório contratado e a qualidade dos serviços prestados, concluiu que, em outubro/2015, ainda seriam devidos à 1ª Autora R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais). Diferença apurada que, somada às quantias já pagas, correspondentes, com a atualização até a data da análise do *expert*, a cerca de R$ 276.419,08 (duzentos e setenta e seis mil quatrocentos e dezenove reais e oito centavos), confere remuneração adequada e condizente com os contornos fático-processuais relevantes. Pareceres dos assistentes técnicos das partes que não infirmam, de modo algum, as conclusões do perito nomeado pelo Juízo *a quo*. Tabela da Seccional da OAB que, consoante entendimento jurisprudencial, possui caráter meramente orientador,

não vinculando o julgador. Precedentes do Insigne Superior Tribunal de Justiça e deste Nobre Sodalício. Impugnações à perícia que, em verdade, configuram mero inconformismo com a solução conferida. Alegação defensiva de que os honorários advocatícios seriam superiores ao proveito econômico obtido pela Ré que não se sustenta, na medida em que este não se restringe ao pagamento avençado na autocomposição, abrangendo, também, a própria rescisão da locação e retomada do imóvel, possibilitando que fosse alugado a terceiros. Insatisfação de um dos sócios da Requerida, que depôs em Juízo, com os serviços efetivamente prestados com diligência, consoante a prova pericial produzida, que não se afigura apto a afastar a obrigação de pagar os honorários convencionados e arbitrados judicialmente. Fixação da verba honorária sucumbencial devida. Proporção definida no *decisum* que, a todas as luzes, diz respeito apenas à divisão da responsabilidade pelas custas e despesas processuais. Honorários da sucumbência expressamente estabelecidos, não havendo qualquer erro nos patamares estabelecidos. Manutenção do julgado de 1º grau que se impõe. Aplicação do disposto no art. 85, § 11, do CPC. Conhecimento e desprovimento dos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis nº 0465463-25.2014.8.19.0001, em que são Apelantes A. e Associados Advogados, Espólio de P.E.A., representado por sua inventariante, T.G.A., C.V.N.R. e M.A. de I. Ltda. e Apelados Os Mesmos.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível, em sessão realizada em 06 de julho de 2022, por unanimidade, no sentido do conhecimento e desprovimento dos recursos, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se, nos termos da emenda à inicial de f. 184/195 (IE nº 000184), devidamente recebida a f. 197 (IE nº 000197), de Ação de Arbitramento e Cobrança de Honorários Advocatícios ajuizada por A. e Associados Advogados, P.E.A., posteriormente sucedido pelo seu Espólio, e C.V.N.R. em face de M.A. de I. Ltda., por meio da qual pretendem os Demandantes a condenação da ré ao pagamento de verba honorária referente à prestação de serviços advocatícios que culminaram na celebração de acordo entre a Requerida e terceiro para o encerramento de demandas judiciais envolvendo a locação de imóvel.

Relatam, para tanto, que, "há mais de 20 anos, o escritório de advocacia Pedro A. e Associados Advogados, cuja nova denominação do qual a sociedade 1ª autora é legítima sucessora, tendo o Dr. P.E.A. como sócio titular (doc. 02), foi contratado pela Ré para acompanhar/defender seus interesses em negociações e procedimentos judiciais visando a revisão e/ou renovação dos contratos de locação do imóvel de propriedade dessa empresa, situado à Rua A. de M. nº XXX, nesta cidade, na região mais valorizada da cidade, no denominado 'Quadrilátero do Charme'", ressaltando que "o relacionamento profissional mantido entre ambos os representantes, da autora e da ré, deu ensejo ao desenvolvimento de amizade e confiança recíprocas entre as partes, jamais se exigindo qualquer modalidade de instrumento escrito para que os serviços fossem contratados, prestados com total dedicação e, sempre, ao final do trabalho, devidamente remunerado" (f. 185).

Nesse contexto, aduzem que, "em meados de 2006, a então locatária, surpreendeu a Ré com

uma Ação Revisional (nº 2006.001.025549-7) onde conseguiu, através de uma bem urdida trama judiciária, pasme-se, reduzir substancialmente o aluguel já desatualizado então vigente, isso em pleno bairro de Ipanema e na área mais valorizada comercialmente, (...) tendo os advogados diligenciado rapidamente um laudo técnico por peritos gabaritados que através levantamentos de dados, forneceram elementos para, não só para contestar a ação e suspender a inusitada liminar, como também, aparelhando os advogados uma outra Ação Revisional (nº 2006.001.065943-2), distribuída por dependência, na qual obtiveram, não só a revogação da tutela, como ainda a fixação de um novo aluguel provisório mais elevado", e que, "posteriormente, a então locatária, distribuiu contra a ré uma Ação Renovatória, perante a 41ª Vara Cível (nº 2006.001.062995-6); e, por fim, prestes a vencer o quinquênio renovando, seguiu-se nova Ação Renovatória (nº 0148054-17.2011.8.19.0001) está tendo curso pela 25ª Vara Cível" (f. 186).

Pontuando a qualidade do trabalho desenvolvido pelo escritório e causídicos demandantes, afirmam que "foi necessário utilizar de toda essa qualificação e experiência para enfrentar a então inquilina da Ré, que havia desencadeado uma renhida luta, através da ação Renovatória, distribuída para a 41ª V.C, na qual a referida locatária usou e abusou de todas as artimanhas possíveis e imagináveis para fustigar a ora ré e influenciar o juízo onde transcorriam também as ações revisionais de aluguel. Como resultado a então adversária da ora ré, chegou a anular a perícia que era favorável à Locadora, ora ré, procedendo-se a nova perícia, essa, inteiramente viciada e que exigiu tremendo esforço de parte dos ora autores, na outra renovatória – da 25ª Vara Cível – realizando–se, nesse feito, uma nova perícia na qual, não só se avaliou corretamente o aluguel do imóvel como também se revelaram as artimanhas e infrações contratuais perpetradas pela referida inquilina", de modo que, "sem dúvida alguma que mercê do trabalho, da competência e da dedicação dos advogados da ora Suplicada, Locadora naquelas ações, a então inquilina viu-se na contingência de desistir da luta e aceitou o único acordo então possível, que foi a desocupação e restituição do imóvel, com reconhecimento e confissão da dívida que por ela era devida" (f. 187).

Ponderam, contudo, que, "apesar do êxito praticamente garantido, a ré determinou aos advogados da sociedade autora que aceitassem a transação e a desistência das ações, de modo a facilitar e agilizar a retomada do imóvel e, ainda, apelando para que os advogados renunciassem a qualquer pretensão de honorários sucumbenciais, que certamente lhes seriam devidos se as ações chegassem a seu termo", sendo que, "como em todos os contratos e serviços anteriores, as tratativas, orientações e, os acertos e pagamentos dos honorários foram feitos verbalmente, e sempre através do então diretor gerente, Sr. D.R., então representante da ré, que sempre honrou sua palavra e os seus compromissos, mantendo uma excelente relação profissional com os advogados da Autora" (f. 187/188).

Esclarecem que, para a defesa das ações de nºs 2006.001.062995-6, 2006.001.025549-7 e 2006.001.065943-2, "e logo que concluídos os acordos, foram fixados/estabelecidos entre o Dr. D. e o advogado P.A., os honorários totais de R$ 440.000,00 (quatrocentos e quarenta mil reais), sendo que os R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) haviam sido pagos, *ab initio*, em dois prêmios de R$ 20.000,00 cada, sendo um desses pagamentos, em razão da revogação da antecipação de tutela inicialmente concedida em favor da Locatária, e outro pela obtenção de novo valor locatício", e, quanto ao saldo, "uma parte, no montante de R$ 100.000,00 (cem mil reais) quando da celebração do acordo para a

restituição do imóvel, em 05/07/2013, correspondendo esse valor ao prêmio em função da renúncia à sucumbência, nas 4 (quatro) ações, resultado esse mais do que provável, a que os autores se viram obrigados a abrir mão, para não obstaculizar o acordo que a ora ré, havia concretizado com a sua inquilina" (f. 188).

Prosseguem narrando que, no tocante aos R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) restantes, que já seriam uma redução dos honorários que entendiam devidos segundo a equivalência de "cerca de 4 (quatro) meses de aluguel do imóvel, para a hipótese de êxito nas quatro ações", "aceitaram, ainda, aguardar que a então locatária pagasse a dívida de diferenças de aluguel, ou então, que o imóvel fosse novamente locado, para só então receberem, corrigidos, é claro, os honorários que lhes eram muito mais do que devidos" (f. 188/189), mas, ao buscarem o pagamento de tal quantia junto aos novos representantes da Demandada, que já havia voltado a locar o imóvel, aqueles "informaram à autora que a então locatária, '*Spirit*', deixará de pagar a indenização devida e, em razão disso, a ré também deixaria de honrar os compromissos assumidos" (f. 190), não havendo obtido êxito, também, com a notificação extrajudicial enviada à Requerida.

Diante de tais fundamente, pleiteiam o seguinte (f. 195):

> "(...) d) a final procedência da ação, com: i) a condenação da ré a pagar aos autores os honorários advocatícios ajustados verbalmente, no valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), mais os encargos devidos; ii) ou, outro valor que vier a resultar do prudente arbítrio desse r. juízo, restando inequívoco a prestação dos serviços realizados pelos autores, conforme exaustivamente exposto e documentado na prova dos autos; iii) a condenação da ré a pagar o valor total, seja o acordado ou o que vier a ser arbitrado, acrescido de juros de 1% ao mês e correção monetária pelas UFIRs/RJ a partir da citação;
>
> e) e, finalmente, a condenação da ré nas custas processuais e honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação."

O Juízo da 50ª Vara Cível da Capital proferiu sentença, a f. 909/915 (IE nº 000909), julgando parcialmente procedente o pedido em relação à 1ª Demandante (A. e Associados) e improcedente quanto aos 2º e 3º Demandantes, nos moldes *infra* transcritos:

> "(...)
>
> Versa a hipótese ação de arbitramento e cobrança de honorários advocatícios, na qual os autores desejam a condenação da ré ao pagamento de honorários por serviços advocatícios prestados. Alegam os autores ter sido realizado contrato verbal com o antigo sócio da ré, sr. D., em função da amizade e confiança recíproca que existia, tendo sido o mesmo sucedido, pelo que não teria sido o contrato honrado pelos sucessores.
>
> Inicialmente, cumpre destacar que, de acordo com a teoria da asserção, a verificação dos pressupostos processuais deve ser realizada quando da propositura da ação, de acordo com a inicial. Não tendo sido declarada a ilegitimidade naquela ocasião, passa a matéria a ser analisada quando do julgamento do mérito. Apenas, destaca-se que, para parte da doutrina, a nomenclatura 'condições da ação' ainda deveria ser utilizada, no entanto, não há importância quanto à denominação do instituto neste ato processual.
>
> Dito isso, passo ao mérito.
>
> Em decisão saneadora foi fixado como ponto controvertido a discussão acerca da existência ou não do contrato realizado, sendo certo que,

em sendo reconhecida a existência do contrato, devem ser fixados os respectivos honorários.

Alegam os autores ter sido realizado contrato verbal, em virtude da relação recíproca de amizade e confiança. É cediço que o Direito admite a contratação de forma verbal, quando não existe forma especial expressa no ordenamento jurídico (art. 107 do CC/02).

Compulsando os autos, é possível constatar a existência dos serviços prestados. Nesse ponto, vale mencionar que, conforme o laudo pericial bem destacou, a f. 377, as petições juntadas que subsidiaram a manifestação do *expert*, todas elas, possuem o timbre do escritório de advocacia A. Associados Advogados, não havendo qualquer petição assinada isoladamente por P.A. ou C.V., o que leva à conclusão de que, quanto a estes últimos, os pedidos devem ser julgados improcedentes.

No mais, com relação à existência do contrato, a própria ré afirma, em contestação, que contratou o escritório, ora primeiro autor. Sendo assim, é possível perceber que a discussão sobre a existência do contrato resta finda, já que houve a contratação dos serviços por parte da ré.

Ademais, os documentos juntados a f. 15/170 fazem prova de que os serviços foram efetivamente prestados. O que deve ser analisado a partir de agora é o valor devido a título de honorários.

É inconteste o fato de o escritório autor possuir vários anos de atividade no ramo imobiliário, conforme o laudo pericial constatou (mais de 50 anos). Tal informação leva à consideração de que a experiência consolidada do escritório torna sua contratação mais onerosa do que a de outro profissional.

No tocante ao período em que os serviços foram prestados, segundo consta do laudo, totaliza esse aproximadamente 08 anos. Trata-se de período longo em que as ações revisionais e renovatórias tramitaram, sendo os serviços de advocacia devidamente prestados, devendo-se salientar a valorização e localização do imóvel.

Constou do laudo pericial que o trabalho desenvolvido se demonstrou complexo, considerando a matéria de fundo e as sucessivas perícias realizadas. Ao final, as partes acordaram. Todavia, ao longo do trâmite processual, os advogados praticaram vários atos processuais, juntaram peças, documentos, o que deve ser levado em consideração no momento de fixação do montante devido. Ressalta-se, outrossim, que a realização do acordo foi precedida do trabalho dos advogados.

Observe-se, ainda, que o laudo, a f. 389, afirma o seguinte: 'O labor exercido nos autos dos citados processos demonstra de forma cabal a prestação advocatícia segura e compenetrada do 1º autor no cerne da questão de fundo apontada, considerando a inexistência de perda de prazos, petições delineadas com clareza e grande aptidão jurídica'.

Vale destacar, também, a resposta ao quesito do réu, quanto ao valor já pago ao autor ser compatível com o trabalho realizado. De acordo com o perito, não estaria levando-se em conta a *expertise* imobiliária do escritório e o conhecimento técnico do segundo autor, P.A., assim como as petições elaboradas (vide f. 400).

Considerando a liberdade de contratar presente em nosso ordenamento jurídico, encontrando limites, principalmente, na cláusula geral da boa-fé (art. 421/422, CC/02), bem como o previsto no art. 49 do Código de Ética e Disciplina da OAB, incisos I, II e VII, é possível observar que os honorários devem ser fixados com moderação. Segue transcrição do artigo citado:

Art. 49. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

I - a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;

II - o trabalho e o tempo a ser empregados;

VII - a competência do profissional;

Demonstrada a prestação de serviços de forma cabal pelo escritório, ora primeiro autor, à ré, com base em contrato verbal firmado à época, é de ser julgado procedente o pedido autoral, no entanto, de forma parcial, eis que o escritório não conseguiu comprovar o conteúdo do contrato em sua integralidade, não se podendo, assim, afirmar, com certeza, que os honorários arbitrados na ocasião da contratação foram os solicitados na exordial.

Ademais, quanto ao valor a ser fixado, importante afirmar que a tabela de honorários da OAB/RJ é meramente informativa, servindo para parametrizar a relação entre advogado-cliente no que tange aos valores a serem percebidos pela prestação dos serviços.

Desta forma, tendo em vista a complexidade das causas; o período de aproximadamente 08 anos em que os processos tramitaram; o tamanho e a localização do imóvel, além de seu valor de locação à época dos fatos; todos os atos praticados pelos advogados do escritório, ora primeiro autor; o valor já pago a título de honorários e despesas processuais pela ré; a inexistência de pagamento *pro labore* pela ré, a *expertise* imobiliária do escritório e o conhecimento técnico dos advogados do escritório, P.A. e C.V.; com base nos princípios da razoabilidade e da moderação, entendo correto o valor proposto pelo perito, de R$ 65.000,00, ao primeiro autor.

Por fim, como já afirmado acima, levando em consideração a inexistência de petição nos processos sem o timbre do escritório autor, o que leva a crer que o segundo e terceiro autores não trabalharam individualmente, mas pelo escritório, entendo que deve ser o feito julgado improcedente com relação a estes.

Posto isso, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado na inicial e condeno a ré ao pagamento de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) a título de honorários ao primeiro autor, corrigidos monetariamente pelo índice oficial utilizado pelo Tribunal de Justiça, contados do ajuizamento da ação, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Ainda, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados na inicial com relação ao segundo e terceiro autores.

A seguir, observado o disposto no artigo 85, § 8º do CPC/2015, condeno a ré ao pagamento dos ônus sucumbenciais, na proporção de 1/3, fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação em favor do primeiro autor.

Em seguida, observado o disposto no artigo 85, § 8º do CPC/2015, condeno o segundo e terceiro autores ao pagamento dos ônus sucumbenciais, na proporção de 2/3, fixados os honorários advocatícios em R$ 8.000,00, em favor da parte ré.

Retifique-se o D.R.A. conforme determinado a f. 733.

P.R.I.

Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquive-se."

Opostos Embargos de Declaração tanto pela Requerida, a f. 942 (IE nº 000942), quanto pelos

Autores, a f. 948/953 (IE nº 000948), somente os primeiros Aclaratórios (da ré) restaram acolhidos pelo *decisum* de f. 995/997 (IE nº 000995), nos seguintes termos:

> "Em juízo de admissibilidade, recebo os embargos de f. 942 e de f. 948, pois tempestivos.
>
> Segue a análise do mérito dos embargos de f. 948.
>
> Os embargantes alegam três omissões e uma contradição.
>
> A primeira omissão que os embargantes alegam é que não foi considerado que os honorários advocatícios possuem natureza alimentar e que pertencem ao advogado e não apenas à sociedade da qual é membro. Afirmam os embargantes que tais premissas são importantes porque, no entender deles, a demanda foi julgada improcedente em relação ao 2º e 3º autores 'apenas por considerar que eles não teriam atuado de forma isolada em favor da demandada' e que tal fato 'pela natureza alimentar dos honorários, mostra-se irrelevante'.
>
> Sustentam que o § 15 do art. 85 do CPC permite que os honorários sejam, por opção dos advogados, recebidos pela sociedade da qual são membros, sem que isso signifique que estejam renunciando aos mesmos.
>
> A segunda omissão é que a sentença não teria considerado que a própria ré reconheceu que o serviço fora prestado pelos três autores.
>
> A terceira e última omissão é o alegado fato da sentença não ter considerado que os autores pediram o pagamento dos honorários de forma solidária e não de maneira distinta.
>
> Por fim alegam os embargantes que houve contradição porque a sentença, por um lado, reconheceu o 'conhecimento técnico dos advogados do escritório, P.A. e C.V.' e, por outro, atestou que, apenas em razão da 'inexistência de petição nos processos sem o timbre do escritório autor', os advogados autores não fariam jus aos honorários.
>
> Sustentam os embargantes que o que importa é o fato do 2º e 3º autores terem prestado serviço à ré, sendo irrelevante se a prestação se deu ou não de forma vinculada ao escritório.
>
> É o relatório. Decido.
>
> Quanto à primeira alegação de omissão, em momento algum na sentença foi informado que estava sendo desconsiderado que os honorários advocatícios possuem natureza alimentar e que pertencem ao advogado e não apenas à sociedade da qual é membro.
>
> Apenas concluiu-se que a provas juntadas aos autos não foram suficientes para comprovar que a ré contratou os serviços do 2º e 3º autores, mas tão somente o da sociedade da qual fazem parte. Obviamente, por ser pessoa jurídica, alguém tem que assinar documentos em nome da sociedade, sem que isso signifique que a relação é pessoal entre quem assina e quem contrata a sociedade.
>
> O fato dos embargantes entenderem que a circunstância do 2º e 3º autores não terem atuado de forma isolada é 'irrelevante' não é uma omissão, mas simples entendimento dos mesmos, devendo o respectivo inconformismo ser manifestado pela via própria.
>
> Em relação à segunda alegação de omissão, a ré afirma expressamente na contestação que o 2º e 3º autores não possuem legitimidade. Saliente-se que a ré inclusive ressalta trecho da inicial onde consta que o escritório P.A. e Associados Advogados é quem foi contratado.
>
> O fato da contranotificação ter sido destinada aos três autores não significa que a ré tenha admitido que tenha contratado o 2º e o 3º autores. A notificação foi expressamente en-

caminhada pelos três autores, sendo absolutamente natural que a resposta seja dirigida às mesmas pessoas. Em momento algum na contranotificação a ré afirma que celebrou contrato com os advogados autores.

Adicionalmente, mais uma vez não houve omissão, mas sim interpretação deste juízo diante das provas juntadas.

Quanto à última alegação de omissão, o fato dos autores terem requerido o pagamento dos honorários de forma solidária é irrelevante. Não é porque o autor de uma ação entende que determinado crédito é solidário que este realmente é. Novamente, uma vez mais não houve omissão, mas simples aplicação do entendimento do juízo diante do caso.

Por fim, o fato da sentença reconhecer o conhecimento técnico dos advogados do escritório autor mas julgar improcedente a lide quanto ao 2º e 3º autores não é contraditório. O reconhecimento da capacidade técnica de uma pessoa não é o mesmo que reconhecer que esta celebrou contrato com outra pessoa.

Adicionalmente, em momento algum na sentença foi afirmado que o processo foi julgado improcedente em relação ao 2º e 3º autores apenas em razão da 'inexistência de petição nos processos sem o timbre do escritório autor'. Isso foi apenas mais uma evidência encontrada pelo perito da ausência de comprovação da contratação direta desses autores pela ré. Soma-se a essa evidência a ausência de contrato escrito celebrado entre o 2º e 3º autores e a ré, a negativa da ré em reconhecer a celebração de contrato com esses autores, a ausência de petição dissociada da 1ª autora assinada pelos demais autores e a ausência de qualquer outro documento que indique que a ré contratou especificamente os serviços do 2º e 3º réus.

Assim, por todo o exposto, rejeito os embargos interpostos pelos autores.

Passa-se aos embargos interpostos pela ré.

Alega a ré ter dúvida se o valor de R$ 8.000,00 a título de honorários advocatícios deve ser pago pelo 2º e 3º autor em separado ou conjuntamente.

Acolho os embargos para sanar a dúvida esclarecendo tratar-se de uma única parcela de R$ 8.000,00 devida, em conjunto, pelo 2º e 3º autores.

Preclusas as vias impugnativas, certificado o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquive-se.

P.R.I."

Apelo interposto pela ré, a f. 1.024/1.036 (IE nº 001024), alegando, em síntese, que "o D. Juízo de primeira instância fundamentou a sua decisão pelo tempo de duração do processo, nas diversas petições do primeiro apelado e no fato do imóvel estar localizado em área nobre da cidade", "porém deixou de atentar que a apelante não obteve qualquer êxito com a ação patrocinada pelo primeiro apelante" (f. 1.026), considerando irrelevantes, para o arbitramento da verba honorária, a valorização ou a localização do imóvel objeto das ações patrocinadas, "eis que não houve a majoração do valor do aluguel" (f. 1.027).

Ressalta que, "diante de uma inquilina que não pagava o aluguel há 3 meses a locadora acertou um acordo para retirar a inquilina, inadimplente, e colocar outro em seu lugar", "porém, o primeiro apelado, nesta hora, aconselhou a continuar com o litígio visando receber honorários de sucumbência, como ele mesmo afirma, sem vergonha alguma, em sua peça inicial", havendo o Juízo *a quo* deixado "de observar as diversas falhas do primeiro apelado na condução do processo, tais como: a) a falta de diligência para condução célere do processo; b) a falha grave

do 1º apelado ao redigir o acordo e esquecer de incluir o fiador no termo; c) o prejuízo de R$ 131.039,06, que a apelante teve, decorrente do descumprimento do acordo; d) que o primeiro apelado nada fez para cobrar esse débito, deixando o processo ser arquivado, por a ausência de movimentação, por mais de 30 dias; e) o valor dos honorários pagos serem superiores ao benefício econômico obtido" (f. 1.027/1.028).

Sustenta, ademais, que "o valor dos honorários não pode, jamais, ser superior ao proveito econômico", destacando que "o processo não resultou em benefício para a apelante", pois "os aluguéis não sofreram majoração e a inquilina, que já estava inadimplente, ainda saiu do imóvel devendo IPTU de R$ 131.039,06 que a apelante está pagando até hoje" (f. 1.028), não sendo levado "em consideração o valor do acordo e nem o prejuízo da apelante, com a falta do pagamento IPTU, deixando, assim, de observar o que poderia (mas na verdade não era) ser proveito econômico que a parte obteve, para estipular os honorários" (f. 1.029).

Nesse sentido, sublinha que, abatendo-se dos valores recebidos a título de aluguéis atrasados, em razão da celebração do acordo, a mencionada dívida de IPTU deixada pela antiga locatária, "o benefício econômico teria sido de R$ 130.494,94", ao passo que "a apelante já pagou R$ 140.000,00 de honorários", "portanto, nada mais é devido pela apelante. O valor pago foi o valor contratado, perfeitamente compatível com o trabalho realizado e superior ao proveito econômico obtido pela apelante nas demandas, conexas e correlatas (pelo decorrer do tempo), patrocinadas pelo primeiro apelado", o qual, "atualizado até junho de 2018", chega "à quantia de R$ 442.954,68" (f. 1.034).

Por fim, no tocante aos ônus sucumbenciais atribuídos às partes, assevera que "os honorários devidos pelos segundo e terceiros apelados não correspondem à proporção de 2/3 fixadas na sentença, merecendo reforma a sentença", uma vez que "o correto teria sido a condenação do segundo e terceiro apelados a pagarem a quantia de R$ 13.000,00 (treze mil reais), ou seja, (2/3) duas vezes os honorários fixados em favor do primeiro apelado" (f. 1.035/1.036).

Pugna, assim, pelo provimento do recurso, "para que ação seja julgada improcedente e condenando os apelados, totalmente, nos ônus da sucumbência, ou, em última análise, que sejam reduzidos os honorários arbitrados na sentença e majorados os honorários sucumbenciais a que foram condenados o 2º e 3º apelados" (f. 1.036).

Igualmente irresignados, apelam os Requerentes, a f. 1.038/1.050 (IE nº 001038), reiterando que, "muito embora a sentença de f. 909/915 tenha reconhecido o direito do primeiro recorrente ao recebimento dos honorários advocatícios decorrentes da prestação de serviços ao longo de quase uma década, considerou que os recorrentes P.E.A. – agora, representado por seu espólio – e C.V.N.R., não teriam direito aos honorários discutidos na demanda apenas em razão da 'inexistência de petição nos processos sem o timbre do escritório autor', condenando-os, por isso, no ônus da sucumbência", bem como como que, no arbitramento dos honorários advocatícios objeto da demanda, "ignorou-se (...) os valores envolvidos e complexidade das ações, bem como a reputação do advogado P.E.A. e seu escritório de advocacia", que, em seu entendimento, "leva-se a conclusão pelo recebimento, em favor dos recorrentes, do valor integral buscado nesta demanda" (f. 1.042).

Argumentam, nessa toada, que a sentença combatida "desconsiderou por completo a natureza alimentar dos honorários advocatícios que, por óbvio, pertencem ao advogado (e não apenas à sociedade do qual é membro) – sejam

sucumbenciais ou contratuais –, o que é transmitido pelo próprio CPC, através do art. 85, § 14"; que "o § 15 do art. 85 do CPC permite que os honorários sejam, por opção dos advogados, recebidos pela sociedade em que são membros, sem que isso signifique, todavia, que eles estejam renunciando ao recebimento dos honorários" (f. 1.043); e que "a própria demandada reconheceu, através de contranotificação direcionada aos três autores que o 'relacionamento profissional' e a prestação de serviço foi realizada por todos eles (cf. f. 42)" (f. 1.044).

Acrescentam que "outro fator ignorado pela sentença recorrida é que o pedido dos advogados recorrentes foi de receber da demandada os honorários advocatícios que não foram pagos se deu de forma solidária ao da sociedade também recorrente, e não de forma autônoma (f. 3/14), ou seja, não se pediu que cada parte recorrente recebesse honorários distintos, mas o recebimento conjunto dos advogados à sociedade de advogados que fazem parte, justamente por eles terem atuando direta e pessoalmente nas causas em favor da M." (f. 1.044/1045).

Apontam, ainda, que, "se por um lado a sentença reconhece o 'conhecimento técnico dos advogados do escritório, P.A. e C.V.' (f. 914), por outro, atestou, no parágrafo seguinte que, apenas em razão da 'inexistência de petição nos processos sem o timbre do escritório autor', os advogados recorrentes não fariam jus aos honorários (de forma solidária), razão pela qual julgou improcedente a demanda em relação à eles", restando "demonstrado o equívoco da sentença recorrida, afinal o que importa para fins de legitimidade ativa dos advogados e de reconhecimento de que eles fariam jus aos honorários (de forma solidária ao escritório) é a constatação, feita pela própria sentença, de que eles de fato trabalharam em favor da ré, sendo irrelevante se o trabalho se deu de forma vinculada (utilizando-se de timbre) ou não ao escritório" (f. 1.045).

Suscitam, em relação à quantia fixação para a remuneração dos serviços prestados, outro equívoco do julgado de 1º grau, "muito em razão da sentença de f. 909/915 confiar de olhos fechados no laudo pericial de f. 366/416, equivocado no ponto que arbitrou a quantia de R$ 65.000,00, pois entendeu que a tabela da OAB seria meramente informativa (cf. f. 914), quando, na verdade, em razão da ética profissional, estabelece parâmetro mínimo", frisando que "a tabela de honorários da OAB, estipula valores iniciais para a remuneração do profissional, prevendo que 'Revisão, arbitramento e reajustes de aluguéis', a recompensa percebida pelo patrono deve ser fixada em patamar não menor que '10% sobre o cálculo final', como comprovado no parecer do assistente técnico dos autores (cf. f. 481/569)" (f. 1.045/1.046), o que, inclusive, já haveria sido reconhecido em "ação idêntica" (f. 1.046) no âmbito deste Nobre Sodalício.

Destacam que, "aplicando esse entendimento ao caso concreto, o resultado seria uma condenação acima do que efetivamente acordado entre as partes, como destacado pelo assistente técnico dos recorrentes, Dr. I.N..F. (cf. f. 481/569). No entanto, pede-se aqui, muito razoavelmente, apenas a quantia de R$ 300.000,00, previamente combinada entre o segundo recorrente e o falecido Sr. D., ex-administrador da empresa recorrida" (f. 1.047).

Por derradeiro, salientam o teor dos depoimentos colhidos em audiência, sobretudo no sentido de haver sido "reconhecida até pelos advogados que representaram a *Spirit* em momentos distintos contra a M.: o imóvel envolvido era relevantíssimo; o valor discutido, portanto, era igualmente alto; e a atuação e nome do Dr. P.A. são incontestáveis", havendo sido confirmada pelo "Sr. M. (...) a relação de confiança existente

entre seu pai, Sr. D., e o autor, Dr. P.A..", revelando-se "inegável o direito dos autores à percepção da quantia de R$ 300 mil reais indicada na inicial, tendo em vista que o valor é muito menor ao percentual de 10% sob o proveito econômico obtido pela empresa ré" (f. 1.049).

Requerem, assim, seja "dado provimento ao presente recurso, para que, reformando-se a r. sentença apelada, seja, em primeiro lugar, reconhecido o direito do segundo e terceiro recorrentes em receber os honorários objeto da demanda e, ao final, sejam julgados procedentes todos os pedidos formulados na inicial, condenando a ré/apelada ao pagamento da quantia de R$ 300 mil em favor de todos os autores/apelantes, atribuindo o ônus da sucumbência integralmente em desfavor da ré/apelada", ou, "caso assim não se entenda, do que se cogita apenas para argumentar, confiam será arbitrada quantia compatível com a complexidade das causas objeto desta ação e o prestígio do escritório recorrente, desconsiderando-se o aviltante valor atribuído pelo laudo pericial de f. 366/416" (f. 1.049/1.050).

Contrarrazões apresentadas apenas pela ré, a f. 1.067/1.071 (IE nº 001067), restando certificada a inércia dos Autores a f. 1.077 (IE nº 001077).

É o breve Relatório.

VOTO

Inicialmente, impõe-se o conhecimento dos apelos em apreço por se fazerem presentes seus requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

No mérito, em atenção aos termos das irresignações interpostas e ao Princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, cinge-se a controvérsia em tela, resumidamente, à existência de honorários contratuais devidos pela Demandada em virtude dos serviços descritos na inicial e, em caso positivo, à possibilidade de sua cobrança, nesta demanda, pelos 2º e 3º autores, além da correta quantificação da aludida dívida honorária, bem como à correição do julgado de 1º grau no tocante à distribuição dos ônus sucumbenciais da ação em comento.

Nesse contexto, sublinha-se, desde logo, que a sentença impugnada não merece reparo quanto à matéria devolvida, razão pela qual passa a integrar, juntamente com a decisão proferida em sede de Embargos de Declaração (f. 995/997 – IE nº 000995), o presente *decisum* em fundamentação *per relationem*, na forma regimental (art. 92, § 4º, do RITJERJ).

Com efeito, para a devida análise das insurgências apresentadas por ambas as partes contra a solução conferida pelo Magistrado *a quo*, faz-se imprescindível esclarecer, de início, que o litígio em comento, observados os limites objetivos traçados com a emenda à inicial de f. 184/195 (IE nº 000184), diz respeito a supostos honorários convencionais estipulados no montante total de R$ 440.000,00 (quatrocentos e quarenta e quatro mil reais), dos quais apenas R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais) haveriam sido quitados, permanecendo um alegado saldo de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) a ser adimplido pela Requerida.

Ressalta-se, ademais, que, ainda de acordo com a narrativa da exordial emendada, as quantias *supra* apontadas restaram avençadas apenas de forma verbal entre o então sócio titular da sociedade de advogados sucedida pela 1ª Demandante e o antigo representante da ré, ambos já falecidos, de modo que a elucidação da lide em foco depende da verificação, a partir das provas coligidas, da efetiva pactuação de honorários contratuais nos aludidos termos.

De fato, não se cuidando, na espécie, de verba honorária sucumbencial, afigura-se des-

propositada a discussão insistentemente travada pelos Recorrentes quanto à possibilidade de sucesso ou à considerada falta de êxito nas ações revisionais e renovatórias patrocinadas, já que, a toda evidência, os valores ora cobrados, à falta de previsão específica em sentido contrário, independem do resultado dos serviços advocatícios, relacionando-se, em verdade, apenas à sua boa prestação, suficiente a justificar, uma vez demonstrada a ocorrência do ajuste, o pagamento da remuneração correspondente.

Realizadas essas considerações iniciais, observa-se que as partes não controvertem quanto à contratação do escritório P.A. e Associados Advogados, em cujos direitos se sub-roga, atualmente, o 1º autor (A. e Associados Advogados), para representar os interesses da Requerida em demandas judiciais envolvendo a locação de imóvel de sua propriedade, localizado em bairro nobre da Zona Sul do Rio de Janeiro, que tramitaram entre 2006 e 2013, ano em que celebrado acordo entre locadora e locatária (f. 143/146 – IE nº 000143), devidamente homologado (f. 148 – IE nº 000143), para a extinção dos feitos e rescisão do contrato locatício, oportunidade em que se estabeleceu que caberia a cada uma das transatoras arcar "*com os honorários de seus respectivos patronos*" (f. 145), abdicando-se das verbas honorárias sucumbenciais, que foram consideradas compensadas na sentença homologatória, como permitido pela legislação processual vigente à época (art. 21, *caput*, do CPC/73).

A própria Demandada, em sede de contestação (f. 249/258 – IE nº 000249), admite a pactuação com o 1º Requerente, negando apenas a existência do mesmo pacto em relação aos 2º e 3º Demandantes – o primeiro deles atualmente substituído pelo seu espólio –, motivo pelo qual questionou a legitimidade *ad causam* desses indivíduos, e de qualquer valor ainda a ser pago a título de honorários convencionais à sociedade contratada, que, segundo as suas alegações, estariam restritos aos R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais) já reconhecidamente adimplidos.

Nessa linha de intelecção – e não havendo sido aventada a submissão da obrigação de pagar verbalmente ajustada à condição *ad exitum* –, mostra-se despiciendo, ao menos para a aferição da subsistência ou não de saldo de verba honorária convencional, o exame do potencial/efetivo êxito para a contratante ou do proveito econômico por ela obtido nas demandas especificadas, sendo devido o montante comprovadamente avençado em razão da execução do trabalho dos advogados que venham a deter os poderes de representação.

Ocorre, porém, que, devidamente distribuídas as cargas probatórias, na forma do art. 333, I e II, do CPC/73, vigente ao tempo do ajuizamento do presente feito e a que corresponde o art. 373, I e II, do CPC, cabendo, respectivamente, aos autores a comprovação dos fatos constitutivos de seu aduzido direito e à ré aqueles que pudessem impedir, modificar ou extinguir a pretensão inicial, nenhum deles conseguiu se desincumbir satisfatória e completamente do ônus legalmente imposto.

Do ponto de vista autoral, cumpre sublinhar que, além de não haver sido apresentado qualquer indício de que a contratação narrada se deu não apenas com o escritório, mas também com os causídicos que ocupam os lugares de 2º e 3º Postulantes, individualmente considerados, nenhum elemento de convicção juntado aos autos corrobora a cifra supostamente ajustada verbalmente.

Como bem ressaltado pelo Juízo *a quo* na decisão que rejeitou os Aclaratórios opostos pelos Demandantes, a f. 995/997 (IE nº 000995), não se ignora a natureza alimentar

dos honorários advocatícios, que possuem, como destinatário, o(s) advogado(s) que hajam prestado o serviço correspondente. No entanto, o simples reconhecimento desse caráter não acarreta, necessariamente, a extensão subjetiva do contrato verbal estipulado entre a sociedade autora e a Requerida.

Ainda que se argumente que a escolha do escritório contratado se deveu à *expertise* do seu então sócio titular (2º Demandante), a análise de toda a documentação carreada aos autos permite concluir que, em nenhum momento, houve a intenção da Demandada de obter, exclusivamente, a prestação dos serviços daquele profissional e/ou do 3º Requerente, que também integrava os quadros do 1º autor, mas sim de todo esse conjunto de causídicos organizados de forma estruturada para a defesa de seus interesses.

Veja-se, a esse propósito, que, em acréscimo à narrativa da exordial, expressamente no sentido de que "o escritório de advocacia, então denominado P. A. e Associados Advogados, de cuja nova denominação a sociedade 1ª autora é legítima sucessora, e que tem o Dr. P.E.A. como sócio titular (doc. 02), foi contratado pela ré para acompanhar/defender seus interesses" (f. 185 – IE nº 000184), o instrumento de procuração de f. 55 (IE nº 000045) outorga poderes a 06 (seis) dos 08 (oito) advogados mencionados no timbre encontrado no cabeçalho do mesmo documento, afastando uma suposta contratação direcionada aos causídicos que integraram o polo ativo desta demanda.

A presença da referida marca na parte superior de todas as petições protocolizadas em favor da ré nas ações renovatórias e revisionais patrocinadas pelo escritório dos 2º e 3º autores, aliás, constitui mais um fator que contribui para a conclusão de que a atuação desses últimos naqueles feitos jamais decorreu de suas participações diretas no contrato verbal de honorários, a ponto de permitir a cobrança, mesmo que de forma solidária com a sociedade admitidamente contratada, dessa remuneração.

Convém ressaltar, nessa toada, que eles sequer foram os únicos a peticionarem nos aludidos feitos, podendo-se verificar, por exemplo, a apresentação de petitórios igualmente timbrados pelo Dr. R.G. de C. (f. 58/60 – IE nº 000058) e pelo Dr. M.E. A. (f. 82/88 – IE nº 000082), sem que se cogite, aqui, que estes também constassem da avença cuja definição e observância se exige e, assim, possam demandar em conjunto com a sociedade pactuante, que, no ato da contratação, restou apenas representada pelo seu então sócio titular.

Constatação idêntica se obtém a partir dos recibos carreados aos autos pela Demandada e não impugnados pelos Postulantes (f. 286/287 e 289/290 – IE nºs 000283 e 000288), todos emitidos por P. A. Associados Advogados, na qualidade de parte efetivamente contratada e legítima para receber e dar quitação dos valores ajustados, cenário fático não alterado, em qualquer medida, pela contranotificação de f. 42/43 (IE nº 000042), endereçada também aos 2º e 3º Requerentes pelo simples fato de que também constavam como notificantes na missiva respondida (f. 38/40 – IE nº 000037), que, por sua vez, reitera que o "escritório de advocacia P.A. e Associados Advogados, do qual os dois primeiros Notificantes eram integrantes" – e não estes em conjunto com o escritório, o que evidenciaria um vínculo específico –, "foi contratado (...) para acompanhar/defender seus interesses em negociações e procedimentos judiciais visando a revisão e ou renovação dos contratos de locação do imóvel de propriedade dessa empresa, ora Notificada" (f. 38).

Desse modo, demonstrada tão somente a ocorrência de pacto relativo a honorários convencionais entre a cliente e o escritório de advocacia, colocando-se à disposição daquela todo o seu quadro de advogados, sem qualquer estipulação específica ou destaque de verba para um ou outro causídico, não há que se falar, de fato, em legitimidade destes para demandar o cumprimento de obrigação de pagar assumida pela Requerida.

Releva consignar, ainda, por oportuno, que não vem ao socorro do pleito recursal de reforma do julgado de 1º grau, com vistas ao reconhecimento da *legitimatio ad causam* dos 2º e 3º Postulantes, o disposto no art. 85, §§ 14 e 15, do CPC, que, ao tratarem honorários de sucumbência, asseveram que eles são devidos ao advogado que haja atuado na demanda, podendo, facultativamente, serem pagos à sociedade integrada pelo profissional, hipótese diversa da encontrada nesses autos, que se refere, como anteriormente esclarecido, a verba honorária convencional direcionada, a todas as luzes e nos moldes do pacto verbal avençado, ao escritório contratado, revelando-se eventual distribuição entre os causídicos que o compõem questão *interna corporis*.

Tampouco se extrai do acervo probatório reunido durante a instrução processual, malgrado a ampla oportunidade de sua produção, por meio da juntada de documentos, elaboração de prova pericial e oitiva de testemunhas, que os honorários contratuais convencionados de forma verbal entre o antigo sócio titular do Escritório P.A. e Associados Advogados e o falecido representante da ré corresponderiam à alegada quantia total e histórica de R$ 440.000,00 (quatrocentos e quarenta mil reais), ou mesmo que a remuneração normalmente cobrada pela sociedade de advogados para a prestação de serviços equivalentes – em importância e complexidade – alcançasse, à época, tal valor.

Nesse sentido, destaca-se que o 1º Demandante, apesar da reconhecida experiência de seus integrantes no ramo do Direito Imobiliário, sequer buscou fornecer elementos que permitissem estabelecer uma média dos honorários correspondentes ao acompanhamento e defesa dos interesses dos seus clientes em ações da mesma natureza daquelas discutidas nestes autos. A menos que todas as suas contratações fossem realizadas com a dispensa de contrato escrito – o que não se revela minimamente crível e, obviamente, nem se encontra aduzido –, infere-se que seria perfeitamente possível àquele colacionar um ou mais instrumentos datados do mesmo período que, mesmo não guardando perfeita equivalência com a relação estabelecida com a Requerida, pudessem, com as devidas proporções, servir de parâmetro para confirmar o montante supostamente ajustado, o que não ocorreu.

A Demandada, ao seu turno, também não logrou êxito em comprovar que a totalidade da verba honorária em questão estaria abarcada pelos R$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais) já adimplidos, de modo a impedir a pretensão autoral quanto a eventual diferença. Com efeito, a credibilidade dessa tese defensiva resta obstaculizada pela ausência de qualquer termo de quitação ou recibo esclarecendo o acerto final dos valores devidos com o pagamento de R$100.000,00 (cem mil reais) efetuado em julho/2013 (f. 284/285 – IE nº 00283).

Embora haja sido afirmado, em contestação, que a contratante "ao efetuar o pagamento dos honorários finais deixou de exigir quitação, pois confiava nos autores, tanto que nunca exigiu contrato por escrito" (f. 252 – IE nº 000249), observa-se que, para todas as quantias anteriormente entregues, seja a título de adiantamento de honorários, seja para cobrir despesas decorrentes das ações judiciais patrocinadas, ainda

que expressivamente inferiores à verba que, segundo a ré, haveria liquidado toda a dívida, exigiu-se recibos do escritório (f. 286/287 e 289/290 – IE nºs 000283 e 000288), não servindo, nesse contexto, a simples alegação da devedora como prova da inexistência de saldo a quitar.

Nenhum dos valores defendidos pelos litigantes, ademais, pôde ser corroborado pelos depoimentos colhidos e gravados em Audiência de Instrução e Julgamento realizada em 07 de dezembro de 2017, conforme Assentada de f. 859/860 (IE nº 000859). Em que pese as testemunhas arroladas pelos autores, advogados que representavam a locatária do imóvel objeto das demandas revisionais e renovatórias, hajam apontado o alto valor econômico desse bem e a qualidade do trabalho desempenhado (termos a f. 861/862 – IE nºs 000861 e 862), sobretudo, pelo antigo sócio titular do escritório contratado, elas não participaram das tratativas dos honorários convencionais ora discutidos, negando categoricamente conhecimento das cifras nelas envolvidas.

Do mesmo modo, as declarações em Juízo de um dos integrantes da Requerida (termo a f. 863 – IE nº 000863) consistiram, em grande medida, na ratificação dos termos da resposta à exordial, apresentando insatisfação com a atuação dos patronos e, por conseguinte, com a remuneração paga, que considerava até mesmo superior ao que seria devido, sem esclarecer se, com o pagamento dos R$ 100.000,00 (cem mil reais) ocorrido em julho/2013, houve a quitação de todo e qualquer saldo em favor da sociedade de advogados.

Assim, diante da divergência remanescente entre as partes, qual seja, a subsistência de honorários contratuais a pagar pelos serviços prestados e ao seu adequado arbitramento judicial – uma vez que ausente delimitação segura do pacto verbal a seu respeito –, coube ao perito nomeado pelo Juízo, por meio do laudo produzido a requerimento dos próprios autores, conforme se depreende da Assentada de Audiência de Conciliação de f. 305 (IE nº 000305), fornecer elementos técnicos para a sua elucidação, restando as conclusões do *expert* apresentadas a f. 366/416 (IE nº 000366), no seguinte sentido (f. 416):

> "(...) diante dos PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA MODERAÇÃO QUE DEVEM REGER O CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, QUER ESCRITO, QUER VERBAL, PACTUADO ENTRE CLIENTE E ADVOGADO, conclui este honrado Perito, o arbitramento de honorários advocatícios ao 1º autor no aporte de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), valor este que deverá ser atualizado e corrigido aos moldes do D. Juízo (...)"

O aludido parecer, conforme se pode constatar a partir da leitura de seu inteiro teor, levou em consideração diversos fatores reclamados pelos autores, como a complexidade das causas patrocinadas e a importância do imóvel envolvido, o tempo de atuação e a ausência de *pro labore* no seu curso, a *expertise* do escritório contratado e a reputação do seu sócio titular à época, bem como as circunstâncias asseveradas pela ré, como a finalização das demandas por meio de acordo, os valores já adimplidos a título de verba honorária e o pagamento de despesas, que, portanto, não constituíram ônus para a sociedade de advogados; tudo isso a evidenciar que, à data de confecção do laudo (07 de outubro de 2015), ainda se apurava uma diferença a ser paga de R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) pela contratação realizada.

Esse arbitramento, sublinhe-se, mostra-se de acordo com as disposições do art. 49 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (Resolução CFOAB nº 02/2015) – que reproduz a regra do art. 36 do Código de Ética e Disciplina anterior, mencionado pelo perito – e do

art. 22, § 2º, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), em sua redação originária, vigentes ao tempo da prolação do julgado de 1º grau.

Nessa toada, convém esclarecer que, inobstante a ocorrência de alterações recentes na Lei nº 8.906/94 e no CPC (Lei nº 13.105/2015) no tocante à fixação de verba honorária – inclusive no caso de arbitramento judicial –, como no caso do atual texto do art. 22, § 2º, do Estatuto da Advocacia, modificado pela Lei nº 14.365/2022, e do art. 85, § 20, do CPC, incluído pelo mesmo diploma alterador, as referidas inovações não devem retroagir para alcançar o objeto da presente ação, sentenciada ainda com base nas regras anteriores, preservando-se os Princípios da Segurança Jurídica e da Não Surpresa, em conformidade com jurisprudência pacífica do Insigne Superior Tribunal de Justiça no sentido da natureza material das normas – mesmo que processuais – sobre honorários advocatícios[1] .

1 "(...) Na forma da jurisprudência da Corte Especial do STJ, 'em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar os princípios do direito adquirido, da segurança jurídica e da não surpresa, as normas sobre honorários advocatícios de sucumbência não devem ser alcançadas pela lei processual nova. A sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos Tribunais), como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015. Assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas essas regras até o trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18/03/2016, as normas do novel diploma processual relativas a honorários sucumbenciais é que serão utilizadas' (STJ, EAREsp nº 1.255.986/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Corte Especial, DJe de 06/05/2019). Em igual sentido: STJ, AgInt no REsp nº 1.657.733/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe de 09/10/2019; EDcl no REsp nº 1.514.775/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe de 05/09/2019; REsp nº 1.828.624/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 11/10/2019; AREsp nº 1.361.955/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 28/06/2019 (...)" (REsp n. 1.897.478/RJ, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 03/11/2020, DJe de 17/11/2020).

Tudo considerado, constata-se que o saldo apontado no laudo pericial observou, adequadamente, que o valor já pago pela Demandada somente a título de honorários contratuais (R$ 140.000,00 – cento e quarenta mil reais) representariam, na data do exame, a quantia atualizada de cerca de R$ 276.419,08 (duzentos e setenta e seis mil quatrocentos e dezenove reais e oito centavos), que, somada à diferença reputada devida, corresponderia ao total de honorários, em 07 de outubro de 2015, de R$ 341.419,08 (trezentos e quarenta e um mil quatrocentos e dezenove reais e oito centavos), montante este que, diante das circunstâncias do caso concreto, mostra-se adequado ao labor desempenhado e apto a conferir remuneração digna aos profissionais envolvidos na prestação dos serviços contratados junto ao escritório sucedido pela 1ª Demandante.

Apesar das impugnações de ambas as partes, as manifestações dos assistentes técnicos da ré (f. 434/447 – IE nº 000434) e dos autores (f. 481/490 – IE nº 000480) não se mostraram aptas a infirmar e afastar as conclusões do perito. Sublinhe-se que os dois assistentes tratam da aplicação da Tabela da OAB-RJ, chegando, contudo, a resultados completamente diversos.

Enquanto o auxiliar da Demandada asseverou que, pelas quatro ações patrocinadas (duas revisionais e duas renovatórias) e "SE ADOTADA A TABELA DA OAB-RJ, O VALOR TOTAL DEVIDO AOS AUTORES SERIA R$ 17.865,72" (f. 441), entendendo nada ser devido diante de pagamento muito superior já efetuado; o subscritor da análise realizada a pedido dos Requerentes destacou que, somente pelas duas demandas renovatórias ajuizadas pela locatária em face da Requerida – em relação às quais não haveria ocorrido qualquer remuneração pelos honorários previamente adimplidos, restritos às pretensões revisionais –, seriam devidos "R$ 411.613,23"

(f. 490), caso aplicado o percentual previsto na tabela de 10% (dez por cento) sobre o cálculo final das diferenças entre os aluguéis pagos e aqueles que seriam estabelecidos ao término dos feitos, sendo, portanto, até mesmo inferior ao pedido da inicial, que deveria prevalecer para fins de condenação.

Com efeito, examinada a parte relevante do tabelamento de honorários realizado pela Seção do Rio de Janeiro da OAB, juntada a f. 492 (IE nº 000480), verifica-se que, para setembro/2015, encontravam-se previstos os seguintes parâmetros, *ipsis litteris*:

TABELA XIII	2 - **Revisão, arbitramento e reajuste de aluguéis:**	
	2.1 - **Pelo locador** ou sublocador - **10% sobre o cálculo final (MÍNIMO de)**	3.230,43
	2.2 - Pelo locatário ou sublocatário	2.008,10
	3 - **Ação renovatória de locação**	5.849,69

Ocorre, porém, que, pretendendo-se a aplicação irrestrita da Tabela da OAB como único critério de definição dos honorários sujeitos a arbitramento judicial, os pareceres dos dois assistentes deixaram de considerar questões relevantes da hipótese analisada, como o alto valor do bem locado – e, consequentemente, das causas patrocinadas, a repercutir na verba honorária devida –, impedindo a simples incidência dos pisos nominais apontados pela Seccional defendida pela ré, e, por outro lado, o fato de que as ações patrocinadas não chegaram ao seu termo, sendo extintas por meio da celebração de acordo, inexistindo "cálculo final" a ser utilizado como base para a extração de qualquer percentual.

Veja-se, a esse propósito, que, no laudo crítico do profissional auxiliar dos autores, parte-se da suposição de que prevaleceriam "os laudos dos assistentes técnicos da locadora (docs. 2 e 3), que vinham sendo defendidos, nas ações renovatórias, pelos advogados da ré, ora autores, com uma grande chance de sucesso, segundo o Sr. Perito desse MM. Juízo" (f. 489 – IE nº 000480), calculando-se e atualizando-se as diferenças entre os aluguéis pagos e que poderiam ser finalmente definidos, sobre as quais fez incidir os 10% (dez por cento) reputados devidos. No entanto, como se pode notar da tabela *supra*, tal parâmetro se refere às ações revisionais de aluguéis, e não às renovatórias, conforme aduzido na tentativa de se afastar o impacto dos honorários contratuais previamente adimplidos pela Requerida também sobre esses feitos.

Além disso, como bem salientado pelo perito, amparado em entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito do Ínclito Tribunal da Cidadania, os valores e parâmetros fixados nas tabelas organizadas por cada uma das Seccionais da OAB, no contexto das normas vigentes ao longo da instrução processual e ao tempo da prolação do *decisum* ora combatido, consubstanciam mera orientação, não vinculando o julgador no arbitramento dos honorários advocatícios, a serem estabelecidos de acordo com o caso concreto.

Sobre o tema, cumpre trazer à colação acórdão recente do Insigne Superior Tribunal de Justiça que explicita o posicionamento adotado, *in verbis*:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO. TABELA DA OAB. NATUREZA ORIENTADORA. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA. VALOR. REVISÃO. SÚMULA Nº 7/STJ. *BIS IN IDEM*. SÚMULA Nº 283/STF.
>
> 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo

Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. A tabela organizada pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil tem natureza meramente orientadora e, por tal motivo, não vincula o julgador, devendo o valor dos honorários advocatícios ser fixado de acordo com o caso concreto.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não se pode rever o entendimento exarado na origem, fixado a título de honorários de sucumbência, ante o óbice da Súmula nº 7/STJ.

4. A subsistência de fundamento não atacado apto a manter a conclusão do aresto impugnado impõe o não conhecimento da pretensão recursal. Súmula nº 283/STF.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp nº 1.888.020/GO, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 14/02/2022, DJe de 22/02/2022)

Em idêntico sentido inclina-se a jurisprudência desta Egrégia Corte Estadual, por meio de seus Órgãos Fracionários, consoante demonstram os julgados a seguir colacionados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ARBITRAMENTO E COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO VERBAL. SERVIÇOS PRESTADOS. VERBA DEVIDA. 1. A presente lide visa o arbitramento de honorários advocatícios, que seriam devidos ao autor/apelante, por ter patrocinado os réus em outras demandas, sob alegação de que teria havido estipulação verbal acerca da correspondente remuneração, todavia inadimplida. 2. A contratação verbal é lícita, e o art. 22, § 2º, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) prevê que na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão. 3. Por outro lado, a aplicação da tabela da Ordem não é vinculativa, já que, por expressa disposição legal, cabe ao juiz arbitrar a verba honorária, conforme os parâmetros do caso concreto. 4. Assim, tendo em vista que o autor comprovou a prestação dos serviços advocatícios, e os réus não negaram a existência dos pactos verbais, mas tão somente os respectivos termos, faz jus o demandante ao arbitramento da verba, merecendo acolhimento o recurso autoral. PROVIMENTO DO RECURSO.

(Apelação Cível nº 0013303-36.2015.8.19.0007 / Des. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - Julgamento: 05/11/2019 - Vigésima Segunda Câmara Cível)

APELAÇÃO. AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. AJUIZAMENTO DE NOTIFICAÇÕES JUDICIAIS VISANDO COMPELIR TERCEIROS, LOCATÁRIOS E OCUPANTES DE IMÓVEIS INVENTARIADOS, A EFETUAREM O DEPÓSITO DE ALUGUERES EM FAVOR DO ESPÓLIO, EM CONTA INDICADA POR SEU INVENTARIANTE. DIVERGÊNCIAS ENTRE OS HERDEIROS NA ADMINISTRAÇÃO DA HERANÇA QUE NÃO EXIME O ESPÓLIO DAS OBRIGAÇÕES LEGITIMAMENTE CONTRAÍDAS EM SEU INTERESSE. INVENTARIANTE QUE SOMENTE SERIA RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATADOS EM SEU EXCLUSIVO BENEFÍCIO, NA POSIÇÃO DE HERDEIRO. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. VERBA QUE DEVE REMUNERAR O TRABALHO REALIZADO PELO PATRONO DE ACORDO COM OS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. CARÁTER INFORMATIVO DAS TABELAS DE HONORÁRIOS INSTITUÍDAS PELAS SECCIONAIS DA OAB. DESNECESSIDADE DE VINCULAÇÃO. PRECE-

DENTES DO C. STJ. MONTANTE ORA ARBITRADO COMPATÍVEL COM O LABOR REALIZADO. REFORMA EM PARTE DA SOLUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(Apelação Cível nº 0013455-02.2016.8.19.0023 / Des. MAURO DICKSTEIN - Julgamento: 28/05/2019 - Décima Sexta Câmara Cível)

Efetuada, pois, pelo *expert* nomeado pelo Juízo, análise pormenorizada de todos os fatores que, de acordo com o art. 49 do Código de Ética e Disciplina da OAB vigente – correspondente ao art. 36 do Código revogado –, devem orientar o arbitramento moderado dos honorários advocatícios, e não havendo as manifestações técnicas dos assistentes dos litigantes apresentado argumentos suficientes a infirmarem as conclusões do perito, vislumbrando-se, nas impugnações de f. 461/467 (IE nº 000461) e 469/477 (IE nº 000469), reiteradas a f. 594/595 (IE nº 000594) e 597/599 (IE nº 000597), simples inconformismo dos Demandantes com a solução conferida.

Conforme exposto ao longo do presente, houve a devida observância do renome do escritório contratado – único legitimado para a cobrança, em face da ré, dos honorários decorrentes do contrato verbal reconhecido – e da qualidade do trabalho desenvolvido pelos advogados integrantes de seus quadros, da importância das causas patrocinadas, do valor econômico do bem envolvido e do tempo de prestação dos serviços advocatícios, não merecendo guarida a tese de que a verba honorária reputada devida, sobretudo quando somada aos valores previamente adimplidos pela contratante, pudesse se caracterizar como irrisória.

Igualmente, não prospera a irresignação defensiva com base em suposto excesso de remuneração destinada à sociedade e aos causídicos que a compõem. Isso porque, asseverado pela perícia determinada pelo Juízo que "[o] labor exercido nos autos dos citados processos demonstra de forma cabal a prestação advocatícia segura e compenetrada do 1º autor no cerne da questão de fundo apontada, considerando a inexistência de perda de prazos, petições delineadas com clareza e grande aptidão jurídica" (f. 389 – IE nº 000366), a mera insatisfação do sócio que veio a ocupar a administração da Requerida com a atuação dos patronos, motivada de forma puramente subjetiva, não afasta a obrigação de remunerar adequadamente o labor desempenhado, sob pena de enriquecimento sem causa.

Nessa linha de intelecção, não assiste razão à tese recursal de que os honorários em comento já se mostrariam superiores ao proveito econômico obtido pela 1ª Recorrente com as ações revisionais e renovatórias que vieram a ser extintas com a celebração de acordo. Ao contrário do argumentado pela Demandada, tal resultado não corresponde apenas aos aluguéis atrasados que a antiga locatária se comprometeu a pagar, mas também à própria rescisão do contrato de locação cuja renovação vinha sendo buscada pela parte adversa e retomada do imóvel para que se pudesse celebrar outra avença locatícia, eventualmente mais benéfica para a locadora, o que, evidentemente, supera as contraprestações vencidas e exigidas no momento da autocomposição, estando devidamente guardada a proporcionalidade entre a solução das demandas e os honorários contratuais delas decorrentes, nos moldes do arbitramento realizado na sentença.

Outrossim, descartam-se as tentativas infundadas da ré, inclusive por meio do depoimento pessoal de um dos seus sócios (f. 863 – IE nº 000863), de imputar ao escritório contratado e ao 2º Requerente, ora sucedido por seu espólio, prejuízos advindos do descumprimento,

pela outra Transatora, de todos os termos da transação homologada, deixando-se dívida de IPTU quando da saída do imóvel, já que não dependia deles tal observância e, quanto à suposta negligência ao não se exigir fiador nessa pactuação final, basta observar que o correspondente instrumento (f. 143/146 – IE nº 000143) restou subscrito por representante da Requerida, aceitando os riscos da falta daquela previsão, que não pode e não deve impedir o recebimento dos honorários.

Incabíveis, portanto, as pretensões recursais de reforma do julgado de 1º grau para julgar improcedentes os pedidos iniciais (1º apelo) ou para o reconhecimento da legitimidade dos 2º e 3º autores para a cobrança da verba honorária convencional tratada nos presentes autos, ainda que de forma solidária com a sociedade de advogados efetivamente contratada – consistindo a discussão quanto à remuneração por sua efetiva atuação questão *interna corporis* –, e modificação da quantia arbitrada pelo Juízo *a quo*, seja para acolher o montante pleiteado na exordial ou fixar outro (2º recurso).

Passa-se, então, ao ponto remanescente da apelação da Demandada, referente ao pedido de majoração da condenação dos 2º e 3º Postulantes ao pagamento de honorários sucumbenciais ante a improcedência de seus pedidos, que também não merece ser acolhida. Isso porque, a despeito da interpretação da parte dispositiva da sentença realizada pela apelante em foco, observa-se que a distribuição da sucumbência realizada pelo Magistrado sentenciante, na proporção de 1/3 (um terço) para a ré e 2/3 (dois terços) para os autores sucumbentes, restringe-se ao pagamento das custas e despesas processuais, havendo as verbas honorárias devidas em razão da sucumbência dos litigantes vencidos sido especificamente estabelecidas a partir de bases de cálculo diversas.

Enquanto a Requerida deverá pagar "honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação em favor do primeiro autor", a obrigação honorária sucumbencial dos 2º e 3º Demandantes encontra-se fixada "em R$ 8.000,00, em favor da parte ré" (f. 914 – IE nº 000909), adotando-se quantia nominal justamente porque, em favor da Recorrente, não houve a estipulação de qualquer obrigação de pagar apta a servir parâmetro de tal ônus da sucumbência.

Desse modo, diferentemente do que se pretende com o pleito recursal subsidiário, afigura-se descabida a multiplicação da cifra devida pela ré (10% de R$ 65.000,00) por dois com vistas a se obter o valor dos honorários advocatícios sucumbenciais imputados aos demais litigantes vencidos, que, conforme expressamente esclarecido a f. 995/997 (IE nº 000995), trata-se "de uma única parcela de R$ 8.000,00 devida, em conjunto, pelo 2º e 3º autores" (f. 997).

Releva ainda consignar, por oportuno, que, nos moldes em que formulada a insurgência da ré quanto ao ponto em comento, restrita a um pedido de "majoração dos honorários sucumbências, de forma de que seja observada a proporção fixada na sentença" (f. 1.036 – IE nº 001024), não houve a devolução a este Órgão *ad quem* de eventual discussão acerca da razoabilidade da condenação conjunta – e não separadamente – dos 2º e 3º Requerentes vencidos ao pagamento de honorários de sucumbência de R$ 8.000,00 (oito mil reais), determinação com a qual, a toda evidência, a 1ª apelante parece haver se conformado, apontando em seu recurso apenas a inobservância da proporção de 2/3 (dois terços) imposta no *decisum* para aqueles litigantes, que, como destacado na fundamentação retro, diz respeito à divisão da responsabilidade pelas custas e despesas processuais, não repercutindo, necessariamente, sobre a verba honorária.

Por fim, registra-se que, publicado o *decisum* recorrido já na vigência do novel diploma processual e diante da sua manutenção, afastando-se integralmente ambas as irresignações apresentadas, impositiva a aplicação dos chamados honorários recursais na espécie, *ex vi* do art. 85, § 11, do CPC, aumentando-se as verbas previamente estabelecidas, passando a Demandada a dever, a título de honorários advocatícios de sucumbência, 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação ao patrono do 1º Requerente, e os 2º e 3º autores, conjuntamente, R$ 11.250,00 (onze mil duzentos e cinquenta reais) ao representante da Requerida.

Diante do exposto, voto no sentido do conhecimento e desprovimento de ambos os recursos, mantendo-se a sentença vergastada, tanto por seus próprios fundamentos, quanto por aqueles ora declinados, com a modulação ampliativa das verbas honorárias sucumbenciais arbitradas na origem, na forma do art. 85, § 11, do CPC, nos termos *supra* delineados.

RIO DE JANEIRO, 06 DE JULHO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO
RELATOR

AÇÃO REVISIONAL. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. GARANTIA DE IMÓVEL. INTIMAÇÃO POR EDITAL. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE. NULIDADE.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL COM GARANTIA DE IMÓVEL. DECISÃO QUE RECONHECEU COMO NULO O ATO DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM FAVOR DO CREDOR FIDUCIANTE, VISTO QUE NÃO FORAM CUMPRIDAS AS FORMALIDADES DA NOTIFICAÇÃO CARTORÁRIA QUE CONSTITUIU EM MORA O AGRAVADO. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ QUE NÃO MERECE PROSPERAR. AO CELEBRAR A CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO QUE FOI GARANTIDA PELA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DA RESIDÊNCIA DOS AGRAVADOS, ELES INDICARAM COMO O SEU ENDEREÇO O MESMO DO IMÓVEL EM GARANTIA. PORÉM, FOI CERTIFICADO PELO CARTÓRIO QUE OS AUTORES NÃO FORAM LOCALIZADOS POR ESTAREM EM ENDEREÇO INCERTO E IGNORADO, INTIMANDO-OS POR EDITAL. NO ENTANTO, NÃO FORAM INTIMADOS NO ENDEREÇO PREVISTO NO CONTRATO. ADEMAIS, NÃO ESTAVAM EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO, COMO EVIDENCIADO ATRAVÉS COMPROVANTES DE CONTA DE ENERGIA E TELEFONIA, BEM COMO DECLARAÇÕES DE VIZINHOS QUE DEMONSTRAM A MANUTENÇÃO DOS AUTORES EM SUA RESIDÊNCIA, O QUE INVALIDA A INTIMAÇÃO POR EDITAL E GERA A NULIDADE DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE, A TEOR DO ART. 26, §§ 1º E 4º DA LEI Nº 9.514/97. A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DA GARANTIA FIDUCIÁRIA DEVE OBSERVAR ESTRITAMENTE O DEVIDO PROCESSO LEGAL, SEGUINDO COM RIGOR O QUE DETERMINA A LEI Nº 9.514/97, ESPECIALMENTE COM RELAÇÃO À CIENTIFICAÇÃO DOS DEVEDORES NO INÍCIO DO PROCEDIMENTO DE EXPROPRIAÇÃO, POIS SE TRATA DE ATO FORMAL PELO QUAL A PARTE É CHAMADA A PURGAR A MORA, SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM FAVOR DO CREDOR. ANTE A SUA IMPORTÂNCIA, A OPÇÃO PELA VIA EDITALÍCIA CONSTITUI EXCEÇÃO E DEVE RESPEITAR A LEI, O QUE NÃO SE VERIFICOU NO CASO CONCRETO. DECISÃO QUE SE MOSTRA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE E. TRIBUNAL. RECURSO CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Agravo de Instrumento nº 0048431-94.2022.8.19.0000, em que consta como Agravante Cooperativa de Crédito, Poupança e Investimento Vanguarda da

Região das Cataratas do Iguaçu e Vale do Paraíba – SICREDI VANGUARDA PR/SP/RJ e Agravado Macrovision Produções Comércio e Serviços e Vídeo,

Acordam os Desembargadores que integram a Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste Estado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto tempestivamente por Cooperativa de Crédito, Poupança e Investimento Vanguarda da Região das Cataratas do Iguaçu e Vale do Paraiba – SICREDI VANGUARDA PR/SP/RJ, em face de decisão interlocutória proferida pelo Ilustre Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Volta Redonda que, nos autos da ação revisional, autuada sob o nº 0011927-22.2021.8.19.0066, deferiu o pedido de suspensão de leilão de imóvel alienado fiduciariamente ao Réu/Agravante nos seguintes termos (*index* 00100):

> "Vistos. Pretendem os Autores a reconsideração da decisão proferida ontem, forte na argumentação de nulidade de notificação cartorária que lhe constituiu em mora, lastreada em cédula bancária. Juntaram documentos no sentido e direção do acatamento do seu pedido. É o que me cumpria relatar, decido. A norma de regência, impõe como formalidade absoluta a necessária intimação do devedor pessoalmente, para os fins de consolidação da propriedade em nome do fiduciário (artigo 26, 1 da Lei nº 9.514/97). No *index* 316 dos autos há certidão do oficial do registro no sentido de que promoveu tal ato por edital. Por sua vez também foi juntado aos autos comprovantes de conta de energia e telefonia, bem como declarações de vizinhos que demonstram a manutenção dos autores (2º e 4º) em sua residência, fato que corrobora a inadequação da cientificação editalícia, logo impõe-se o reconhecimento liminar e incidentalmente da nulidade do ato de constituição em morado devedor. Outrossim, em sendo nulo o ato de consolidação da propriedade em favor do credor fiduciante, impossível o seguimento de ato de alienação da propriedade por ele, motivo pelo qual, resguardando resultado útil nesta demanda ou em futura outra, defiro a medida liminar e suspendo o leilão do imóvel de matrícula XX.XXX do 1º Ofício da Comarca de Volta Redonda, sito Lote XX da quadra X, rua XXX, XXX XXXXX, marcado para o dia 13 de junho de 2022 as 10h15min, ficando suspensa a eficácia da averbação 11 da mesma matrícula. Intime-se o leiloeiro A.M.J. DA R. (R.L.) com urgência por *e-mail* e telefone, observando-se os dados constantes da petição de f. 305. Oficie-se ao Cartório do 1º Ofício para anotação da suspensão da eficácia da averbação 11 efetivada na matrícula do imóvel de nº XX.XXX. Intime-se a parte ré por publicação no portal eletrônico, considerando que tem advogado constituído nos autos e o avançado da hora, que impede sua intimação por Oficial de Justiça."

Inconformada com a r. decisão, a autora interpôs o presente recurso de Agravo de Instrumento aduzindo que o perigo de dano é exclusivamente da agravante, que se encontra impedida de prosseguir com os atos, para reaver, parte do valor, referente à Cédula de Crédito Bancário nº XXXXXXXXX.

Entende que caso a decisão seja mantida por esse E. Tribunal, a agravante será amplamente prejudicada, primeiro pela impossibilidade de exercer seu direito sobre o imóvel objeto da presente demanda; e segundo, pelo prejuízo em decorrência do valor dado aos agravados.

Pleiteia a antecipação da tutela recursal para que seja revogada a decisão agravada, com a

retomada de todos os atos pertinentes ao leilão do imóvel a fim de impedir que o mesmo seja depreciado, e que a parte agravante seja impedida de se utilizar de sua propriedade, para reaver os valores dados referente à cédula de crédito bancário nº b67531627-6.

No mérito, argumenta que os agravados pretendem protelar e estender os efeitos do inadimplemento causado, com relação à CCB pactuada entre as partes. Defende que a referida tutela concedida merece ser cassada, vez que afronta diretamente o quanto disposto no procedimento de consolidação de propriedade, previsto na Lei nº 9.514/97 instaurado pela Cooperativa Agravante em razão da confessada inadimplência do contrato formalizado por meio da Cédula de Crédito Bancário nº XXXXXX-X, no valor de R$ 550.000,00 (quinhentos e cinquenta mil reais).

Afirma que por ser tratar de Cooperativa de Crédito cuja atividade principal visa financiar unicamente seus próprios associados, tem como diferencial que todos são sócios, não existindo, portanto, a figura do cliente. Sua atividade não visa lucros, sendo os direitos e deveres de todos são iguais cuja adesão é livre e voluntária. Noticia que a parte agravada, por livre e espontânea vontade, buscou o ingresso no quadro social da Cooperativa Ré, tendo sido emitida em 15 de dezembro de 2016 a Cédula de Crédito Bancário em favor do agravado, no valor de R$ 550.000,00 (quinhentos e cinquenta mil reais), cujo pagamento seria feito em 60 (sessenta) parcelas, fixas e sucessivas no valor de R$ 15.146,42 (quinze mil e cento e quarenta e seis reais e quarenta e dois centavos) com vencimento da primeira parcela em 20/02/2017 e a última em 20/01/2018, e como garantia da operação, o agravado transmitiu à Cooperativa em alienação fiduciária um imóvel urbano, de sua propriedade.

Aduz que noticiou o agravado do inadimplemento quanto aos pagamentos das parcelas e este não providenciou o pagamento dos valores correspondentes à dívida em atraso, omissão que importou na consolidação da propriedade resolúvel em nome da Cooperativa Agravante. A averbação da consolidação deixa claro para terceiros, eventualmente interessados na aquisição dos direitos do fiduciante, que o contrato de alienação fiduciária não está sendo cumprido regularmente.

Decisão que indeferiu o efeito suspensivo pleiteado, *index* 00023.

Contrarrazões ao *index* 0036.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, eis que presentes todos os requisitos de admissibilidade.

Pretendem as agravantes reforma da decisão que reconheceu como nulo o ato de consolidação da propriedade em favor do credor fiduciante, visto que não foram cumpridas as formalidades da notificação cartorária que constituiu em mora o agravado.

O art. 26, *caput* e parágrafos, da Lei nº 9.514/1997, estabelece que haverá a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário quando, vencida e não paga a dívida, no todo ou parcialmente, e constituído em mora o fiduciante, ele não quita o débito em 15 dias a partir da sua notificação pessoal.

Ao celebrar a Cédula de Crédito Bancário que foi garantida pela alienação fiduciária da residência dos agravados (imóvel de matrícula 26.415 do 1º Ofício da comarca de Volta Redonda, sítio Lote 04 da quadra I, rua quatro, Jardim Belvedere), eles indicaram como o seu endereço a rua P.M.W.P. , XXX, J.B., Volta Redonda-RJ, CEP XXXX-XXX, mesmo endereço do imóvel em garantia.

Foi certificado pelo cartório os autores não foram localizados por estarem em endereço

incerto e ignorado, intimando-os por edital (*index* 316).

Como não houve o pagamento, consolidou-se a propriedade em favor do Banco em 07/03/2022.

No entanto, os agravados não foram intimados no endereço previsto no contrato. Ademais, não estavam em local incerto e não sabido, como evidenciado através comprovantes de conta de energia e telefonia, bem como declarações de vizinhos que demonstram a manutenção dos autores em sua residência, o que invalida a intimação por edital e gera a nulidade da consolidação da propriedade, a teor do art. 26, §§ 1º e 4º da Lei nº 9.514/97. Confira-se:

> "Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.
>
> § 1º Para os fins do disposto neste artigo, o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.
>
> § 4º Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital publicado durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital."

A Execução Extrajudicial da garantia fiduciária deve observar estritamente o devido processo legal, seguindo com rigor o que determina a Lei nº 9.514/97, especialmente com relação à cientificação dos devedores no início do procedimento de expropriação, pois trata-se de ato formal pelo qual a parte é chamada a purgar a mora, sob pena de consolidação da propriedade em favor do credor. Ante a sua importância, a opção pela via editalícia constitui exceção e deve respeitar a lei, o que não se verificou no caso concreto.

Vale colacionar o seguinte julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. NULIDADE DE INTIMAÇÃO PARA LEILÃO EXTRAJUDICIAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL PARA PURGAR A MORA E ACERCA DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE. RÉU QUE ALEGA REGULAR CONSTITUIÇÃO EM MORA POR MEIO DE EDITAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA AUTORA. REFORMA. 1. A lide deve ser analisada e resolvida à luz da Lei nº 9.514/97, artigos 26 e 27. 2. Embora tenha a ré demonstrado que, em virtude da situação de inadimplemento, requereu a notificação da demandante, para purga da mora, por meio do Oficial do 1º Registro de Título e Documentos da cidade do Rio de Janeiro, não comprovou que o procedimento administrativo para consolidação da propriedade em favor da ré e expropriação observou as normas dos artigos 26 e 27, da Lei nº 9.514/97. 3. Não instruiu os autos com o requerimento de notificação para purga da mora da autora, dirigido ao Ofício de Registro de Títulos e Documentos (apenas recorta e cola parte do mesmo), tampouco com cópia da certidão negativa exarada e eventual procedi-

mento de notificação realizado pelo 1º Ofício, que teria instruído o requerimento de averbação da intimação da fiduciante para purga da mora, junto ao 9º RGI, conforme se infere da certidão de ônus reais. 4. Não é possível vislumbrar, da documentação juntada, o esgotamento dos meios de localização do devedor, as tentativas frustradas de notificação no endereço do contrato, recusa de recebimento ou outro elemento justificador da notificação por edital (local incerto e não sabido). 5. nulidade da notificação da apelante para purga da mora, o que inquina os demais atos subsequentes, como a consolidação da propriedade e a intimação do leilão. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (0007019-46.2019.8.19.0209 - Apelação. Des. BENEDICTO ULTRA ABICAIR - Julgamento: 05/05/2022 - Vigésima Segunda Câmara Cível)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BEM IMÓVEL. SUSPENSÃO DO LEILÃO EXTRAJUDICIAL. CANCELAMENTO DA AVERBAÇÃO, NA MATRÍCULA DO IMÓVEL, DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO BANCO FIDUCIÁRIO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE INTIMAÇÃO DO DEVEDOR FIDUCIANTE PARA PURGAR A MORA. ART. 26, § 1º, DA LEI Nº 9.514/97. 1. Intimação realizada pelo Oficial do Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do art. 26, § 1º, da Lei nº 9.514/97, no endereço do imóvel objeto da alienação fiduciária. Demonstração de que o devedor residia no endereço indicado no contrato. 2. O vício na intimação do devedor acarreta a nulidade de todo o procedimento extrajudicial, importando na desconstituição da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. 3. Recurso conhecido e desprovido. (0001730-53.2019.8.19.0203 - Apelação. Des. RICARDO COUTO DE CASTRO - Julgamento: 08/02/2022 - Sétima Câmara Cível)

Por tais argumentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo-se integralmente a decisão recorrida.

RIO DE JANEIRO, 18 DE AGOSTO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. NÁDIA MARIA DE SOUZA FREIJANES
RELATORA

CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. FRAUDE. MOVIMENTAÇÃO INCOMPATÍVEL COM O PERFIL DO CLIENTE. APLICAÇÃO FINANCEIRA. FALHA NO DEVER DE SEGURANÇA. LUCROS CESSANTES. DANO MORAL.

EMENTA

APELAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDENIZATÓRIA. FRAUDE EM OPERAÇÃO REALIZADA COM CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. FRAUDADOR QUE DETINHA INFORMAÇÕES SOBRE DADOS DO CLIENTE. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. FALHA NO DEVER DE SEGURANÇA. MOVIMENTAÇÃO ATÍPICA E INCOMPATÍVEL COM O PERFIL DA CLIENTE IDOSA. FORTUITO INTERNO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 479 DO STJ E Nº 94 DESTE TRIBUNAL. OPERAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÃO SIMPLES DOS VALORES DEBITADOS. LUCROS CESSANTES DECORRENTES DA OPERAÇÃO INDEVIDA NAS APLICAÇÕES FINANCEIRAS DA CORRENTISTA. DANO MORAL FIXADO EM ATENÇÃO À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA Nº 343 DESTE TRIBUNAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. A concessão do efeito suspensivo a recurso que ordinariamente não o ostenta somente se justifica em situações excepcionais, o que não ocorreu. 2. Legitimidade passiva do banco réu, tendo em vista o questionamento referente às contas e cartões da autora mantidos junto ao banco réu. 3. Fraude na qual se redireciona o número de atendimento oficial do banco a fraudadores que, portando dados pessoais do consumidor, se passam por funcionários da instituição financeira e orientam o cliente a

entregar os cartões, sob alegação de suspeita de clonagem para realização de perícia. 4. Relação de consumo a atrair a responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco do empreendimento. 5. Caracterizada a falha na prestação do serviço pela instituição financeira ré, em razão de ter deixado de observar um dever de cuidado fundamental na atividade que desenvolve, permitindo que terceiros fraudadores tivessem acesso aos dados pessoais da autora (nome, telefone, endereço, tipo de cartão, entre outros), viabilizando, assim, a execução da fraude em questão, normalmente praticada contra pessoas idosas, como no presente caso. 6. Dever de proteção à segurança do consumidor previsto nos arts. 8º, 9º e 10º do Código de Defesa do Consumidor e que, envolvendo a prestação de serviços bancários e financeiros, estende-se à segurança no uso dos meios de pagamento, no compartilhamento de informações pessoais e no atendimento telefônico. 7. Banco réu que deveria verificar que as compras e operações com os investimentos da autora fugiam do padrão de consumo da autora e adotar medida no sentido de evitar a ocorrência de fraude, como buscar confirmação das transações perante o cliente ou mesmo bloquear de imediato o cartão, como acontece comumente e, ao não adotar nenhuma medida, denotando desorganização e descontrole nas suas operações. 8. Tratando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar, inserindo-se no risco do empreendimento, conforme entendimento pacificado na Súmula nº 94 deste Tribunal, e segundo a Súmula nº 479 do STJ. 9. Banco réu que falhou no seu dever de segurança, estabelecido nos artigos 4º, alínea "d", e 14, § 1º, II, do CDC, não impedindo que terceiros fraudadores fossem bem-sucedidos, caracterizada, portanto, o defeito na prestação do serviço, ensejando a obrigação de indenizar os prejuízos causados ao consumidor decorrentes de operações não reconhecidas realizadas com o cartão de débito/crédito da autora. 10. Restituição simples dos valores debitados indevidamente e ressarcimento à autora dos rendimentos que deixou de auferir em razão da movimentação indevida das aplicações financeiras vinculadas à conta bancária da autora. 11. Violação do dever de segurança, com quebra da legítima expectativa, que ultrapassa o inadimplemento contratual, extrapolando o mero aborrecimento. 12. Danos morais configurados e razoavelmente arbitrados em R$ 5.000,00, em observância à extensão do dano e à função preventiva, em atenção à Súmula nº 343 deste Tribunal, não merecendo a pretendida redução. 13. Majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais em sede recursal. 14. Desprovimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0275081-02.2019.8.19.0001, originária da 15ª Vara Cível da Comarca da Capital, julgada na sessão de 29/03/2022, em que figura como Apelante Banco do Brasil S/A e Apelado N.C.V.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Acórdão apresentado na data da sessão.

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória com repetição de indébito e indenizatória proposta por N.C.V. em face de Banco do Brasil S/A, alegando a autora que é correntista junto ao banco réu para recebimento dos proventos de sua aposentadoria. Narrou que apresenta perfil de consumo extremamente conservador e linear, sempre movimentando a respectiva conta corrente e cartões de crédito de forma

regular e uniforme. Salientou que não usa caixas eletrônicos e a função débito. Mencionou que foi vítima de fraude, sendo orientada por pessoa que se disse funcionário do banco para ligar para o número que consta no verso do seu cartão, mas ligou para o número de sua agência para falar com seu gerente, e foi atendida por uma pessoa que se identificou como assistente do seu gerente, que detinha informações que a autora possuía cartão *black* e sabia seu endereço e a orientou a digitar a sua senha pelo telefone. Assim, foi induzida a erro, para escrever uma carta e entregar seus cartões de crédito e débito ao estelionatário que se fez passar por preposto do banco. Narrou que foram realizadas diversas compras e saques utilizando-se seus cartões. Destacou que efetuou o registro de ocorrência. Alegou que recebeu apenas a restituição no valor de R$ 2.000,00. Requereu a declaração de inexistência de débito, a restituição em dobro ou simples a título de danos materiais, por danos emergentes e lucros cessantes, e condenação por danos morais no valor de R$ 10.000,00.

Contestação a f. 246-280, arguindo sua ilegitimidade passiva e a ausência de interesse de agir. Mencionou que a autora foi vítima do "golpe do *motoboy*". Afirmou a ausência de ilícito. Mencionou a culpa exclusiva de terceiro. Salientou a inexistência de dano material e de dano moral. Pugnou pelo acolhimento das preliminares ou a improcedência dos pedidos.

Réplica a f. 444-461.

O banco réu a f. 479 e a autora a f. 485 informaram que não possuem outras provas a produzir.

A sentença de f. 491-496 julgou procedentes os pedidos para: 1 - declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes, quanto às compras e saques impugnados nos presentes autos; 2 - condenar a parte ré a restituir à parte autora a quantia de R$ 64.158,78, na forma simples, com incidência de correção monetária, desde a data do desembolso, e juros moratórios de 1% ao mês, desde a data da citação; 3 - condenar a parte ré a ressarcir à parte autora quanto aos lucros que deixou de auferir sobre o montante de R$ 15.786,20 retirados indevidamente de suas aplicações financeiras, a título de lucros cessantes, com incidência de correção monetária desde que data em que teria recebido tais valores e juros de mora desde a citação; 4 - condenar a parte ré a pagar à parte autora a quantia de R$ 5.000,00, a título de danos morais, corrigidos monetariamente a partir da publicação da sentença e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação. Condenou a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor total da condenação.

O banco réu apelou a f. 499-528, postulando o efeito suspensivo. Reiterou sua ilegitimidade passiva. No mérito, sustentou que adota medidas de segurança. Mencionou que todas as transações foram realizadas em horário e data anteriores ao bloqueio efetuado nos cartões. Afirmou que as operações não lhe podem ser imputadas. Salientou a ausência de falha na prestação do serviço. Afirmou a inexistência de dano material e moral. Requereu a reforma da sentença ou a redução do dano moral.

Contrarrazões da autora a f. 540-559, pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Conheço o recurso, pois presentes os requisitos.

Inicialmente, o recebimento do recurso de apelação no efeito suspensivo está subordinado à demonstração de probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação houver risco de dano grave ou de difícil reparação à parte, a teor do disposto no art. 1.012, § 4º, do CPC.

No entanto, o banco réu, nada alegou nas razões recursais, limitando-se a requerer o efeito suspensivo, razão pela qual deve ser indeferido.

Rejeita-se a ilegitimidade passiva suscitada pelo banco réu, tendo em conta que a autora impugna débitos em sua conta bancária e compras em cartão de crédito vinculados ao réu. A questão sobre a responsabilidade do réu pelos débitos impugnados, no estrito rigor, se confunde com o mérito da demanda.

No mais, verifica-se que da petição inicial que se trata da fraude conhecida como "golpe do *motoboy*", na qual se redireciona o número da central de atendimento oficial do Banco a fraudadores que, sob a égide da aparente legitimidade, portando dados pessoais do consumidor, telefonam para a vítima se passando por funcionários da instituição financeira, informando que foram realizadas movimentações suspeitas com seu cartão, assim, orientam o cliente a entregar os cartões sob suspeita de clonagem a *motoboy* para realização de perícia.

Observe-se que a relação é de consumo, incidindo a Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça, que diz: "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Assim, a responsabilidade em exame é objetiva pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade de fornecimento de bens e serviços, tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa.

Se os riscos do negócio correm por conta do empreendedor, imperioso concluir que o furto, o roubo, a fraude ou o extravio do cartão de crédito é risco do empreendimento, e, como tal, corre por conta da instituição bancária.

Com efeito, o inciso II do § 1º do art. 14 do CDC caracteriza o serviço como defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração os riscos que razoavelmente dele se esperam.

No caso concreto, resta caracterizada a falha na prestação do serviço pela instituição financeira ré, em razão de ter deixado de observar um dever de cuidado fundamental na atividade que desenvolve, permitindo que terceiros fraudadores tivessem acesso aos dados pessoais da autora (nome, telefone, endereço, entre outros), viabilizando, assim, a execução da fraude em questão, normalmente praticada contra pessoas idosas, como no presente caso.

Ressalte-se que o dever de proteção à segurança do consumidor está previsto nos arts. 8º, 9º e 10º do Código de Defesa do Consumidor e, envolvendo a prestação de serviços bancários e financeiros, estende-se à segurança no uso dos meios de pagamento, no compartilhamento de informações pessoais e no atendimento telefônico.

Cumpre salientar que, com a vigência da Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi explicitada a responsabilidade das instituições financeiras pela proteção aos dados pessoais de seus correntistas.

Note-se que o Banco Central adotou a Resolução nº 4.658, de 26/04/2018, que dispõe sobre a política de segurança cibernética e determina que:

> "Art. 2º As instituições referidas no art. 1º devem implementar e manter política de segurança cibernética formulada com base em princípios e diretrizes que busquem assegurar a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade dos dados e dos sistemas de informação utilizados.
>
> § 1º A política mencionada no *caput* deve ser compatível com:
>
> I - o porte, o perfil de risco e o modelo de negócio da instituição;

> II - a natureza das operações e a complexidade dos produtos, serviços, atividades e processos da instituição; e
>
> III - a sensibilidade dos dados e das informações sob responsabilidade da instituição. (...)".

A autora comprovou que as operações realizadas não se adequavam ao seu perfil de cliente. Observe-se que as faturas do cartão de crédito apresentam poucas compras e em valores baixos, conforme extratos do ano de 2015 a 2018, acostados a f. 37-85, pouquíssimas vezes ultrapassando o total de R$ 2.000,00. E os extratos bancários de f. 86-90 e f. 92-95 demonstram que, embora a autora mantivesse saldo na conta elevado, as movimentações mensais eram apenas de pagamento de faturas e boletos e aplicações.

Por sua vez, os extratos juntados a f. 96-117 comprovam os débitos não reconhecidos pela autora e descritos a f. 120-123, bem como as movimentações indevidas realizadas nos fundos de investimentos que autora mantinha aplicação, conforme consta a f. 130-147.

Nesse passo, o banco réu deveria verificar que as compras e operações com os investimentos da autora fugiam do padrão de consumo da autora e adotar medida no sentido de evitar a ocorrência de fraude, como buscar confirmação das transações perante o cliente ou mesmo bloquear de imediato o cartão, como acontece comumente. No caso concreto, a inércia do banco revela desorganização e descontrole na prestação do serviço.

Ainda que se que se admita que houve fraude por meio de ação de terceiro estelionatário, tal se enquadra no risco que integra o empreendimento do banco réu não configurando, assim, excludente abrangida no caso fortuito externo, uma vez que se insere no conceito do fortuito interno pelo qual responde o prestador e/ou fornecedor.

Ressalte-se que se aplica na espécie os enunciados das Súmulas nº 479 do Superior Tribunal de Justiça e nº 94 deste Tribunal, a saber:

> Súmula nº 479 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.
>
> Súmula nº 94 TJRJ - Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar.

O banco réu falhou no seu dever de segurança, estabelecido nos artigos 4º, alínea "d", e 14, § 1°, II, do CDC, não impedindo que terceiros fraudadores fossem bem-sucedidos, caracterizada, portanto, o defeito na prestação do serviço, ensejando a obrigação de indenizar os prejuízos causados ao consumidor decorrentes de operações não reconhecidas realizadas com o cartão de débito/crédito da autora.

Desse modo, impõe-se a manutenção da sentença declarou inexistente o débito quanto às compras e saques impugnados pela autora e condenou o banco réu a restituir à autora a quantia de R$ 64.158,78, bem como a ressarcir à autora os rendimentos que deixou de auferir sobre o montante de R$ 15.786,20, retirados indevidamente de suas aplicações financeiras, a título de lucros cessantes.

No caso concreto, tendo em vista a imputação à autora de uma dívida indevida e o descaso do banco réu em resolver a questão administrativamente, tem-se que os fatos narrados na inicial ultrapassam a esfera do mero dissabor, por, evidentemente, acarretarem angústia e abalo, bem como a sensação de injustiça.

Assim, os danos morais são evidentes, tendo a autora, experimentado mais do que o mero aborrecimento do cotidiano, em razão de imputa-

ção de uma dívida indevida e o descaso do banco réu em resolver a questão administrativamente, o que acarreta angústia e abalo, bem como a sensação de injustiça.

Nesse sentido destaca-se o posicionamento deste Tribunal:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. AUTORA QUE FOI VÍTIMA DO CHAMADO "GOLPE DO *MOTOBOY*". FRAUDADOR QUE SE PASSA POR PREPOSTO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, APÓS CONTATO TELEFÔNICO E CONVENCE O CLIENTE A FORNECER OS DADOS BANCÁRIOS E ENTREGAR OS CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. SENTENÇA JULGANDO PROCEDENTE O PEDIDO PARA DETERMINAR O CANCELAMENTO DAS COMPRAS NÃO RECONHECIDAS E A RESTITUIÇÃO DOS VALORES RELATIVOS ÀS COMPRAS REALIZADAS COM OS CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO, ASSIM COMO PARA INDENIZAR A AUTORA POR DANOS MORAIS NO VALOR DE R$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). IRRESIGNAÇÃO DE AMBAS AS PARTES. BANCO QUE, DIANTE DA MOVIMENTAÇÃO COMPLETAMENTE ATÍPICA E INCOMPATÍVEL COM O PERFIL DE SUA CLIENTE, PODERIA TER EVITADO A MAIOR PARTE DAS COMPRAS E SAQUES. AUTORA QUE, A SEU TURNO, FORNECEU, EM CONTATO TELEFÔNICO, SUA SENHA PESSOAL, SENDO CONVENCIDA A ENTREGAR OS PRÓPRIOS CARTÕES AOS FRAUDADORES. LITIGANTES QUE CONTRIBUÍRAM PARA A OCORRÊNCIA DO EVENTO DANOSO. AUTORA, JÁ IDOSA, QUE PASSOU POR SITUAÇÃO DE AFLIÇÃO E ANGÚSTIA QUE SUPERA O MERO ABORRECIMENTO. DANO MORAL CARACTERIZADO E ADEQUADAMENTE FIXADO EM R$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. (0022227-78.2020.8.19.0001 - Apelação. Des(a). FLÁVIA ROMANO DE REZENDE - Julgamento: 13/07/2021 - Décima Sétima Câmara Cível).

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. AUTOR VÍTIMA DA FRAUDE CONHECIDA COMO "GOLPE DO *MOTOBOY*". SENTENÇA QUE DECLAROU A INEXISTÊNCIA DAS OPERAÇÕES CONTESTADAS, CONDENANDO O RÉU A DEVOLVER OS VALORES DESCONTADOS DO AUTOR DE FORMA SIMPLES, E A INDENIZÁ-LO POR DANOS MORAIS NA QUANTIA DE R$ 7.000,00. APELAÇÃO EXCLUSIVA DO BANCO DO BRASIL. RÉU QUE NÃO DESCONSTITUIU AS ALEGAÇÕES AUTORAIS. FRAUDE OPERADA POR FALHA NA SEGURANÇA DOS DADOS DO CORRENTISTA. CRIMINOSOS QUE LIGARAM PARA O AUTOR CONFIRMANDO DADOS BANCÁRIOS E PESSOAIS. EM ACRÉSCIMO, OS CRIMINOSOS EFETUARAM GASTOS SEGUIDOS NO CARTÃO, EM HORÁRIOS SUCESSIVOS, COM VALORES E PADRÕES TOTALMENTE DISSONANTES DO PERFIL DO CORRENTISTA. FORTUITO INTERNO NÃO IMPUTÁVEL AO CONSUMIDOR HIPOSSUFICIENTE. TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. CONTEÚDO DO VERBETE SUMULADO Nº 479 DO STJ, SEGUNDO O QUAL "AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS RESPONDEM OBJETIVAMENTE PELOS DANOS GERADOS POR FORTUITO INTERNO RELATIVO A FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS NO ÂMBITO DE OPERAÇÕES BANCÁRIAS". FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO QUE CONFIGURA DANOS MORAIS. QUANTIA INDENIZATÓRIA FIXADA EM R$ 7.000,00 (SETE MIL REAIS) QUE DEVE SER MANTIDA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCIPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA Nº 343 DESTE TRIBUNAL: "A VERBA INDENIZATÓRIA DO DANO MORAL SOMENTE SERÁ MODIFICADA SE NÃO ATENDIDOS PELA SENTENÇA OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIO-

NALIDADE E DA RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO." FINALMENTE, A VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA FOI FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL DE 10% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, NÃO CABENDO A REDUÇÃO PRETENDIDA. NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO. SENTENÇA MANTIDA. (0019999- 66.2019.8.19.0066 - Apelação. Des(a). SANDRA SANTARÉM CARDINALI - Julgamento: 10/02/2022 - Vigésima Sexta Câmara Cível).

APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS. GOLPE DO *MOTOBOY*. O EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES PELAS ENTIDADES FINANCEIRAS NÃO SE EXAURE NOS LIMITES DE SUAS AGÊNCIAS OU POSTOS DE ATENDIMENTOS FÍSICOS OU VIRTUAIS, MAS SE ESTENDEM NAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO AO APROVEITAMENTO DE SUAS ESTRUTURAS E FORMAS DE ATUAÇÃO POR TERCEIROS QUE SE VALEM DE INFORMAÇÕES IMPORTANTES AO COMETIMENTO DE ILÍCITOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (0010156-18.2020.8.19.0042 - Apelação. Des. CESAR FELIPE CURY - Julgamento: 10/02/2022 - Décima Primeira Câmara Cível).

No que diz respeito ao arbitramento do quantum indenizatório, destaca-se que o princípio da razoabilidade determina que o valor do dano moral deve guardar proporcionalidade ao fato, redundando logicamente deste, e não deve, em contrapartida, apresentar caráter insignificante em face das características econômicas do causador dos danos e nem constituir fonte de lucro, sem olvidar o caráter punitivo-pedagógico da indenização, de maneira a inibir a repetição do comportamento da empresa ré.

No caso vertente, atento ao princípio da proporcionalidade e da lógica razoável, tendo em vista as circunstâncias do dano e sua repercussão, além da condição social e a capacidade econômica de ambas as partes, notadamente o porte do banco réu, entendo ser adequada a quantia de R$ 5.000,00.

Assim, verifica-se que este valor melhor se coaduna com as especificidades do caso concreto, especialmente diante do elevado valor das dívidas imputadas à autora, conforme documentos acostados com a inicial, conforme inteligência da Súmula 343 deste Tribunal, bem como em consonância ao art. 944 do Código Civil, tendo em vista ainda o caráter pedagógico-punitivo da condenação, o que afasta a pretendida redução.

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso, majorando os honorários advocatícios impostos à ré em 5%, totalizando 20%, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

RIO DE JANEIRO, 29 DE MARÇO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. ELTON M. C. LEME
RELATOR

CONCURSO PÚBLICO. FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. INEQUÍVOCA NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DA APROVADA. PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO VALE DO RIO PRETO. CONCURSO PÚBLICO COM EDITAL PUBLICADO PREVENDO EXCLUSIVAMENTE A FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA, SEM CARGOS PARA PROVIMENTO IMEDIATO. DEMANDANTE QUE FOI APROVADA NA 22ª COLOCAÇÃO GERAL PARA O CARGO DE AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE, TENDO FICADO NA PRIMEIRA COLOCAÇÃO NA MICRORREGIÃO DO PSF DE ROÇADINHO. ALEGAÇÃO DE QUE A SERVIDORA LOTADA NA ALUDIDA

LOCALIDADE FOI READAPTADA EM OUTRO LOCAL POR MOTIVO DE SAÚDE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO DO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. EM QUE PESE O ENTENDIMENTO SEJA DE QUE O CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS POSSUA MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO, O STF, AO JULGAR O TEMA Nº 784, FIXOU TESE NO SENTIDO DE QUE O SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS OU A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PARA O MESMO CARGO, DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME ANTERIOR NÃO GERA AUTOMATICAMENTE O DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL, RESSALVADAS AS HIPÓTESES DE PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO, CARACTERIZADA POR COMPORTAMENTO TÁCITO OU EXPRESSO DO PODER PÚBLICO CAPAZ DE REVELAR A INEQUÍVOCA NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DO APROVADO DURANTE O PERÍODO DE VALIDADE DO CERTAME, A SER DEMONSTRADA DE FORMA CABAL PELO CANDIDATO. EDITAL DO CONCURSO PARA VÁRIOS CARGOS, TODOS SEM DISPONIBILIDADE IMEDIATA DE VAGAS, COM PREVISÃO EXCLUSIVA PARA CADASTRO DE RESERVA. CONDUTA QUE, EMBORA NÃO SEJA VEDADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO, NÃO É COMPATÍVEL COM A MORALIDADE ADMINISTRATIVA. O COMPORTAMENTO EXPRESSO OU TÁCITO DO PODER PÚBLICO CAPAZ DE REVELAR A INEQUÍVOCA NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO CARACTERIZA PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA DAQUELE APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO FORA DO NÚMERO DE VAGAS, TRANSMUDANDO A MERA EXPECTATIVA DE DIREITO EM DIREITO SUBJETIVO. MUNICÍPIO APELANTE QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE COMPROVAR QUE O ALEGADO PELA AUTORA NA INICIAL SERIA INVERÍDICO, DE QUE A SERVIDORA LOTADA NA LOCALIDADE NÃO MAIS ESTAVA EXERCENDO SUAS FUNÇÕES NA ALUDIDA MICRORREGIÃO, ESTANDO READAPTADA POR PROBLEMA DE SAÚDE. POPULAÇÃO QUE NÃO PODE FICAR SEM ATENDIMENTO NA SAÚDE PRIMÁRIA. DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ARTIGO 373, II DO CPC PELO APELANTE, QUE POSSUÍA OS MEIOS DE PROVAR QUE A VAGA ESTAVA OCUPADA. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE NOTICIOU A PROPOSITURA DE AÇÃO VISANDO A APURAR A CONDUTA DO MUNICÍPIO NA PRÁTICA DO DESVIO DE FUNÇÕES DE SERVIDORES, A CORROBORAR A NARRATIVA DA INICIAL. COMPORTAMENTO TÁCITO DO PODER PÚBLICO QUE ACARRETA O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DA APELANTE. SENTENÇA QUE NÃO MERECE REPARO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000948-39.2019.8.19.0076, em que é Apelante Município de São José do Vale do Rio Preto e Apelada V.M.C.P.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto da desembargadora relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação Cível interposto pelo réu Município de São José do Vale do Rio Preto contra a sentença de f. 166/170 (i.e 000166), prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de São José do Vale do Rio Preto, que, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer, julgou procedentes os pedidos formulados por V.M.C.P., nos seguintes termos:

"Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer proposta por V.M.C.P. contra o Município de São José do Vale do Rio Preto. A autora narra que foi aprovada em 22º lugar no Concurso para Agente Comunitário de Saúde perante o réu, sendo classificada em 1º lugar para a micro

área daquele município, nominada "Roçadinho". Afirma preencher os requisitos para exercer o cargo, especialmente pelo fato de residir na micro área de Roçadinho, indicada em sua opção para exercício da atividade por ocasião do concurso. Aduz ainda que a única agente comunitária de saúde daquela micro área foi reaproveitada em outro local, e a população local não conta ali com nenhuma agente em exercício. O réu chamou outros classificados no concurso, mas não a autora, apesar da existência da vaga e da necessidade do serviço. Entende fazer jus a ser nomeada para o cargo. Aduz que não há insuficiência orçamentária, uma vez que o réu já anunciou a realização de novo concurso para o preenchimento de diversos outros cargos na administração. Pediu tutela de urgência para impor ao réu a sua nomeação.

Intimado a se manifestar sobre o pedido de tutela de urgência, o réu opôs-se ao seu deferimento alegando que a nomeação da autora no cargo ensejaria a irreversibilidade dos efeitos da tutela, porque a remuneração que lhe fosse paga seria irrepetível (*índex* 000100).

A tutela de urgência foi indeferida (*índex* 000119).

O réu contestou a ação (*índex* 000113) alegando que a autora não faz jus à nomeação ao cargo para o qual foi aprovada. Traz à baila o teor do Enunciado da Súmula - STF nº 15 e da tese firmada no RE c/ Repercussão Geral nº 837.311 (Tema 784), asseverando que não há a vaga para a qual a autora pretende ser nomeada, porque a funcionária que supostamente estaria em readaptação (fato que entende devesse ser provado pela autora), acaso tivesse sido lotada em outro local, estaria atuando com desvio de função, e a solução para a falta de funcionário no cargo de Agente Comunitário de Saúde na micro área da residência da autora seria o retorno daquela funcionária desviada à lotação original e não a nomeação da autora.

A autora requer a inversão do ônus da prova para que o réu apresente as folhas de ponto dos funcionários com desvio de função (índice 000138).

O réu requer a admissão da prova documental produzida e a produção de prova documental superveniente, se necessária. Requer ainda o depoimento pessoal da autora e a prova testemunhal (índice 000156).

O Ministério Público informa que ajuizou ação contra o réu para apurar supostos desvios de funções na Administração Pública Municipal.

É o relatório.

Registro, preliminarmente, que apesar de intitulada a demanda como "ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais c/c tutela de urgência", a autora não formulou pedido de indenização por danos morais na petição inicial, razão pela qual o julgamento ater-se-á ao objeto do pedido.

O processo comporta julgamento antecipado do mérito uma vez que não há necessidade de produção de outras provas. Os documentos já juntados são suficientes para análise e deslinde da questão.

A contestação apresentada pelo Município de São José do Vale do Rio Preto, com a devida *vênia*, omite os fatos que lhe competia esclarecer cabalmente, deixando de cooperar para a construção da justiça do caso. Não poderia o réu simplesmente alegar que não haveria vaga para a qual a autora pretende ser nomeada, porque a funcionária que supostamente estaria em readaptação (fato que entende deveria ser provado pela autora), acaso tivesse sido lotada em outro local, estaria atuando com desvio de função. Ao réu competia informar se o cargo está

provido, se a funcionária que ocupa o cargo o exerce, se não o exerce, se está desviada da função e se estaria exercendo outra função por necessidade de processo de readaptação, e tudo o mais pertinente e relevante para o caso, uma vez que dispõe de todas as informações a respeito da situação jurídica de seus funcionários. Se ao Poder Público não se aplicam as sanções decorrentes da revelia, não se pode por outro lado desconsiderar os termos vagos da defesa dos fatos apresentados na contestação.

O réu não nega que nomeou outros candidatos aprovados no mesmo concurso, ainda que para outras áreas do município. Também não nega a deflagração de novo concurso para preenchimento de outros quadros do município. E não nega, antes "supõe", alegando a própria torpeza, que a funcionária lotada no cargo para o qual a autora pretende ser nomeada, estaria desviada de suas funções normais para exercer as de outro cargo, por força de necessidade de readaptação.

Ora, se o cargo está preenchido, mas sua ocupante não tem condições de exercê-lo, ou é caso de aposentadoria, ou de readaptação. E se for de readaptação, não é caso de retorno do servidor ao cargo, mas de lotação em outro cargo, dando-se nesse caso o acesso por provimento derivado, plenamente justificado.

O que, por outro lado não pode ocorrer, é ficar a comunidade de "Roçadinhos" desassistida do serviço de um agente comunitário de saúde, se há pessoa aprovada para ocupar o cargo e exercer a função, e o réu realizou nomeações para outros cargos de pessoas aprovadas no mesmo concurso, demonstrando possibilidade orçamentária.

Ainda que assim não fosse, é preciso também considerar o direito de nomeação da autora que decorre da conjugação dos termos do edital com o resultado do concurso. Constou do edital do concurso que ele se realizaria para composição de cadastro de reserva (índice 000033). A prática não se mostra consentânea com a moralidade administrativa, uma vez que, em casos tais, hipoteticamente, decorrido o prazo do concurso, não abrindo nenhuma vaga, todos os candidatos teriam sido levados a prestar concurso, com os respectivos gastos, sem necessidade, apenas em virtude de uma mera expectativa. A deflagração de um concurso público de ingresso em carreiras de Estado pressupõe que haja, no mínimo, uma vaga a ser preenchida. O preenchimento de cadastro de reserva não pode ser a finalidade última do concurso, porque não existe cargo a ser ocupado em cadastro de reserva. O cadastro de reserva nada mais representa do que a relação de candidatos que lograram ser aprovados nos exames e títulos, mas cuja classificação não foi suficiente para o preenchimento das vagas.

Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência do Colendo STF, que no RE 598.099 (com Repercussão Geral), julgado em 10/08/2011, sendo relator o eminente Ministro GILMAR MENDES, assim assentou:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Adminis-

tração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Públi-

co, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO." Com efeito, todo candidato aprovado em primeiro lugar tem direito à nomeação no prazo do concurso, porque viola o princípio da moralidade administrativa a realização de um concurso sem que haja, no mínimo, uma vaga para cada cargo em disputa. Daí o perfeito raciocínio do eminente e saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI citado pelo ilustre patrono da autora em sua réplica (índice 000135) no sentido de que, não mencionando o edital o número de vagas, presume-se que exista pelo menos uma.

Finalmente, observo que a ação foi ajuizada em de 31/05/2019, antes, portanto, do decurso do prazo bienal de vigência do concurso (item 11.1 do edital), cuja homologação deu-se em 02/06/2017 (índice 000083).

Outrossim, realizada a cognição plena nesta oportunidade, deve ser concedida agora a tutela de urgência pretendida pela autora, verificado o seu direito e o perigo de dano para a autora, em razão da perda da oportunidade de trabalho e remuneração.

Considerando o módico valor atribuído à causa, é razoável que o percentual de honorários de sucumbência seja fixado no máximo para remunerar condignamente o trabalho do ilustre patrono da autora.

Posto isso:

1. Defiro a Tutela de Urgência em favor da autora para determinar ao réu que nomeie provisoriamente a autora para o cargo ao qual logrou ser aprovada, na forma e no prazo contados a partir da ciência desta decisão. Fixo multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais) para o caso de descumprimento.

2. Julgo procedente o pedido para condenar o réu a nomear a autora definitivamente para o cargo ao qual logrou ser aprovada.

3. Condeno o réu a pagar as despesas processuais, se não for hipótese de isenção, uma vez que não se trata de reembolso, porque a autora goza de gratuidade.

4. Condeno o réu a pagar ao patrono da autora a quantia de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, corrigido do ajuizamento pela UFIR-RJ (tabela do TJRJ).

P. R. I."

O referido *decisum* foi objeto dos Embargos de Declaração do i.e.000183, rejeitados pela sentença do i.e.000190, *in verbis*:

"Pasta 000183.

Trata-se de Embargos de Declaração interpostos pelo réu, Município de São José do Vale do Rio Preto, contra a sentença da pasta 000166, alegando omissão no ato judicial, na medida em que não teria observado a existência do requerimento de prova documental, depoimento pessoal da autora e prova teste-

munhal formulado na petição de f. 156. Aduz expressamente a sentença não mencionou a existência daquele requerimento. Requer seja suprida a omissão do julgado nesse aspecto.

Decido.

Diversamente do observado pelo recorrente, a sentença não se omitiu quanto à referência ao aludido requerimento de produção de provas no relatório, nem tampouco deixou de considera-lo por ocasião da fundamentação.

No relatório, assim constou (f. 167):

"O réu requer a admissão da prova documental produzida e a produção de prova documental superveniente, se necessária. Requer ainda o depoimento pessoal da autora e a prova testemunhal (índice 000156)." Na fundamentação (f. 167): "O processo comporta julgamento antecipado do mérito uma vez que não há necessidade de produção de outras provas. Os documentos já juntados são suficientes para análise e deslinde da questão.

Não houve omissão alguma. Entendeu o juízo que a demanda comportava julgamento antecipado, sendo suficiente a prova documental já produzida no processo.

Posto isso, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

P. R. I."

Em suas razões recursais de f. 200/203 (i.e. 000200), o apelante alegou, em breve síntese, que a própria apelada afirma na inicial que foi aprovada para cadastro de reserva, apresentando a documentação pertinente e levando em consideração que a vaga da micro área do Roçadinho já se encontrava ocupada.

Afirmou que o cadastro de reserva é lícito e se justifica no poder discricionário da administração pública, pois o mesmo deriva de uma previsão em edital possibilitando eventual provimento futuro, ou seja, apenas gera mera expectativa de direito e não direito subjetivo à nomeação.

Aduziu que o candidato aprovado para cadastro de reserva tem preferência de ser convocado em relação aos outros candidatos aprovados em certame posterior, mas somente fará jus à nomeação se diante do prazo de validade do concurso surgirem novas vagas e se houver preterição do candidato na ordem de convocação, nos termos da Súmula nº 15 do STF.

Sustentou que a apelada possui mera expectativa de direito à posse, não tendo comprovado que a funcionária lotada na aludida região está prestando o serviço em outra localidade por problemas de saúde, ausente a prova da readaptação.

Argumentou que eventual comprovação de desvio de função não acarreta a abertura de vaga, mas a mera determinação de retorno ao cargo ou função de origem.

Pugnou, por fim, pela reforma da sentença para que sejam julgados improcedentes os pedidos.

A Apelada ofereceu contrarrazões ao recurso no i.e. 000211, em prestígio à sentença recorrida.

A Procuradoria de Justiça se manifestou no i.e. 000238 pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

VOTO

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual deve ser recebido nos seus regulares efeitos.

Cinge-se a controvérsia recursal acerca do acerto da sentença em reconhecer o direito subjetivo da autora à nomeação e posse após respectiva aprovação em concurso público cujo edital apenas previu cadastro de reserva.

Ab initio, importante destacar que a Constituição Federal impõe como regra ao preenchimento

dos cargos na Administração Pública que se dê por meio da realização de concurso público, com o intuito de garantir os Princípios Constitucionais da Impessoalidade, Eficiência e Igualdade, conforme dispõe o seu artigo 37, II, devendo o edital prever todas as regras das fases do concurso até a efetiva posse, *in verbis*:

> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> (...)
>
> II - 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.

Por outro lado, incumbe ao Poder Judiciário o controle da legalidade dos atos administrativos e, em que pese seja vedado imiscuir-se na vontade do administrador público, adentrando o mérito administrativo, sob pena de violação do Princípio da Separação de Poderes, cumpre a ele o dever de analisar a legalidade do ato, assim como a aplicação dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade.

Impende ressaltar que o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 837.311/PI, Tema nº 784, fixou tese no sentido de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato, *in verbis*:

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. *IN CASU*, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do *merit system*, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, *caput*). 2. O edital do concurso com número específico de vagas,

uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE nº 598.099 - RG, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe 03/10/2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como "Administrador Positivo", de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como *verbi gratia*, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a inocorrência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, *verbi gratia*, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE nº 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula nº 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. 8. *In casu*, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos

devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE nº 837.311, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 Divulg. 15/04/2016 Public. 18/04/2016)"

Com efeito, da análise dos documentos adunados aos autos, extrai-se que a apelada logrou êxito em ser aprovada no concurso público realizado pelo Município apelante para o cargo de agente comunitário de saúde, ficando na 22ª colocação na classificação geral e na primeira colocação para o PSF Roçadinho, microárea escolhida por ela por ser o local de sua residência, conforme documento acostado no i.e.000023.

Ocorre que o edital nº 01/2016 (i.e.000032) previu o concurso para vários cargos, todos sem disponibilidade imediata de vagas, ou seja, com previsão exclusiva para cadastro de reserva, o que, embora não seja vedado pelo ordenamento jurídico, não é compatível com a moralidade administrativa, eis que, em tese, o edital deveria prever ao menos uma vaga para provimento imediato.

Nesse sentido, transcrevo trecho da sentença que bem fundamentou a questão:

"Ainda que assim não fosse, é preciso também considerar o direito de nomeação da autora que decorre da conjugação dos termos do edital com o resultado do concurso. Constou do edital do concurso que ele se realizaria para composição de cadastro de reserva (índice 000033). A prática não se mostra consentânea com a moralidade administrativa, uma vez que, em casos tais, hipoteticamente, decorrido o prazo do concurso, não abrindo nenhuma vaga, todos os candidatos teriam sido levados a prestar concurso, com os respectivos gastos, sem necessidade, apenas em virtude de uma mera expectativa. A deflagração de um concurso público de ingresso em carreiras de Estado pressupõe que haja, no mínimo, uma vaga a ser preenchida. O preenchimento de cadastro de reserva não pode ser a finalidade última do concurso, porque não existe cargo a ser ocupado em cadastro de reserva. O cadastro de reserva nada mais representa do que a relação de candidatos que lograram ser aprovados nos exames e títulos, mas cuja classificação não foi suficiente para o preenchimento das vagas."

Impende ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, alinhada à orientação do Supremo Tribunal Federal, desenvolveu-se no sentido de que a mera expectativa de direito se convola em direito líquido e certo quando o candidato é aprovado dentro do número de vagas previstas no instrumento convocatório do concurso, uma vez caracterizada a omissão da Administração Pública em efetuar a nomeação do candidato, reduzindo a discricionariedade ao patamar zero e fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação.

Dessa forma, o comportamento expresso ou tácito do poder público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação caracteriza preterição arbitrária e imotivada daquele aprovado em concurso público fora do número de vagas, transmudando a mera expectativa de direito em direito subjetivo.

Registre-se que a demandante alegou desde a propositura da inicial que a agente comunitário de saúde que estava lotada na microárea de Roçadinho, E.R.H.D., está readaptada em outro local de trabalho por problemas de saúde, o

que vem deixando a população da localidade sem atendimento.

Por outro lado, tal alegação não foi negada por ocasião da contestação, além de não ter o demandado juntado a documentação necessária com o intuito de demonstrar que a microrregião para a qual a demandante foi aprovada na primeira colocação não possui vagas em aberto, ônus que lhe incumbia, na forma do artigo 373, II, do CPC, pretendendo se beneficiar da própria torpeza e ofendendo a busca da verdade real.

Nas razões recursais, o Município apenas imputou o ônus da prova da readaptação da servidora à autora, o que não se pode admitir, eis que todo o histórico funcional dos servidores está de posse do ente público, cuja documentação poderia ser facilmente exibida, preferindo, contudo, o apelante se omitir para não comprovar efetivamente a existência de vacância na localidade.

Note-se que o próprio Ministério Público noticiou a propositura de ação em face do Município visando a apurar a prática de desvio de função por servidores, processo nº.0000650-52.2016.8.19.0076, a corroborar a narrativa da inicial (i.e.000164).

Diante de todo o exposto e da ausência de prova efetiva pelo apelante de que a vaga do PSF de Roçadinho esteja ocupada, ônus que lhe incumbia, restou configurado comportamento tácito do poder público municipal para surgimento do direito subjetivo à nomeação da primeira colocada para a localidade.

Assim, a sentença não merece qualquer reparo, tendo dado correta solução à lide.

Por tais fundamentos, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso, mantendo a sentença vergastada por seus próprios fundamentos, deixando, contudo, de majorar os honorários de sucumbência em grau recursal, eis que já foram fixados em seu grau máximo pelo juízo *a quo*.

RIO DE JANEIRO, 22 DE FEVEREIRO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. LÚCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHÃES
RELATORA

DIREITO AUTORAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PROGRAMA DE TELEVISÃO. *REALITY SHOW*. EXPLORAÇÃO DO PROGRAMA SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MATERIAL. DANO MORAL.

EMENTA

APELAÇÃO. DIREITO EMPRESARIAL. DIREITO AUTORAL E PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. A demanda versa sobre a titularidade de direitos do programa televisivo, do gênero *reality show*, conhecido como "*Big Brother Brasil - BBB*". No Brasil, a 1ª autora – Globo - adquiriu com exclusividade da 2ª autora - Endemol, os direitos de exploração e comercialização em todas as mídias do formato e marca do programa. A ré UOL, sem autorização das autoras, criou em seu portal na *internet* um site exclusivo para exploração do programa BBB. Sentença que julga parcialmente procedentes os pedidos. Recursos de ambas as partes. Agravo retido. Preliminar de falta de fundamentação e preliminar de nulidade da perícia. Rejeição. Aplicação da Lei nº 9.279/1996, da Lei nº 9.610/98, bem como dos artigos 5º e 220 da Constituição Federal. No sopeso dos princípios e dos interesses em conflito, deve estar preservado, de um lado, a liberdade de imprensa e, de outro, o direito autoral e a propriedade industrial. É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como é assegurado a todos o acesso à informação. Prova pericial realizada. Conjunto probatório que demonstrou que a ré se utilizou de recursos

semelhantes à estrutura do Portal do *BBB-14* da autora, com utilização de algumas imagens, elementos, fotos, e textos, bem como promoveu a exploração publicitária. Preservação dos direitos relativos à propriedade industrial, cabendo ao seu criador o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Dano material, na forma do art. 210, inciso III, da Lei nº 9.279/1996. Dano moral configurado. A Súmula nº 227, do STJ dispõe que: "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral". Precedentes. RECURSOS DESPROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos e examinados estes autos de Apelação nº 0083307-53.2014.8.19.0001, onde é Apelante 1 Universo Online S/A – UOL, Apelante 2 Globo Comunicação e Participação Ltda e Apelante 2 Endemol Entertainment Intenational BV, e Apelados os Mesmos.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em não conhecer o agravo retido, conhecer as apelações, rejeitar as preliminares suscitadas e negar-lhes provimento, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária, sob a égide do CPC de 1973, aforada por Globo Comunicação e Participações Ltda e por Endemol Entertainment International BV em face de Universo Online S/A – UOL.

A inicial narra que a demanda versa sobre direitos exclusivos sobre o programa "*Big Brother Brasil - BBB*".

Esclarece que a 2ª autora Endemol é titular dos direitos do programa televisivo, do gênero *reality show*, mundialmente conhecido como "*Big Brother*", produzido pela primeira vez em 1999 quando alcançou estrondoso sucesso. E que, em vista do êxito alcançado, a 2ª autora Endemol passou a licenciar o programa, para empresas de grande porte pelo mundo.

Disse que, no Brasil, a 1ª autora Globo adquiriu com exclusividade da 2ª autora Endemol, os direitos de exploração e comercialização em todas as mídias do formato e marca do programa de entretenimento "*Big Brother Brasil – BBB*" e que, desde o ano de 2002, vem produzindo o *reality show* e exibindo-o de maneira interativa, através de seu canal de televisão aberta, *pay per view*, celular e através de seu portal *globo.com*, onde criou uma página interativa exclusiva para exploração do produto *BBB*.

Destaca que a exploração do programa *BBB* no *site* pela 1ª autora é de extrema relevância comercial, caracterizando parte importante do valor agregado ao produto, pois desde o início do programa a procura do público por informações do *BBB* via *internet* cresceu muito, fazendo com que a audiência da *Globo.com* seja consideravelmente alavancada nos meses em que o programa é realizado.

Assevera que apesar de as autoras serem detentoras exclusivas dos direitos, identificaram que a empresa ré está violando seus direitos, pois sem qualquer autorização disponibiliza e reproduz imagens, textos, marcas, elementos exclusivos e trechos extraídos do Programa *BBB*, através de seu portal *http://uol.com.br* e *http://televisao.uol.com.br/bbb/*, se valendo, ainda da exploração comercial deste, em flagrante violação ao direito autoral e praticando concorrência desleal.

Afirma que a 1ª autora Globo licenciada exclusiva da 2ª autora Endemol para exploração do formato no Brasil, produz, anualmente, há 14 (quatorze) anos o programa *BBB*, sendo certo que, desde o primeiro ano de exibição a 1ª autora Globo vem aperfeiçoando e expandindo a maneira de exibição.

Prossegue esclarecendo que essa ampliação e o aperfeiçoamento da exploração do programa foi fundamental para o seu crescente sucesso ao longo desses anos, isso porque, com o surgimento instantâneo de novas mídias, o formato original com a exibição apenas na televisão aberta e *pay per view*, se tomaria obsoleto, em um mundo onde a interatividade vem se tornando uma necessidade, principalmente para os mais jovens.

Disse que que a ré, sem qualquer autorização das autoras, criou em seu portal na *internet* (uol.com.br) um *site* exclusivo para exploração do programa *BBB - http://televisao.uol.com.br/bbb/*, ferindo assim diversos artigos da lei de direito autoral (Lei nº 9.610/98) e da lei de propriedade intelectual (Lei nº 9.279/96).

Destaca que entre as muitas "semelhanças", como página destinada exclusivamente ao programa, há ainda:

(i) página inicial com fotos e matérias muito semelhantes ao *home* oficial;

(ii) venda de espaço publicitário (patrocinadores/ anunciantes);

(iii) o mesmo padrão de navegação do *home* oficial (participantes, notícias do dia e especiais);

(iv) utilização de ícones (anjo, líder, monstro) muito semelhantes ao da *home* oficial;

v) desenvolvimento de uma área *selyc*;

(vi) reprodução de informações da sala de monitoramento (fotos, dados, *design*),

(vii) reprodução de entrevistas;

(viii) execução de enquetes; e até,

(ix) votações paralelas;

(x) realização de comercialização do "segunda tela", ferramenta onde faz um programa no dia de paredão com temática exclusiva do *BBB*.

Disse que a ré utiliza indevidamente:

a) página do participante;

b) página *sexy*;

c) comparativo de peso, utilizando as mesmas fotos, dados e *layout* similar.

d) matérias com dados exclusivos de monitoramento, utilizando as mesmas fotos, dados e *layout* similar

e) comercialização do "segunda tela".

Espera que a ré se abstenha da exploração comercial e utilização indevida de imagens, marcas, textos, elementos e/ou de trechos dos programas *BBB*, bem como de quaisquer outras marcas e elementos sob a exclusiva titularidade da TV Globo e da Endemol nos portais *http://uol.com.br* e *htpp://televisão.uol.com.bribbb* ou qualquer outro portal da empresa autora.

Espera, ainda, a condenação da ré a indenizar a parte autora pelos danos materiais, pela exploração indevida do programa *Big Brother Brasil*, que deve ser calculado com base no faturamento publicitário e venda de assinaturas que a empresa ré auferiu nos últimos anos com a exploração do programa *BBB*, em valor a ser apurado em liquidação de sentença; bem como a condenação da ré na reparação moral.

A ré obtempera que as autoras buscam impedir a cobertura do programa de televisão "*Big Brother Brasil – BBB*" pelo Portal UOL, sob a alegação de ofensa à legislação de direito autoral e de propriedade industrial, agindo como instrumento de coação e terror, postulando, sem provar qualquer dano, uma indenização milionária.

Assevera que se trata de uma tentativa odiosa de as autoras de censurar o direito e o dever do UOL, na condição de portal de notícias e informação, de cobrir um programa já por ele amplamente divulgado em seu *site* há mais de 14 (quatorze) anos.

Disse que, por todo esse tempo, o UOL cobriu o *BBB* sem qualquer contestação das autoras,

ou melhor, com claro proveito da GLOBO na divulgação do evento na *internet*, muitas vezes por meio de imagens e informações disponibilizadas pela própria GLOBO ao UOL.

Destaca que o *caput* e o § 5º do artigo 220 da Constituição Federal são claros e taxativos, no sentido de que as autoras não podem buscar a censura do UOL, sobretudo com os olhos voltados para o monopólio da informação.

Afirma que ao cobrir um programa de televisão de repercussão em massa, o UOL não apenas cumpre o dever de informar, como também garante o direito da sociedade de ser informada, tal como preceituam os incisos IX e XIV do artigo 5º da Constituição Federal.

Assevera que vetar o direito de livre comunicação e informação do UOL com o seu internauta — e vice-versa —, assegurado pela Constituição Federal, traz de volta ao mundo da comunicação o apetite nefasto pela censura, pautada em interesses concentradores de poder, como é agora o apetite do Grupo GLOBO de Comunicação, relembrando o amargo gosto dos tempos indesejáveis da ditadura.

Explica que a GLOBO apresenta, nesta demanda, a sua visão na condição de emissora de sons e imagens do programa de televisão *Big Brother Brasil*, cujo modelo é replicado em dezenas de países, com repercussão em milhões de lares brasileiros.

Explica, ainda, que, no caso da transmissão ao vivo realizada com exclusividade pela 1ª autora, o espectador assiste ao que ocorre e suas reações imediatas limitam-se à recepção daquele conteúdo; e que, a mídia impressa, por sua vez, noticia os fatos de forma estática, reproduzindo, nas páginas de jornais e revistas, o fato ocorrido, sempre em sentido unilateral, ou seja, o leitor adquire o exemplar e recebe a informação pronta.

Aduz que a comunicação na *internet* é bidirecional, uma via de mão dupla, onde o tráfego é intenso e muito ágil, marcada pela interação permanente entre o veículo de informação — no caso, os portais — e o público visitante, o internauta; aduzindo, ainda que, esse é o estado atual da sociedade da informação, na qual a *internet* viabilizou a participação direta do cidadão e pluralizou as vozes da comunicação.

Ressalta que os princípios editoriais da própria GLOBO encaixam-se como uma luva no presente caso, porque destaca, com propriedade, a diferença entre a televisão e a *internet*, enquanto meios de informação, certo que cada uma possui suas peculiaridades, de modo que a cobertura de notícias feita por um difere bastante da realizada pelo outro, principalmente pela rápida interatividade.

Destaca que presente o direito constitucional da informação, certo que o UOL possui, há anos, o portal de conteúdo http://www.uol.com.br/, no qual noticia, diariamente, informações de interesse do público em geral; e, como todo e qualquer portal de conteúdo, o *site* do UOL disponibiliza matérias dos mais diversos setores da sociedade, com a agilidade que a *internet* permite.

Explica que o *reality show* consiste na observação de determinado número de pessoas confinadas em uma casa durante um período de 3 (três) meses; e que os competidores, denominados carinhosamente pelo público como "*brothers*", enfrentam provas e desafios, e são eliminados, sucessivamente, por meio da votação do público (por telefone, SMS ou pelo *site* do *BBB*), até que o vencedor, o último participante restante na casa, conquiste o programa e receba um vultoso prêmio final em dinheiro.

Explica, ainda, que a enorme curiosidade popular, somada as mais variadas formas de incentivos e campanhas promocionais praticadas

pelas autoras, levaram o *BBB* a bater recordes de audiência de público, dependendo da edição do programa; tal como as novelas, o *BBB* é um evento que já faz parte do cotidiano cultural dos lares brasileiros.

Arremata que tamanha notoriedade não pode escapar da cobertura de um portal de conteúdo, como o UOL, uma vez que o público em geral fala no *BBB*, pede por informações do *BBB* e espera notícias diárias a respeito daqueles que poderiam ser "ele", o cidadão comum, retratado em rede nacional durante 24 (vinte e quatro) horas por dia, a ponto de existir uma qualificação social específica para o participante de edições antigas, o "*ex - BBB*".

Afirma que o UOL, por toda a cobertura do *BBB*, age, e sempre agiu, em fiel consonância com o que dispõem os incisos I, III e VIII do artigo 46 da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), interpretados e aplicados sob a ótica da Constituição Federal, especificamente dos artigos 5º, incisos IX e XIV, e 220.

Afirma, também, que não se há de falar, nem mesmo se cogitar, do alegado desvio de clientela, previsto no artigo 195, inciso III, da Lei de Propriedade Industrial, pois o internauta que pretende acessar o *site* do *BBB*, se já não o conhece, digitará *BBB* nos portais de pesquisa e logo se deparará com o *link BBB* o que o próprio UOL divulga, destacando que todo cidadão comum associa o programa *BBB* à GLOBO.

Assevera que jamais houve exploração comercial do *BBB* pelo UOL, não ocorreu prejuízo; há, no caso má-fé das autoras.

Decisão interlocutória deferiu o pedido de tutela antecipada (pasta 172):

> "(...) Pelo exposto, concedo a antecipação de tutela, determinando que a ré se abstenha da exploração comercial e utilização indevida de imagens, marcas, textos, elementos e/ou de trechos dos programas *BBB*, bem como de quaisquer outras marcas e elementos sob a exclusiva titularidade da TV Globo e da Endemol, nos portais *http://uol.com.br* e http://televisão.uol.com.br/*bbb*, ou qualquer outro portal da empresa autora, sob pena de multa diária de R$ 100.000,00, com prazo de 24 horas para cumprir a determinação. Expeça-se mandado de intimação e citação, a ser cumprido pelo Oficial de Justiça de plantão. Regularize-se a representação processual da 2ª autora, em 10 dias".

Agravo de Instrumento (nº 0013750-79.2014.8.19.0000) deu parcial provimento ao requerimento da UOL para permitir-lhe "continuar a veicular notícias sobre o *BBB* 14", *verbis*:

> (a) "Considerando o *periculum in mora* reverso, defiro parcialmente efeito suspensivo ao recurso a fim de que, até sua apreciação, a Agravante possa continuar a veicular notícias sobre o BBB 14 em seus portais/sítio eletrônico, considerando que tal já ocorre há anos sem qualquer impugnação judicial e que qualquer prejuízo à agravada, em sendo a decisão final favorável ao seu pleito, poderá ser resolvida em perdas e danos".
>
> (b) "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C INDENIZATÓRIA. A agravante foi proibida de se referir a programa de propriedade das agravadas em seu *site*. A decisão foi reformada para liberar a veiculação de notícias mediante a informação do domínio. As agravadas ofertaram Aclaratórios alegando omissão quanto às edições futuras, mas o recurso foi desprovido. Oposição de novos Embargos de Declaração com argumento de obscuridade. Esclarecimento de que eventual preclusão refere-se aos termos expressos da

decisão de primeiro grau. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO."

Agravo retido de pastas 637-643, contra decisão que ordenou a prestação de caução pela segunda autora, na forma do art. 835, do CPC/73 (pastas 618 e 630). Resposta ao agravo retido (pasta 792).

A sentença (pasta 1.238) julgou parcialmente procedentes os pedidos, *verbis*:

"(...) Por todo exposto, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS DEDUZIDOS NA INICIAL para: I) Torno definitiva a tutela de urgência deferida a f. 158/159. II) Condeno a ré ao pagamento de indenização por dano material em montante a ser apurado através de liquidação por arbitramento, na forma do art. 210, inciso III, da Lei n° 9.279/1996, com juros legais a partir da citação e correção monetária; III) Condeno a ré ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), com juros legais a partir da citação e correção monetária. Condeno a ré nas custas e honorários advocatícios de 10% do valor da condenação. P.R.I".

Considerou que:

(i) o cerne da questão gravita, pois, em saber se houve indevida exploração econômica por parte da ré, no *site* sobredito, relativamente ao *reality show Big Brother Brasil*, com consequente violação dos direitos autorais da parte demandante;

(ii) está garantida, em nosso ordenamento jurídico, a liberdade de imprensa, como corolário da liberdade de expressão, consoante assim dispõem os arts. 220 e 5º, IX, da CRFB;

(iii) a liberdade de imprensa constitui-se por ser a manifestação da garantia maior da liberdade de expressão, como elemento essencial do Estado Democrático de Direito, todavia, este direito não é absoluto, de modo que o seu exercício abusivo ou irregular pode gerar responsabilização de quem o tenha exercido irregularmente, conforme assim já se posicionou o Supremo Tribunal Federal;

(iv) não há óbice para que a parte ré exerça seu direito constitucionalmente previsto no que tange à cobertura jornalística de tal programa televisivo; porém, tal direito encontra limitações quando ofende os direitos autorais da parte autora;

(v) a f. 65 observa-se uma grande semelhança entre os *layouts* dos *sites* da autora e da ré; a f. 69/72 restou comprovada a reprodução de matéria jornalística, em tempo real, nos dois *sites*, e, a f. 79, 82 e 95, consta reprodução do mesmo conteúdo em dias distintos; bem como a f. 76, há comprovação de enquete realizada pelo *site*, sendo certo que a votação oficial é válida apenas por telefone e pelo *site* oficial do programa;

(vi) em Laudo Pericial acostado a f. 1006/1007, o *expert* do Juízo informa que "A imagem anexada a f. 09, item "D", utilizada tanto no portal *BBB14* do UOL quanto no portal *BBB14* da TV Globo, são idênticas conforme perícia realizada (f. 822) no quesito 1 da autora" e informa a f. 912, que "o portal desenvolvido pelo UOL para o programa *BBB14*, utilizou-se de vários recursos semelhantes à estrutura do Portal do *BBB14* da TV Globo, conforme demonstrado na resposta ao quesito 6 da autora, inclusive com utilização de algumas imagens do portal da TV Globo, conforme resposta ao quesito q da autora";

(vii) no que concerne ao espaço publicitário, o Sr. Perito concluiu que "o UOL utilizou espaços para publicidades em seu portal do *BBB14*, como é demonstrado na resposta aos quesitos de número 4 e no *layout* comparativo apresentado em resposta ao quesito 6, ambos da parte autora. Espaços esses, chamados de "*Peçás*", representados na coluna "Formatos" da tabela de preços publicitários, anexada à reposta do quesito 4 da autora";

(viii) tudo a demonstrar que a ré seguiu um padrão muito similar ao *site* da autora, ultrapassando os limites da mera cobertura jornalística, não se havendo de falar, pois, em reprodução lícita de fatos de interesse jornalístico, mas sim, de apropriação de conteúdo intelectual alheio; certo que havendo o uso abusivo de obra intelectual com fins comerciais, caracterizada está a concorrência desleal, passível, portanto, de reparação por danos morais e materiais.

Opostos embargos de declaração pelas partes (pastas 1.244 e 1.254), foram rejeitados (pasta 1.289).

Inconformadas, recorrem as partes.

A ré, primeira recorrente (pasta 1.318), reedita os fundamentos de defesa, sustentando a nulidade do laudo pericial e da sentença, pela existência de duas provas periciais distintas e a pela desistência da perícia pelas apeladas.

Explica que tanto a apelante, quanto as apeladas, postularam a produção de prova pericial de informática (f. 564/571 e 562/563, respectivamente), a qual foi deferida pelo MM. Juízo *a quo* a f. 588, e que, no entanto, os motivos que embasaram o pedido de prova pericial eram completamente distintos entre si: enquanto o UOL almejava comprovar a correta concessão de créditos autorais às imagens da GLOBO do "*Big Brother Brasil 14*", as apeladas buscavam uma perícia muito mais extensa e abrangente, para demonstrar, em tese, a prática ilegal de exploração comercial, o uso indevido da marca, a violação de direito autoral.

Prossegue, explicando que houve disparidade dos objetos periciais, evidenciada, textualmente, pelas apeladas em inúmeras oportunidades.

Disse que a apelante impugnou os honorários requeridos pelo Sr. Perito (f. 806/810), e, por outro lado, as apeladas, por sua conta e risco, optaram por "expressamente desistir da prova pericial" (f. 814) por elas requerida, ao fundamento de sua desnecessidade.

Afirma que em razão do pedido de desistência das apeladas, o UOL novamente postulou a diminuição dos honorários periciais, dada a diminuição do objeto da perícia que se realizaria "exclusivamente, sobre as provas documentais já acostadas pelas partes e sobre a mídia (DVD) acautelada em cartório, conforme f. 791, perícia pela qual se comprovará a regular concessão pelo UOL de créditos autorais à Globo nas referidas imagens do *BBB* 14" (f. 819/820).

Cita que houve decisão de redução dos honorários para "R$ 40.000,00, a serem suportados pela parte ré", e que tomou por base a diminuição exponencial do trabalho pericial, dada a desistência das apeladas, momento em que delimitou-se, assim, o objeto da perícia de forma categórica, irrepreensível e precisa.

Alude que a "redução do escopo pericial" delimitou a prova pericial e cerceou, sem rodeios, o campo de atuação do Sr. Perito, esse voltado, agora, para o objeto e a abrangência da perícia tal como postulada pelo apelante. Contudo, para a total surpresa e grande indignação do apelante, o Sr. Perito desrespeitou frontalmente a ordem judicial de f. 857, e, contra a lei, extrapolou os limites do objeto da perícia: respondeu, integralmente, todos os quesitos formulados pelas apeladas — quesitos esses que não tinham qualquer relação com o objeto da perícia a ser realizada, a qual foi postulada tão somente pela apelante, tendo em vista a desistência das apeladas.

Assevera que o Sr. Perito descumpriu o seu dever ético-profissional de imparcialidade e isenção, ao ultrapassar, de forma deliberada e tendenciosa, os limites de sua *design*ação; de modo reprovável e inaceitável, decidiu, injustificadamente, aumentar o "escopo pericial" definido pelo MM. Juízo *a quo*, praticando, assim, irremediável ilegalidade e grave

violação ética, contra o que o Grupo UOL lutará com todas as suas forças e sobre o qual jamais se calará, tudo para restaurar o prosseguimento regular deste processo.

Prossegue asseverando, que há escancarada parcialidade do Perito, porque reconheceu a desistência da perícia por parte das apeladas e, mesmo assim, respondeu a todos os seus quesitos "a fim de instruir este Juízo". A duas, porque não cabe — nem jamais caberá — ao perito nomeado "a busca da verdade" — essa não é a função do Perito e, sim, do Magistrado.

Disse que o perito reconhecidamente descumpriu a decisão de f. 857, e, violou, também, o comando judicial de f. 1.004. Disse, ainda, que a insistência do Perito na manutenção do seu laudo só demonstra sua necessidade e o seu compromisso em preservar, a qualquer custo, seu parcial e ilegal trabalho, em favor da GLOBO.

Destaca que a nova conclusão do Perito simplesmente não convive com as premissas adotadas pelo laudo pericial de f. 868/912, pois o Perito, na realidade, burlou diretamente a decisão judicial de f. 1.004, juntando, de forma negligente, uma suposta nova conclusão, a qual não serviu para resolver os vícios e ilicitudes aqui apontados.

A recorrente, prossegue, reiterando os fundamentos de defesa, no sentido de que a verdadeira pretensão das apeladas constitui uma tentativa inconstitucional de censura e que com a *internet* ocorreu a reinvenção do jornalismo, havendo meio de comunicação interativo voltado para as massas, bem como que jamais houve exploração comercial do "*BBB*" pelo UOL, não se havendo cogitar de concorrência desleal.

Defende que as apeladas buscam impedir a cobertura do programa de televisão "*Big Brother Brasil - BBB*" pelo Portal UOL, sob a alegação de ofensa à legislação de direito autoral e de propriedade industrial, e, como instrumento de coação e terror, postulam, sem provar qualquer dano, uma indenização milionária.

Aduz que a autora não sofreu danos, na medida em que não pode ser simplesmente presumido ou hipotético.

A primeira recorrente espera a anulação da sentença e a consequente conversão do feito em diligência, para que seja anulado o laudo pericial, com a substituição do Sr. P.R.G.C. por outro perito; o imediato desentranhado do laudo de f. 868/912; a devolução da integralidade dos honorários periciais levantados. No mérito, espera, a integral reforma da sentença, com a declaração de improcedência dos pedidos.

A parte demandada, segunda recorrente (pasta 1.393), reedita os fatos narrados da inicial, arguindo, em preliminar, que os fundamentos e pedidos da ação não se limitam à edição de 2014 do Programa, já que se demonstraria minimamente incoerente pelo simples fato do programa ir ao ar anualmente e não apenas em 2014.

Destaca que o não enfrentamento das alegações autorais viola o art. 93, inciso IX da Constituição Federal e o art. 489, § 1º, inciso IV do Código de Processo Civil, resultando em negativa da prestação jurisdicional.

No mérito, assevera que ocorreu contínua violação a propriedade intelectual das apelantes, daí que há efeitos catastróficos no ato de limitação do objeto da ação a apenas uma edição, pois, reitere-se há violações contínuas e manifestas.

A segunda recorrente espera seja reconhecida a contrariedade à previsão contida no artigo 489, § 1º, inciso IV do Código de Processo Civil, bem como conste expressamente que a condenação é relativa a exploração indevida do programa "*Big Brother Brasil*", portanto, de qualquer edição.

As contrarrazões perseveram em suas respectivas teses e postulações (pastas 1.441 e 1.455).

É o relatório.

VOTO

Presentes as condições recursais (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica) e os pressupostos legais (órgão investido de jurisdição, capacidade recursal das partes e regularidade formal – forma escrita, fundamentação e tempestividade), o recurso deve ser conhecido.

O agravo retido de pastas 637-643, contra decisão que ordenou a prestação de caução pela segunda autora, na forma do art. 835, do CPC/73 não foi reeditado como preliminar na apelação da demandante, violando o disposto no art. 523, § 1º, do CPC/73.

Infundada a preliminar de nulidade do julgado suscitada pelas autoras. O Juízo enunciou as razões de decidir, diante do princípio do convencimento motivado, decidindo a questão balizado nos elementos dos autos, não se havendo de cogitar de violação ao disposto no art. 489, § 1º, I, III e IV, do CPC, como pretende fazer crer a parte recorrente. Também não houve violação à norma constitucional (CR/88, art. 93, IX).

Não se há de cogitar de nulidade da perícia, como suscitado pela ré. Nem mesmo a desistência da perícia pelas autoras tem o condão de modificar o decidido. A produção de provas destina-se ao julgador, que decidirá em face delas. Compete ao juiz julgar a lide, segundo critérios de utilidade e necessidade que conformam a busca da verdade processual: (a) "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias" (CPC/15, art. 370, antigo CPC/73, art. 130); (b) "sendo o juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização" (nota 1b ao art. 130 [atual art. 370], do Código de Processo Civil [1973] anotado por Theotonio Negrão, 41ª edição, p. 272).

Voto pelo não conhecimento do agravo retido e rejeição das preliminares.

No mérito, a demanda versa sobre a titularidade de direitos do programa televisivo, do gênero *reality show*, conhecido como "*Big Brother Brasil - BBB*", porque no Brasil, a 1ª autora Globo adquiriu com exclusividade da 2ª autora Endemol, os direitos de exploração e comercialização em todas as mídias do formato e marca do programa desde o ano de 2002.

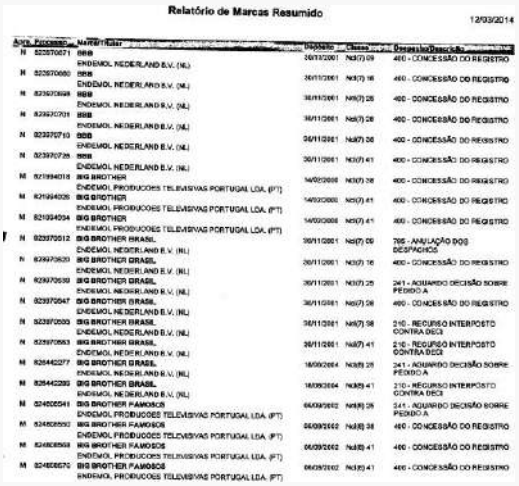
Narra que a ré, sem qualquer autorização das autoras, criou em seu portal na *intemet* (uol.com.br) um *site* exclusivo para exploração do programa *BBB*.

A ré obtempera que os argumentos autorais não podem ser acolhidos porque há enorme curiosidade popular, somada as mais variadas formas de incentivos e campanhas promocionais praticadas pelas autoras, levaram o *BBB* a bater recordes de audiência de público, dependendo da edição do programa; tal como as novelas, o *BBB* é um evento que já faz parte do cotidiano cultural dos lares brasileiros. Diz que tamanha notoriedade não pode escapar da cobertura de um portal de conteúdo, como o UOL, uma vez que o público em geral fala no *BBB*, pede por informações do *BBB* e espera notícias diárias.

A controvérsia posta em lide, visa identificar, se ocorreu, ou não, indevida exploração econômica por parte da ré, em relação ao programa *BBB*-14, com eventual violação dos direitos autorais da demandante, observada a liberdade de imprensa.

O conjunto probatório entranhado, demonstra que a 2ª autora Endemol possui a concessão

de uso da marca *BBB*, consoante o "Relatório de Marcas", *verbis*:



Relatório de Marcas Resumido

12/03/2014

A Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, dispõe sobre direitos relativos à propriedade industrial. Cediço que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante (art. 2º):

> "I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
>
> II - concessão de registro de desenho industrial;
>
> III - concessão de registro de marca;
>
> IV - repressão às falsas indicações geográficas; e
>
> V - repressão à concorrência desleal".

A Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, dispõe sobre direitos autorais. A norma classifica como "obra coletiva" aquela "criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma", resultando assegurada a sua proteção, na forma dos artigos 5º, VIII, "h" e 17. O capítulo III dispõe sobre os direitos patrimoniais, *verbis*:

(a) "Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas. (...)

§ 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva".

(b) "Capítulo III - Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral; (...).

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: (...).

d) radiodifusão sonora ou televisiva; (...)

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado. (...).

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas".

(c) "Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:

(...)

II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação,

dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor;

III - tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.

Colhida a prova técnica e seus esclarecimentos (pastas 911, 1.022 e 1.049), resultou demonstrado que após a data de 18/03/2014, vale dizer, após o aforamento da presente demanda, as imagens utilizadas pela ré que antes não concediam créditos à primeira autora passam a concedê-los com o recurso "*mouse over*" bem como pela referência abaixo da imagem, onde a autora é indicada como detentora dos direitos autorais das imagens.

A pretensão das autoras em sede recursal de que que os fundamentos e pedidos da ação não se limitam à edição de 2014 do Programa não pode ser acolhido. Não demonstração de que ocorreu contínua violação à propriedade intelectual das autoras. Isso porque, a prova técnica atestou que a ré desenvolveu Portal para o programa *BBB*-14, utilizando-se de recursos semelhantes à estrutura do Portal do *BBB-14* da autora, com utilização de algumas imagens do referido Portal da demandante, com semelhanças estruturais, disposição e posicionamento dos elementos da página, como fotos, menus, textos e navegações; bem como recursos de animações em fotos e publicidades, utilizando-se de cópias de imagens, com pequenos recortes e alterações de cores, tudo pertencente à autora.

Ademais, o Louvado afirmou que a ré utilizou espaços para publicidades em seu portal do *BBB*-14, reservados para exploração publicitária, criado para o programa *Big Brother Brasil*.

Eis trechos do laudo pericial, *verbis*:

"(...). Conclusão do Quesito 1:

Trata-se da mesma imagem com pequenos recortes e alterações de cores.

(...).

Resposta:

Sim, os créditos foram conferidos parcialmente através do recurso conhecido como "*mouse over*",

(...).

Resposta:

Sim, pode-se constatar a existência de espaços reservados para exploração publicitária no portal do UOL criado para o programa "*Big Brother Brasil*" conforme link abaixo:

https://web.archive.orq/web/20140304221820/http://televisao.uol.co m.bribbb/bbb14.

(...).

Após analisar a prova documental anexada, coletar os arquivos referentes às páginas em "*caches internet*" e comparar a estrutura do *layout* e códigos HTML de ambos os portais, constatou-se a existência de semelhanças estruturais, disposição e posicionamento dos elementos da página, como fotos, menus, textos e navegações, bem como recursos de animações em fotos e publicidades, além da utilização de cópias de imagens conforme comprovado no quesito 01 da autora.

(...).

I. Diferente do que a Autora esperava, apontado no item "8", da f. 813, item "2" e "5" da f. 837 e item "2" e "5" da f. 848, ao que para ela seria impossível de se comprovar, levando-a inclusive à desistência da perícia, reduzindo seus honorários consideravelmente, porém, sem diminuir em nada o trabalho deste perito, ao que lhe cabe no Novo CPC art. 473, inc. IV, § 3º, para a busca da verdade. Não só comprova aquilo que foi tido pela parte Autora como "impossível" de se provar, como demonstra que os valores praticados na comercialização de espaços publicitários na *internet*, por ve-

zes, são maiores até que as estimativas dos honorários periciais apresentados inicialmente

II. Após a data de 18/03/2014, as imagens que antes não concediam créditos à TV Globo passam a concedê-los com o recurso "*mouse over*" bem como pela referência abaixo da imagem, onde a Autora é indicada como detentora dos direitos autorais das imagens citadas, conforme resposta ao quesito 1 da parte ré.

III. O Portal desenvolvido pelo UOL para o programa *BBB14*, utilizou-se de vários recursos semelhantes à estrutura do Portal do *BBB14* da TV Globo, conforme demonstrado na resposta ao quesito 6 da Autora, inclusive com utilização de algumas imagens do portal da TV Globo, conforme resposta ao quesito 1 da Autora.

IV. O UOL utilizou espaços para publicidades em seu portal do *BBB14*, como é demonstrado na resposta aos quesitos de número 4 e no *layout* comparativo apresentado em resposta ao quesito 6, ambos da parte Autora. Espaços esses, chamados de "Peças", representados na coluna "Formatos" databela de preços Publicitários, anexada à resposta do quesito 4 da Autora.

V. O Portal do *BBB* do UOL permanece publicado até os dias atuais, sendo acessível pelo *link*: *http://televisao.uol.com.br/bbb/bbb14/*.

(...)

I. A imagem anexada a f. 09 item "D", utilizada tanto no portal *BBB14* do UOL quanto no portal *BBB14* da TV Globo, são idênticas conforme perícia realizada (f. 822) no quesito 1 da autora.

II. Foram concedidos os créditos pelo UOL às imagens apresentadas na prova documental e utilizadas em seu portal do *BBB14*, sejam através do evento "*Mouse Over*" ou pela referência embaixo da imagem, comprovados na perícia realizada, em resposta ao quesito 1 da parte ré (f. 871).

III. Quanto ao material acautelado (DVD com vídeos) apresentado pela autora, este, resta prejudicado, pois não há como constatar a concessão de créditos, uma vez que o material encontra-se editado e foi utilizado uma navegação com recurso conhecido como "*scroll de página*", que inibe o disparo do evento "*mouse over*". Porém através dos endereços utilizados nos vídeos e em registros encontrados através de ferramentas na *Internet*, foi possível constatar a concessão de créditos parciais, detalhados na perícia realizada no quesito 1, da parte ré (f. 874).

IV. O Portal do *BBB* do UOL permanece publicado até os dias atuais, sendo acessível pelo *link*: *htto://televisao.uol.com.bribbbi-bbb14/*, conforme demonstrado no quesito 9 da autora".

A prova técnica, destarte, produzida consoante o devido processo legal e o contraditório (CF/88, art. 5º, LIV e LV), é robusta e pormenorizada, demonstrando com minúcia os pontos em lide. Corrobora a versão da parte demandante, rechaça as alegações da ré, e, autoriza o acolhimento dos argumentos deduzidos na exordial.

Agiu corretamente o juízo *a quo* ao louvar-se nas conclusões do laudo pericial produzido, uma vez que elaborado por profissional habilitado e nomeado pelo próprio juízo, cujas conclusões são claras e embasadas em critérios exclusivamente técnicos, conforme se verifica dos documentos indicados. O *expert* se valeu de métodos científicos claramente discriminados, bem como foi capaz de elucidar, especificadamente, os pontos indicados pelo juízo e pelos próprios litigantes.

Cumpre aqui destacar o direito inerente à liberdade de imprensa. Eis o trecho do acórdão proferido no agravo interno nº 0013750-

79.2014.8.19.0000, na data de 01 de julho de 2014, da Rel. Des. LEILA ALBUQUERQUE, em que litigam as mesmas partes:

> "Inicialmente, cabe ser feita uma breve digressão histórica sobre liberdade de imprensa no Brasil, direito fundamental de primeira geração, que está garantida no ordenamento pátrio desde a Constituição Política do Império do Brasil de 1824, com fundamento em seu artigo 179, IV, que assim estabelecia:
>
> > "Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...)
> >
> > IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste Direito, nos casos, e pela forma, que a Lei determinar.
>
> Esse direito fundamental do cidadão foi garantido pelos artigos 72, § 12, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891; artigo 113, 9, da Constituição de 1934; artigo 141, § 5º, da Constituição de 1946 e, por fim, é garantido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pelos artigos 5º, *caput*, IV, IX e XIV e 220, *caput*, §§ 1º e 2º" (...).
>
> (...) a Lei nº 5.250 de 1967, conhecida como "Lei de Imprensa", que foi recentemente declarada não-recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130. A "Lei de Imprensa" não foi recepcionada por, entre outros fundamentos, ferir as liberdades de expressão e de imprensa garantidas pela atual Constituição.
>
> Desse modo, o Estado não deve atuar no sentido de comprometer a Liberdade de Imprensa garantida, mas no sentido de assegurá-la. De igual modo, esse princípio deve ser ponderado sempre que colidir com outro direito fundamental, sem que haja a exclusão de um ou de outro, mas apenas o afastamento ou a mitigação de sua incidência, o mínimo possível, a depender do caso concreto (...)".

No caso dos autos, no sopeso dos princípios e dos interesses em conflito, deve estar preservado, de um lado, a liberdade de imprensa e, de outro, deve estar preservado o direito autoral e a propriedade industrial. É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como é assegurado a todos o acesso à informação. Assim como, há de ser resguardada a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, cabendo ao seu criador o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Tem aplicação o disposto nos artigos 5º e 220º da Constituição Federal, *verbis*:

> (a) "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).
>
> (...)
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> (...)
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

(b) "CAPÍTULO V - DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Em presença desse cenário fático-processual, a sentença não merece reforma, sem violar a liberdade de imprensa e sem ofender o direito de acesso à informação, uma vez que a prova entranhada demonstrou que a ré utilizou-se de recursos semelhantes à estrutura do Portal do *BBB-14* da autora, com utilização de algumas imagens, elementos, fotos, e textos, bem como promoveu exploração publicitária. Escorreita a condenação ao pagamento de indenização por dano material em montante a ser apurado em sede de liquidação por arbitramento, na forma do art. 210, inciso III, da Lei n° 9.279/1996, assim como à reparação moral.

O dano moral consiste em lesão a direitos da personalidade, tal como honra, intimidade, liberdade, integridade física e psíquica, provocando abalo, dor, vexame, tristeza, sofrimento e desprestígio, ou outra situação que se revele intensa e duradoura, a ponto de romper o equilíbrio psicológico da pessoa física, ou o abalo da honra objetiva de pessoa jurídica, em situações excepcionais: (a) se ocorrer abalo de tal ordem que atinja sua imagem pública; (b) que afetem sua reputação junto à comunidade, à clientela, aos fornecedores, credores etc; (c) se os negócios resultarem prejudicados. A Súmula nº 227, do STJ dispõe que: "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

Averbe-se a jurisprudência deste TJRJ:

"APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL E INTELECTUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. USO INDEVIDO DE ESTAMPAS DA MARCA TITULAR. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 129 DA LEI Nº 9.279/96. CONCORRÊNCIA DESLEAL PARASITÁRIA. DANO MORAL DEVIDO. PRECEDENTES DO C. STJ. REFORMA PARCIAL DA R. SENTENÇA. 1. A proteção ao direito autoral contra reprodução não consentida de suas obras é assegurada na Constituição Federal artigo 5º, XXVIII, "b", e XXIX, e, especificamente, no artigo 129 da Lei nº 9.279/96. 2. Acervo probatório a demonstrar a comercialização pela ré de produtos falsificados, com estampas da marca autora, sem autorização da titular. Configuração da concorrência desleal parasitária. 3. "Na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais e morais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação." (AgInt no REsp nº 1.444.464/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 15/12/2017). 4. O simples uso indevido da marca notoriamente conhecida em roupas não originais, sem autorização, permite a presunção da ocorrência do dano moral, *in re ipsa*. (AgInt no AREsp

nº 1.366.770/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, julgado em 08/04/2019, DJe 16/04/2019). 6. Reforma da R. Sentença para condenar a ré/apelada ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). 3. Parcial provimento ao recurso" (0034222-25.2019.8.19.0001 – Apelação - Des. GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS - Julgamento: 13/07/2021 - Vigésima Segunda Câmara Cível).

Por estas razões, voto pelo não conhecimento do agravo retido, pelo conhecimento e não provimento das apelações, com rejeição das preliminares, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos, com majoração dos honorários advocatícios em 2% (dois por cento) sobre o patamar originalmente fixado em desfavor da primeira recorrente, considerando-se o trabalho adicional realizado em grau recursal, na forma prevista no artigo 85, §§ 2º e 11, do CPC; assim como a fixação em 2% (dois por cento) sobre o patamar originalmente fixado em desfavor das segundas recorrentes.

RIO DE JANEIRO, 09 DE DEZEMBRO DE 2021.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. CLÁUDIO DELL´ORTO
RELATOR

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. CONTRATO DE SAÚDE COLETIVO. FALECIMENTO DO TITULAR. CANCELAMENTO DE PLANO. VALORAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA. DANO MORAL.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. Contrato de saúde coletivo destinado aos empregados da Empresa Brasileira de Correios – ECT. Contrato em sistema de autogestão mantido mediante pagamento de contribuição mensal dos associados. Falecimento do titular. Cancelamento unilateral do plano 180 dias após a data do óbito em prejuízo de sua viúva, que figurava como dependente do contrato. Aplicação por analogia dos artigos 30, § 1º e 31, § 2º da Lei nº 9.656/98 e Súmula Normativa nº 13 da ANS. Cancelamento que desvirtua o próprio aspecto teleológico do contrato, pautado na segurança e na estabilidade. Violação dos princípios da boa-fé objetiva e da confiança. Correta a sentença que determina a manutenção da dependente no plano arcando, integralmente, com a sua prestação após o período de remissão. Precedentes jurisprudenciais. Pessoa idosa, portadora de patologia a necessitar de tratamento médico contínuo, objetivamente prejudicado com o cancelamento. Dano moral configurado. Reparação fixada em consideração aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Enunciado nº 343, da Súmula do TJRJ. Precedentes jurisprudenciais. Manutenção da sentença. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0020973-49.2020.8.19.0202, onde é Apelante Postal Saúde Caixa de Assistência e Saúde dos Empregados dos Correios e Apelado M.B.S.

Acordam os Desembargadores desta Egrégia Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, mantendo a sentença em sua integralidade, nos termos do voto da Relatora.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso, que deve ser conhecido.

A matéria devolvida a este Tribunal no presente recurso envolve o direito de manutenção de dependente de titular falecido em contrato de

plano de saúde, nas mesmas condições contratadas, além de reparação por danos morais em razão do cancelamento unilateral 180 dias do óbito do titular o que inviabilizou a cobertura de tratamento médico de que a autora necessitava neste prazo.

O plano de saúde que é objeto deste pedido tem natureza coletiva, destinado aos empregados da Empresa Brasileira de Correios, sendo administrado em sistema de autogestão e mantido mediante pagamento de contribuição mensal dos empregados associados, devendo a ele ser aplicadas as normas do Código Civil, da Lei nº 9.656/98 e aquelas editadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

A Lei nº 9.656/98, em seus artigos 30, § 1º e 31, § 2º, asseguram o direito do trabalhador permanecer no plano de saúde em razão de aposentadoria ou demissão sem justa causa, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozavam, quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assumam o seu pagamento integral.

Nesse diapasão, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS publicou Súmula Normativa nº 13/2010, que diz respeito a hipótese de falecimento de titular, com concessão, inclusive, de período de remissão aos seus dependentes, *in verbis*:

> "O término da remissão não extingue o contrato de plano familiar, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes, para os contratos firmados a qualquer tempo."

Nestes termos, a exclusão unilateral da dependente após o prazo de remissão decorrente do falecimento do titular desvirtua o próprio aspecto teleológico do contrato, pautado na segurança e na estabilidade, além de violar os princípios da boa-fé objetiva e da confiança, diante da legítima expectativa da beneficiária em ser mantida no plano de saúde contratado por seu falecido marido, arcando com o pagamento da respectiva prestação, ainda que não tenha se manifestado, de forma expressa, neste sentido, o que por se só não lhe retira o direito de permanência.

Nessa linha, precedentes deste Tribunal bem como das Cortes Superiores vêm assegurando o direito de permanência do dependente no plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde em caso de morte do titular, nas mesmas condições contratuais, desde que assumam o pagamento integral das mensalidades.

A saber:

> "DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE DE O DEPENDENTE ASSUMIR A TITULARIDADE DE PLANO DE SAÚDE APÓS O PERÍODO DE REMISSÃO. Após o transcurso do período previsto em cláusula de remissão por morte de titular de plano de saúde, o dependente já inscrito pode assumir, nos mesmos moldes e custos avençados, a titularidade do plano. De início, impende asseverar que a cláusula de remissão, pactuada em alguns planos de saúde, consiste em uma garantia de continuidade da prestação dos serviços de saúde suplementar aos dependentes inscritos após a morte do titular, por lapso que varia de 1 a 5 anos, sem a cobrança de mensalidades. Objetiva, portanto, a proteção do núcleo familiar do titular falecido, que dele dependia economicamente, ao ser assegurada, por certo período, a assistência médica e hospitalar, a evitar o desamparo abrupto. Nesse contexto, no tocante à transferência de titularidade do plano de saúde após o término do período de remissão, cumpre ressaltar que a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS editou a Súmula Normativa nº 13/2010, pontificando

que "o término da remissão não extingue o contrato de plano familiar, sendo assegurado aos dependentes já inscritos o direito à manutenção das mesmas condições contratuais, com a assunção das obrigações decorrentes, para os contratos firmados a qualquer tempo". Essa orientação foi fundada especialmente nos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da proteção da segurança jurídica e da proteção à entidade familiar, conjugados com o previsto no art. 3º, § 1º, da Resolução Normativa nº 195/2009 da ANS, com o fim de evitar o desamparo dos dependentes inscritos do titular falecido quanto à assistência médica e hospitalar. Assim, deve ser assegurado a dependente o direito de assumir a posição de titular de plano de saúde - saindo da condição de dependente inscrito - desde que arque com as obrigações decorrentes e sejam mantidas as mesmas condições contratuais, em virtude da ausência de extinção da avença, não sendo empecilho, para tanto, o gozo do período de remissão. REsp nº 1.457.254- SP, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 12/04/2016, DJe 18/04/2016."

0134346-16.2019.8.19.0001 – APELAÇÃO Des. CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS - Julgamento: 27/01/2021 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. MANUTENÇÃO. MORTE DO SEGURADO TITULAR. CONTINUIDADE AOS DEPENDENTES INSCRITOS. Previsão de cláusula de remissão por morte do segurado titular. Não ocorrência das causas de perda do benefício da remissão. Ausência de prova documental a corroborar legitimidade da recusa. Condições gerais do seguro que não excluem o direito à remissão aos segurados dependentes. Artigo 30, § 3º, da Lei nº 9.656/98. Resolução Normativa nº 279, da ANS. Manutenção dos dependentes em caso de morte do titular. Devolução em dobro, ante a ausência de engano justificável. Dano moral configurado. Verba arbitrada em patamar módico. Sua majoração. Provimento do segundo apelo, prejudicado o primeiro. 27/01/2021 - Data de Publicação: 28/01/2021

0002164-32.2020.8.19.0001 – Apelação Des. MAURÍCIO CALDAS LOPES - Julgamento: 05/08/2020 - Décima Oitava Câmara Cível Plano de saúde coletivo. Cancelamento unilateral de plano de saúde da viúva dependente, em virtude do óbito do marido, segurado titular. Sentença de procedência. Apelações. Cláusulas do contrato que demonstram que a autora está garantida pelo plano de saúde por 2 anos, na condição de cônjuge do segurado titular, desde que inscrita como segurada dependente à época do óbito desse, e que não se encaixa em nenhuma hipótese de perda do benefício da remissão. Artigo 30, § 3º. da Lei nº 9.656/98 que assegura aos dependentes do segurado falecido o direito à permanência no plano de saúde - seguro saúde - que o finado titular mantinha, e não condiciona esse direito ao decurso de prazos. Incontroverso, portanto, que a autora pessoa física, tenha o direito de permanecer no plano como o reconhecera a r. sentença de 1º Grau, de modo que tudo o que resta a decidir é a propósito da remissão, isto é, quanto ao direito de cobertura por dois anos sem o pagamento do prêmio como previsto na cláusula 1 do pacto, à vista do que dispõe a cláusula 5ª, que condiciona o respectivo direito. Autora pessoa física que não fora incluída nos 12 meses anteriores ao falecimento do segurado titular, por isso que o contrato sim, é que fora celebrado menos de 12 meses antes do passamento desse, de modo que se o intento do dispositivo contratual era o de impedir que se qualificasse ao seguro remido por dois anos, dependente de pessoa em risco de morte, o exame de admissão dos

segurados ao momento da contratação - como, aliás, dispõe a apólice, é que se prestaria a tal intento, por isso que cerca de oito meses depois falecera o titular do plano, o conhecido Advogado J.O.C. que dera nome à empresa segurada. Cláusula que aparenta autorizar a interpretação no sentido de que apenas depois de decorridos 12 meses da contratação do seguro é que os dependentes dos segurados fariam jus à remissão, mas não é bem isso que dispôs. Regras consumeristas de transparência -- como a informação clara e correta sobre o produto a ser vendido e sobre o contrato a ser firmado --, de lealdade e respeito que devem existir nas relações entre fornecedor 401 8 e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo e que além de obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atender às necessidades dos consumidores, respeitados, especialmente, a sua dignidade, saúde e segurança. Inadmissibilidade de exclusão do direito à remissão dos segurados-dependentes de titulares do seguro saúde contratado há menos de 12 meses, por ausência de cláusula de exclusão específica a respeito. Provimento do recurso da parte autora, não provido o do réu. - Data de Julgamento: 05/08/2020 - Data de Publicação: 06/08/2020

0194132-88.2019.8.19.0001 – APELAÇÃO Des. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA - Julgamento: 04/11/2020 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. PLANO DE SAÚDE COLETIVO POR ADESÃO. FALECIMENTO DO TITULAR. PEDIDO DE MANUTENÇÃO NO PLANO DE SAÚDE PELA DEPENDENTE. Contrato de plano de saúde coletivo de titularidade do falecido marido da demandante, a qual figurava como dependente. Aplicação por analogia dos artigos 30, § 1º e 31, § 2º da Lei nº 9.656/98 e Súmula Normativa nº 13 da ANS. A interpretação das cláusulas contratuais deverá ocorrer de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC). Artigo 51, IV do CDC, que considera nulas as cláusulas contratuais que estabelecem obrigações consideradas iniquas e abusivas, e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Abuso do direito caracterizado. Cancelamento que desvirtua o próprio aspecto teleológico do contrato, pautado na segurança e na estabilidade. Violação dos princípios da boa-fé objetiva e da confiança. Dano moral configurado. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

0026397-35.2012.8.19.0208 – APELAÇÃO - Des(a). MARIA LUIZA DE FREITAS CARVALHO - Julgamento: 20/10/2015 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL AGRAVO RETIDO. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEPENDENTE DE PLANO COLETIVO EMPRESARIAL PARA DEMANDAR SUA PERMANÊNCIA COMO BENEFICIÁRIA. APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. GOLDEN CROSS. CANCELAMENTO DE PLANO COLETIVO APÓS ÓBITO DO TITULAR. RELAÇÃO DE CONSUMO. CLÁUSULA DE REMISSÃO VÁLIDA. ART. 30, § 3º, DA LEI Nº 9.656/98. OBRIGATORIEDADE DA MANUTENÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL INDEPENDENTEMENTE DA PREVISÃO DE CLÁUSULA DE REMISSÃO OU DE SEU ESGOTAMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Agravo Retido. Tomando-se como parâmetro a teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação são aferidas segundo a narrativa formulada na inicial, verifica-se que a autora afirma possuir prerrogativa jurídica para exigir a continuação do vínculo contratual com a ré. Nesse sentido, denota-se que, dada a controvérsia fática acerca da manutenção do plano de saúde coletivo empresarial diante do óbito do titular, apenas

a autora, enquanto dependente do *de cujus*, poderia perseguir em Juízo sua permanência como beneficiária da cobertura. Legitimidade ativa configurada. Mérito. Ação de obrigação de fazer fundada no cancelamento unilateral pela ré do plano de saúde na modalidade "coletivo empresarial" mantido pelo empregador do falecido marido da autora, reputado indevido, buscando-se o restabelecimento da cobertura. Há, na hipótese, evidente relação consumerista, subsumindo-se às normas do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a qualidade de fornecedor e consumidora que ré e autora, respectivamente, ostentam, nos termos dos arts. 2º e 3º do CDC. De outra parte, incidem também os ditames insertos na Lei nº 9.656/98. Conjunto probatório que demonstra que a autora detinha a prerrogativa contratual de permanecer no plano coletivo com a mesma cobertura e sem custo adicional por 24 (vinte e quatro) meses após o óbito do titular. Mesmo que esgotado o prazo de remissão ou inexistente tal benesse negocial, ainda assim o proceder da ré não se afigura legítimo, tendo em vista que as cláusulas décima sétima e décima oitava das condições gerais devem ser interpretadas segundo os influxos cogentes do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98. Nessa linha de raciocínio, o art. 30, § 3º, da Lei de Planos de Saúde estabelece que, em caso de óbito do titular, o direito previsto no *caput* de manutenção da vigência do contrato coletivo nas hipóteses de demissão ou exoneração sem justa causa estende-se aos dependentes. Tal dispositivo possui natureza ampliativa de direitos. Se assim o é, não apenas os dependentes do ex-empregado morto serão agraciados com a prerrogativa de manutenção da vigência contratual, mas também daquele que falece ainda vinculado à empresa estipulante, e não tão-somente pelos interregnos do § 1º, os quais estabelecem um mínimo protetivo, que pode ser ampliado pela vontade das partes. Súmula Normativa ANS nº 13/10 e precedentes do TJRJ. Art. 557, *caput*, do CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

0028412-15.2012.8.19.0066 – APELAÇÃO - Des. MAURO DICKSTEIN - Julgamento: 07/01/2016 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL ORDINÁRIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRETENSÃO DE MANUTENÇÃO, COMO BENEFICIÁRIA, EM PLANO DE SAÚDE COLETIVO, DE FUNCIONÁRIOS DA COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL, APÓS O FALECIMENTO DO TITULAR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. GARANTIA LEGAL DE OS DEPENDENTES PERMANECEREM COMO BENEFICIÁRIOS DE PLANO DE SAÚDE, EM CASO DE MORTE DE SEU TITULAR, OU MESMO COMO DECORRÊNCIA DE APOSENTADORIA OU DEMISSÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 30, § 3º, E 31, § 2º, DA LEI Nº 9.656/98. POSSIBILIDADE DE A AUTORA/APELANTE MANTER A AVENÇA, DA QUAL ERA BENEFICIÁRIA, ARCANDO COM A MENSALIDADE DEFINIDA NO CONTRATO DE ADESÃO, ELABORADO PELA EMPREGADORA, JUNTAMENTE COM A OPERADORA DO SEGURO DE SAÚDE. AINDA QUE NÃO SEJA POSSÍVEL A TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DO CONTRATO, NOS TERMOS DO ART. 35, § 5º, DO MESMO DIPLOMA NORMATIVO, É JURIDICAMENTE ADMISSÍVEL A MANUTENÇÃO DOS DIREITOS DOS DEPENDENTES, CONTANTO QUE PROSSIGAM COM AS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE, NO SENTIDO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, DETERMINANDO-SE A MANUTENÇÃO DA DEMANDANTE COMO BENEFICIÁRIA DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE FIRMADO ATRAVÉS DA EMPREGADORA, COM A ASSUNÇÃO DO PAGAMENTO DAS CONTRAPRESTAÇÕES CORRESPONDENTES. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO, NA FORMA DO

ART. 557, § 1º-A, DO CPC.

Cancelamento que desvirtua o próprio aspecto teleológico do contrato, pautado na segurança e na estabilidade com violação dos princípios da boa-fé objetiva e da confiança.

Pessoa idosa, portadora de patologia a necessitar de tratamento médico contínuo que foi objetivamente prejudicado com o cancelamento unilateral, a configurar lesão extrapatrimonial indenizável.

Assim, não se sustenta o inconformismo deduzido pela ré, ora apelante, devendo ser mantida integralmente a sentença que a condenou à manutenção do plano e ao pagamento de reparação por dano moral, que foi ser fixada em consideração aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade a não merecer redução.

Nesse mesmo sentido, o Enunciado nº 343, da Súmula do TJRJ estabelece que "a verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação".

No caso dos autos, a indenização fixada no valor de R$ 10.000,00 para a autora, se mostra moderada, observando com exatidão os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Pelo exposto, voto por negar provimento do recurso, mantendo-se a sentença apelada integralmente, com majoração dos honorários advocatícios em 2%, na forma do § 11, do art. 85, do CPC.

RIO DE JANEIRO, 23 DE FEVEREIRO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS SANTOS
RELATORA

ICMS. PRODUTOS DE CESTA BÁSICA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. ISENÇÃO PARCIAL. ESTORNO PROPORCIONAL DO CRÉDITO. CONSTITUCIONALIDADE.

EMENTA

AGRAVOS INTERNOS NA APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTO PELO ORA SEGUNDO AGRAVANTE. REFORMA DO *DECISUM*. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTOS DA CESTA BÁSICA. STF QUE, EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA, FIRMOU ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE O BENEFÍCIO FISCAL DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO EQUIVALE À ISENÇÃO PARCIAL, SENDO CONSTITUCIONAL A LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE DISPONHA SER OBRIGATÓRIO O ESTORNO PROPOCIONAL DO CRÉDITO DE ICMS. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º DA RESOLUÇÃO Nº 2.548/95, EIS QUE ESPECÍFICA A ESTABELECIMENTOS INDUSTRIAIS. RECURSO DA AUTORA RESTRITO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS QUE RESTA PREJUDICADO COM A INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO DO RÉU AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO. RECURSO DA AUTORA PREJUDICADO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos Agravos Internos na Apelação Cível nº 0006537-52.2012.8.19.0045, em que são Agravantes Comércio e Distribuidora de Alimentos CNG Ltda. e Estado do Rio de Janeiro e Agravados Os Mesmos.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso do réu e julgar prejudicado o recurso da autora, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de Agravo Interno na Apelação Cível interpostos por Comércio e Distribuidora de Alimentos CNG Ltda e Estado do Rio de Janeiro, em face de decisão monocrática (f. 317/330) que negou provimento ao recurso de apelação cível interposto pelo ora segundo agravante, nos seguintes termos:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. Auto de infração lavrado pelo ERJ em razão do suposto creditamento indevido do ICMS. Comercio varejista de gêneros alimentícios da cesta básica. Sentença procedente. Apelo do Estado do Rio de Janeiro. Manutenção do *decisum*. Inexigibilidade da dívida e consequente perda da eficácia executiva do título que instrui a execução fiscal nº 0006549-03.2011.8.19.0045. Artigo 5º da Resolução nº 2.548/1995 da então Secretaria de Estado de Economia e Finanças, que autoriza o aproveitamento integral dos créditos do ICMS de mercadorias constantes da cesta básica. Aplicação da regra do art. 932, IV, 'a', do CPC e do artigo 31, VIII, do REGITRJ que autoriza o julgamento monocrático do recurso pelo Relator. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO."

Em suas razões, a f. 337/339, a primeira agravante afirma que a majoração dos honorários advocatícios na decisão monocrática não observou o disposto no art. 85, § 11, CPC.

Explica que os honorários advocatícios e sua majoração deveriam ter observado o art. 85, § 3º, III, CPC, considerando o proveito econômico obtido.

Requer, assim, seja exercido o juízo de retratação e, caso contrário, seja o feito levado a julgamento pelo Colegiado, com a reforma parcial da decisão monocrática para observar o limite do percentual de honorários advocatícios, assim como sua base de cálculo, na forma do art. 85, § 11 c/c § 3º, III, CPC.

Recurso tempestivo e sem preparo, considerando a gratuidade de justiça de que é beneficiária a primeira agravante.

O segundo agravante, a f. 350/359, alega que a conduta da primeira agravante violou os artigos 32, 33 § 2º e 36, II da Lei nº 2.657/96 e que sua conduta se amolda perfeitamente às previsões legislativas, de modo que o Auto de Infração nº 03.232866-8 deve se manter hígido.

Pontua que o princípio da não cumulatividade se refere a impostos com incidência multifásica e tem por objetivo realizar a incidência tributária somente sobre o valor que se agrega em cada nova operação realizada com a mesma mercadoria anterior.

Refere que o princípio da não cumulatividade não tem caráter absoluto, sendo aplicado com ressalvas em determinadas hipóteses, como a do caso ora em análise, relativo à entrada de mercadorias componentes da cesta básica.

Salienta que a hipótese dos autos se amolda a hipótese de isenção já que, por se tratar de mercadorias componentes da cesta básica, a operação subsequente seria isenta de ICMS e, considerando a inexistência de determinação contrária à legislação, não há vedações à aplicação do princípio da não cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, II, CF.

Requer, assim, seja exercido o juízo de retratação para reconsiderar a decisão monocrática de f. 317/330 ou que seja o caso levado ao Colegiado para que seja dado provimento ao presente agravo.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Não houve manifestação da primeira agravante acerca do agravo interno de f. 350/359.

É o breve relatório.

VOTO

Cumpre mencionar que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade dos recursos, devendo, pois, ser os mesmos conhecidos.

Com efeito, como já destacado na decisão agravada, a hipótese ora em análise trata de demanda em que se buscar anular o lançamento tributário constante da Execução Fiscal nº 0006549-03.2011.8.19.0045 em apenso, referente ao Auto de Infração nº 03.232866-8, decorrente de suposto creditamento irregular de ICMS relativo às mercadorias da cesta básica.

O segundo agravante afirma que o caso em análise se adequa à hipótese de isenção e que a operação subsequente seria isenta de ICMS. Assim, pela inexistência de determinação contrária à legislação, não há vedação à aplicação do princípio da não cumulatividade. Pontua que as operações de isenção não viabilizam créditos para compensação.

Com efeito, dispõe o art. 37 da Lei Estadual nº 2.657/96 que "o contribuinte efetuará o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria vendida entrada no estabelecimento: (...) V – gozar de redução da base de cálculo na operação ou prestação subsequente, hipótese em que o estorno será proporcional à redução."

O Decreto nº 21.320/95 e o convênio nº 128/1994 autorizam a anulação proporcional do crédito tributário, sem que tal situação venha a ferir a previsão constitucional da não-cumulatividade prevista no art. 155, § 2º, I da CRFB/88.

Assim, certo é que o ato praticado pelo Estado, ao determinar o estorno, encontra fundamento no art. 155, § 2º, incisos I e II da Constituição Federal, que assim dispõem:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
>
> (...)
>
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
>
> (...)
>
> § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
>
> I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;
>
> II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:
>
> a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;
>
> b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores; (...)

Portanto, se parte do crédito foi anulada pela Fazenda Pública, por óbvio não poderia ser compensada.

O aludido convênio nº 128/1994 instituiu benefício fiscal para operações relativas a mercadorias que compõem a cesta básica, estabelecendo alíquota de 7%, assim como concedeu aos Estados a faculdade de exigirem, ou não, o estorno proporcional do crédito relativo ao ICMS. Dessa forma, repita-se, a cobrança efetivada pelo ora segundo agravante não constitui ilegalidade.

O Tribunal de Justiça fluminense manifesta-se pelo cabimento do estorno proporcional do crédito referente ao ICMS de produtos da cesta básica:

0064182-75.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO

Des. MAURÍCIO CALDAS LOPES - Julgamento: 11/03/2020 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL

Embargos à execução fiscal. ICMS incidente sobre produtos de cesta básica. Redução da alíquota. Estorno proporcional do crédito. Sentença de improcedência. Apelação. Decisão de piso que não cobra achegas, por isso que legítimo o estorno proporcional do crédito do ICMS exigido pelo apelado, à conta de que a saída das respectivas mercadorias com redução da alíquota, decorre da interpretação do art. 155, § 2º, II, b, da Constituição da República, de modo a excluir a suposta extrapolação do poder regulamentar em âmbito estadual pelo Decreto nº 21.320/95, tudo em consonância com a legislação reguladora da matéria e com o entendimento jurisprudencial sobre o tema. Sentença publicada antes da vigência do CPC/2015. Honorários recursais indevidos. Recurso não provido.

0446171-25.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO

Des. FERNANDO FERNANDY FERNANDES - Julgamento: 21/10/2019 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. ESTORNO DE CRÉDITO DE PRODUTO QUE COMPÕE A CESTA BÁSICA. INCENTIVO FISCAL DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. AUTORA QUE NÃO PROCEDEU AO REFERIDO ESTORNO CONFORME DETERMINADO PELA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. REGRA QUE VISA PRESERVAR O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. SUPOSTA NULIDADE DA CDA POR APRESENTAR, COMO VALOR DA DÍVIDA, MONTANTE SUPERIOR ÀQUELE APURADO EM LAUDO PERICIAL. ARGUMENTO QUE NÃO SE SUSTENTA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 392 DO STJ. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA QUE PODE SER PROMOVIDA ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE NO *DECISUM* POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO OU VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM CONFORMIDADE COM O ART. 85 DO CPC. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Ademais, resta claro o entendimento pacificado nos Tribunais Superiores a respeito da inexistência de inconstitucionalidade ou ilegalidade dos atos normativos que entendem ser obrigatório o estorno proporcional do crédito relativo ao ICMS, cuja mercadoria goza de redução de base de cálculo.

Da mesma forma, não se verifica qualquer violação ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, uma vez que o creditamento somente ocorrerá quando houver o efetivo recolhimento do tributo na etapa anterior da cadeia mercantil. Assim, inexiste o direito de aproveitamento integral quando a operação gozar de benefício fiscal.

Confiram-se:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. CESTA BÁSICA. LEI Nº 8.820/89 DO RS. SISTEMA DE BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. CONFIGURAÇÃO DE ISENÇÃO FISCAL PARCIAL.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE nº 174.478/SP, Rel. p/ o acórdão o Min. CEZAR PELUSO, DJ 30/09/2005), ao apreciar questão similar à destes autos, assentou que a redução da base de cálculo do ICMS

corresponderia a uma isenção parcial, possibilitando o estorno proporcional do tributo, e que tal compensação não afronta o princípio da não-cumulatividade.

2. Agravo regimental improvido.

(AI nº 565.666 AgR/RS, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, j. 01/08/2010)

TRIBUTÁRIO. ICMS. CESTA BÁSICA. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. ISENÇÃO PARCIAL. ESTORNO PROPORCIONAL DO CRÉDITO. JURISPRUDÊNCIA DO STF.

1. O benefício fiscal de redução da base de cálculo equivale isenção parcial, sendo devido o estorno proporcional do crédito de ICMS, nos termos do art. 155, § 2º, II, "b", da CF, não havendo falar em ofensa ao princípio da não-cumulatividade. Precedentes do STF.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag nº 1.337.167 / MG, Relator Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 04/02/2011).

TRIBUTÁRIO - ICMS - CESTA BÁSICA - MANDADO DE SEGURANÇA - REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - IMPETRAÇÃO COM PRETENSÃO NORMATIVA – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - INEXISTÊNCIA.

1. Inexiste necessidade de dilação probatória quando os documentos apresentados com a inicial demonstram que o ato coercitivo atinge situação jurídica da contribuinte.

2. As restrições ao creditamento integral previstas na legislação local, em relação às saídas de produtos com base de cálculo reduzida (cesta básica), não configuram violação ao princípio da não cumulatividade. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Questões acessórias prejudicadas.

4. Recurso ordinário não provido.

(RMS nº 31.484 / MG, Relatora Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 08/09/2010).

Por fim, coloque-se que, em 16/10/2014, o Plenário do STF reafirmou seu entendimento, quando do julgamento do REXt nº 635.688, com repercussão geral reconhecida, sob a Relatoria do Ministro GILMAR MENDES, que a redução da base de cálculo do ICMS sobre produtos da cesta básica equivale a uma isenção parcial, aplicando-se o mesmo raciocínio para o caso de redução de alíquota; deixando assente, ainda, que a existência de convênio autorizando o aproveitamento dos créditos não afasta a possibilidade da legislação de cada estado da federação prever a sua anulação parcial.

Dessa forma, tem-se que a sentença não deu correta solução ao litígio, já que restou evidenciado que a primeira agravante não realizou o devido estorno.

Quanto ao artigo 5º da Resolução nº 2.548/1995 da então Secretaria de Estado de Economia e Finanças, sua aplicação restringe-se a estabelecimentos industriais. Veja-se:

"É permitido ao estabelecimento industrial o aproveitamento integral dos créditos do ICMS relativos aos insumos utilizados na produção de mercadorias constantes da cesta básica a que se refere o Decreto nº 21.320/95."

Dessa maneira, não se aperfeiçoou a exceção prevista no art. 155, § 2º, II, CF.

A própria primeira agravante assim afirma em sua inicial:

"A autora explora o ramo de supermercado onde vende gêneros alimentícios da cesta básica com a isenção do ICMS prevista na legislação do Estado do Rio de Janeiro.

Entretanto, na compra de todas as mercadorias relacionadas como sendo da cesta básica está

previsto a tributação, o que obriga a autora a pagar o indigitado imposto por ocasião da entrada em seu estabelecimento, equivalendo ao seu direito de aproveitar respectivos créditos." (f. 06)

Assim, deve ser dado provimento ao recurso de agravo interno interposto pelo réu.

Considerando que o agravo interno interposto pela parte autora versa unicamente acerca dos honorários advocatícios e, ainda, a inversão do ônus sucumbenciais com o provimento do recurso de agravo interno interposto pelo réu, resta prejudicado o primeiro agravo interno.

Por todo exposto, voto no sentido de ser conhecido o presente agravo interno e, no mérito, ser dado provimento ao recurso interposto pelo réu, ora segundo agravante, com a improcedência dos pedidos autorais e condenação da autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade de justiça e julgar prejudicado o recurso interposto pela autora.

RIO DE JANEIRO, 02 DE DEZEMBRO DE 2021.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. MAURO PEREIRA MARTINS
RELATOR

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PAI BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. DUPLA FILIAÇÃO. CABIMENTO.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA PERICIAL. DNA. DEMANDANTE QUE É FILHO BIOLÓGICO DO SEGUNDO RÉU. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO RÉU. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS. IRRESIGNAÇÃO DO PRIMEIRO RÉU. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. No caso dos autos, importante esclarecer que, em análise aos laudos social e psicológico, nítido verificar que o autor não quer que o Sr. W. deixe de ser seu pai no seu registro, sob fundamento de que convive intensamente com o mesmo desde o seu nascimento. Por outro lado, o réu não deseja que seu nome seja mantido na certidão de nascimento do autor. Ademais, restou devidamente comprovado nos laudos técnicos, que autor e primeiro réu mantêm forte vínculo de afeto, bem como de que W. visita o menino todos os dias e continuará tratando o mesmo como seu filho, mas restou destacado, que o menor deve ter o nome do pai biológico no registro pois é um direito dele. Desta forma, em respeito ao melhor interesse da criança e, ainda, de que restou devidamente comprovada a existência de vínculo afetivo que pode ser caracterizado como paternidade socioafetiva, deve ser mantida a sentença atacada. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0007563- 07.2018.8.19.0003, em que é Apelante W.N.S. e Apelado K.B.B.S. Rep/p/s/Mãe A.B.F.,

Acordam os Desembargadores que integram a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, conhecer o recurso para negar-lhe provimento.

Assim, decidem na conformidade do relatório e voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de investigação de paternidade, proposta por K.B.B.S. Rep/p/s/Mãe A.B.F. em face de W.N.S. e J.C.R.B., sob alegação de que foi registrado por A. e W., os quais mantém um relacionamento estável desde o seu nascimento. Ocorre que na época da sua concepção, sua mãe

relacionou-se rapidamente com J.C., encerrando o relacionamento, antes de saber que estava grávida. Aduziu que, quando sua genitora descobriu a gestação, já havia iniciado o relacionamento com W.

Dispôs que, como se parece muito fisicamente com o Sr. J.C., levantou-se a dúvida sobre a sua verdadeira paternidade biológica.

Desta forma, pretende que seja realizado o exame de DNA, findando a dúvida de quem é seu pai biológico. Cumpre esclarecer, que não pretende a anulação parcial do registro, uma vez que convive com W. desde que nasceu, a quem se refere como pai, devendo ser acolhida a tese da dupla filiação.

Requereu a procedência dos seus pedidos para declarar a paternidade do segundo réu, J.C.R.B., mantendo-se o vínculo de filiação também em relação à W., bem como seja o segundo réu condenado ao pagamento de alimentos, fixados em 20% (vinte por cento) de seus rendimentos líquidos, na hipótese de possuir vínculo empregatício e/ou benefícios previdenciários, mediante desconto em folha de pagamento, inclusive 13º salário, férias, FGTS, PIS/PASEP, verbas rescisórias a que fizer jus, e salário família, abatidos os descontos obrigatórios, desde que não inferior a 40% do salário mínimo; e 40% (quarenta por cento) do salário mínimo, mensalmente, na hipótese de não possuir vínculo empregatício, como ocorre atualmente e/ou benefícios previdenciários.

Regularmente citado, o Sr. W. apresentou a sua defesa, alegando que na dúvida, deseja que seja realizado o exame de DNA, porém não possui condições para custeá-lo. Esclareceu que não deseja manter o seu nome no registro de nascimento do autor, caso reste constatado de que não é seu pai, alegando a inexistência de vínculo socioafetivo entre eles.

Decisão de f. 97, a qual decretou a revelia do segundo réu e deferiu a realização do exame de DNA.

Laudos a f. 124/127 e f. 128/131.

Promoção do Ministério Público a f. 167, 174 e 249 pela procedência dos pedidos.

Estudo psicológico a f. 210/212.

Estudo social a f. 215/217.

Em sentença, a f. 252/254, o douto Juízo *a quo*, julgou parcialmente procedente o pedido, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, para:

> " (...)
>
> 1) declarar que por K.B.B.S., nascido em 13/07/2014, é filho de J.C.R.B., possuindo, assim, todos os direitos relativos à filiação, de acordo com o artigo 1.596 do Código Civil.
>
> 2) determinar a manutenção de W.N.S. no registro de nascimento da parte autora.
>
> 3) condenar o réu a prestar alimentos mensais ao autor no valor de 10% (dez por cento) dos seus ganhos líquidos, assim considerados todos os ganhos brutos auferidos pelo alimentante, deduzidas apenas as parcelas referentes ao imposto de renda retido na fonte e à previdência social, incidindo tal percentual sobre 13º salário, férias, PRL, gratificações e adicionais que por ventura venham a existir, mediante desconto em folha de pagamento e depósito em conta da representante legal do autor.
>
> Ressalto que, em ocorrendo o desemprego do alimentante, deverá haver retenção nas contas do FGTS e o PIS/PASEP do valor dos alimentos, para a hipótese de eventual inadimplemento.
>
> No caso de ausência de vínculo empregatício, estará o réu obrigado ao pagamento de 20% (vinte por cento) de um salário mínimo nacional vigente, até o dia 10 (dez) de cada mês.
>
> Expeça-se mandado de averbação no assento de nascimento de K.B.B.S., incluindo-se o nome do segundo réu e dos avós paternos".

Embargos de declaração do autor a f. 270, rejeitados em decisão de f. 275.

Inconformado, apelou o réu W. a f.289/292 requerendo a reforma da sentença, no que tange a exclusão do seu nome do registro de nascimento do autor, tendo em vista que não é o seu pai biológico. Alega que a relação socioafetiva é uma condição jurídica que pode ser reconhecida, mas não imposta e que, *in casu*, é necessária a correção do registro civil para conformá-lo à realidade.

Contrarrazões do autor a f. 298/304.

Parecer da Procuradoria de Justiça a f. 314/331, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A apelação é tempestiva e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Trata-se de ação de investigação de paternidade em que alega o demandante que, foi registrado por A. e W., os quais mantém um relacionamento estável desde o seu nascimento. Ocorre que na época da sua concepção, sua mãe relacionou-se rapidamente com J.C., encerrando o relacionamento, antes de saber que estava grávida. Aduziu que, quando sua genitora descobriu a gestação, já havia iniciado o relacionamento com W. Dispôs que, como se parece muito fisicamente com o Sr. J.C., levantou-se a dúvida sobre a sua verdadeira paternidade biológica. Desta forma, pretende que seja realizado o exame de DNA, findando a dúvida de quem é seu pai biológico. Cumpre esclarecer, que não pretende a anulação parcial do registro, uma vez que convive com W. desde que nasceu, a quem se refere como pai, devendo ser acolhida a tese da dupla filiação.

Sabe-se que, o estado de filiação, é um direito personalíssimo, corolário do direito fundamental da dignidade da pessoa humana e decorre da estabilidade dos laços construídos no cotidiano entre pai e filho(a), sejam eles de afetividade ou consanguinidade.

No caso dos autos deve-se salientar que movida ação pelo demandante, foi realizado exame de DNA entre as partes, o qual foi de inteira concordância pelo Sr. W. como se nota na sua peça de defesa.

Sobre este aspecto, as provas constantes nos autos são conclusivas quanto ao estado de filiação dos autores, logo, não há qualquer reparo a ser feito, posto que como se sabe, os testes de paternidade são feitos através da análise do DNA encontrado nas amostras de sangue dos supostos pai e filho. Mas a análise também pode ser feita através de outros tipos de materiais biológicos como saliva ou fio de cabelo.

O teste baseia-se na comparação entre os genes que compõem o DNA. O grau de coincidência deve ser total, se não for, a legitimidade paterna é excluída. Se todos os genes coincidirem, então afirma-se que o suposto pai é verdadeiro com grau de certeza acima de 99,99%.

In casu, tendo o magistrado determinado à coleta do material sanguíneo das partes envolvidas, não foi confirmada a paternidade do Sr. W., como se nota a f. 128/131, tendo sido, contudo, confirmado que o Sr. J.C. é o pai biológico de K.B. (f. 124/126).

Desta forma foi julgado parcialmente procedente o pedido para declarar que o autor é filho de J.C., possuindo todos os direitos relativos a filiação.

Contudo, pleiteou o autor, ainda, que no caso de negativa de compatibilidade genética entre ele e o Sr. W., desejaria que o nome do réu ficasse mantido em seu registro como paternidade socioafetiva, pois convive com W. desde que nasceu, a quem se refere como pai, requerendo o acolhimento da tese da dupla filiação.

De fato, o pleito do demandante foi acolhido, contudo se insurge o Sr. W., requerendo a reforma da sentença, no que tange a exclusão do seu nome do registro de nascimento do autor, tendo em vista que não é o seu pai biológico. Alega que a relação socioafetiva é uma condição jurídica que pode ser reconhecida, mas não imposta e que, *in casu*, é necessária a correção do registro civil para conformá-lo à realidade.

Em sede de filiação, prestigia-se muito a teoria da aparência, que, na causa, configura a chamada "posse de estado de filho", que é uma das manifestações mais triviais de socioafetividade, que, independentemente do vínculo biológico, estabelece a relação de cunho psicológico, afetivo e social.

A posse de estado de filho descreve a situação em que determinada pessoa é tratada, nas mais diversas situações da vida e dos ambientes familiar e social, como filho, levando em conta três elementos: o uso do nome da família e apresentação como se dela fosse membro; o tratamento dado, ou seja, criado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe e, o reconhecimento social como integrante da família de seus pais.

E a filiação socioafetiva, enraizada no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, encontra alicerce no art. 227 § 6º, da Constituição da República, e envolve não apenas o parentesco decorrente da consanguinidade, mas aquele que se aperfeiçoa com o tempo, como elemento de ordem cultural, antropológica.

Assim, não obstante a inexistência de continuidade do patrimônio genético, a filiação socioafetiva erige-se em relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente, quando nasce de uma decisão espontânea.

No caso dos autos, importante esclarecer que, em análise aos laudos social e psicológico, nítido verificar que o autor não quer que o Sr. W. deixe de ser seu pai no seu registro, sob fundamento de que convive intensamente com o mesmo desde o seu nascimento. Por outro lado, o réu não deseja que seu nome seja mantido na certidão de nascimento do autor.

Ademais, restou devidamente comprovado nos laudos técnicos, que autor e primeiro réu mantêm forte vínculo de afeto, bem como de que W. visita o menino todos os dias e continuará tratando o mesmo como seu filho, mas restou destacado, que o menor deve ter o nome do pai biológico no registro pois é um direito dele.

Desta forma, em respeito ao melhor interesse da criança e, ainda, de que restou devidamente comprovada a existência de vínculo afetivo que pode ser caracterizado como paternidade socioafetiva, deve ser mantida a sentença atacada.

Por fim, importante ressaltar o Ilustre Jurista Rolf Madaleno:

> " A desconstituição do registro só poderia ser de iniciativa daquele que teve a sua filiação falsamente atribuída, descabendo uma imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança. "Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente", tutelando a construção de sua identidade e definição de sua personalidade...". (Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 500-501).

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, deixando de majorar os honorários recursais ante a ausência de condenação.

RIO DE JANEIRO, 30 DE NOVEMBRO DE 2021.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA
RELATORA

PLANO DE SAÚDE. TRANSPLANTE DE FÍGADO. CIRURGIA DE URGÊNCIA. ABUSIVIDADE. DANO MORAL.

EMENTA

APELAÇÃO. CIRURGIA DE TRANSPLANTE DE FÍGADO CUJA COBERTURA FOI NEGADA PELO PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM REPARAÇÃO MORAL. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTE O PEDIDO, CONFIRMANDO A TUTELA ANTECIPADA E FIXANDO O DANO MORAL EM R$ 7.000,00 (SETE MIL REAIS). IRRESIGNAÇÃO RECURSAL APRESENTADA POR AMBAS AS PARTES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE DEVE SER MANTIDA. CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS QUE CONFIRMA A NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DA CIRURGIA COM URGÊNCIA, DIANTE DA GRAVIDADE DA DOENÇA QUE ACOMETE O CONSUMIDOR. RECUSA DE AUTORIZAÇÃO POR PARTE DO PLANO DE SAÚDE QUE SE MOSTROU ABUSIVA. A AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL DE PROCEDIMENTOS COM COBERTURA OBRIGATÓRIA PELA ANS NÃO TEM O CONDÃO DE INVIABILIZAR O TRATAMENTO, DIANTE DO FATO QUE O ROL É MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DO STJ A BALIZAR O ENTENDIMENTO. LEI DE PLANOS DE SAÚDE E RESOLUÇÕES DA ANS QUE DEVEM SER INTERPRETADAS DE FORMA A NÃO AFASTAR OU REDUZIR A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR, GARANTIDA PELA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR). TRANSTORNO E APREENSÃO SOFRIDA PELO PACIENTE QUE CONSEGUIU PROSSEGUIR COM O TRATAMENTO APENAS POR FORÇA DA TUTELA DE URGÊNCIA OBTIDA NA PRESENTE AÇÃO E EM SEDE DE PLANTÃO JUDICIÁRIO. INCONTESTÁVEL OCORRÊNCIA DE DANO MORAL. VERBA REPARATÓRIA QUE DEVE SER FIXADA EM R$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). VALOR QUE SE MOSTRA ADEQUADO E EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PRIMEIRO RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0513656-37.2015.8.19.0001, originários da 42ª Vara Cível da Capital, em que são Apelantes Amil Assistência Médica Internacional S/A e C.A.M. de S.T. (Recurso Adesivo) e Apelados Os Mesmos.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em conhecer e negar provimento ao primeiro recurso e conhecer e dar parcial provimento ao recurso adesivo, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por C.A.M. de S.T. em face de Amil Assistência Médica Internacional S/A, na qual o autor narra, em síntese, que mantém com o réu um contrato de assistência médica-hospitalar, sendo que em decorrência de seu grave estado de saúde (cirrose hepática e carcinoma hepatocelular) necessita realizar transplante hepático. Relata, ainda, que por estar no topo da lista de espera do cadastro técnico de fígado do Ministério da Saúde, o médico que o acompanha solicitou autorização de sua internação para cirurgia, porém, afirma que não obteve qualquer resposta do réu. Assim, requer seja o plano de saúde compelido a providenciar a imediata autorização para a realização dos procedimentos médicos, bem como persegue o recebimento de indenização a título de danos morais.

A sentença foi proferida nos seguintes termos dispositivos: "(...), JULGA-SE PROCEDENTE O PEDIDO AUTORAL, para confirmar a antecipação de tutela anteriormente deferida e condenar a

parte ré ao pagamento do valor de R$ 7.000,00, com correção monetária a partir da sentença e juros legais desde a citação; Condena-se a ré ao pagamento das custas, despesas processuais e verba honorária de 15% sobre o valor atualizado da condenação, com base no artigo 85, § 2º do CPC" (*índex* 000356).

Apelação da Amil Assistência Médica Internacional S/A, a f. 365/380 (*índex* 000365), na qual busca a reforma da sentença sob a alegação, em síntese, de que não cometeu qualquer ilegalidade, tendo agido no estrito cumprimento do dever legal, pois "não possui obrigação de custear o procedimento de transplante de fígado requerido pelo apelado, por não estar previsto no aludido rol" da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Sustenta que "só está obrigada a arcar com os custos dos materiais e procedimentos devidamente previstos no contrato", acrescentando que o demandante poderia "buscar o seu direito junto ao Estado, obrigando-o a cumprir o que determina a Constituição Federal". Afirma que o autor buscou "atendimento com equipe médica sabidamente não credenciada, sob a justificativa NÃO COMPROVADA de não existirem profissionais médicos aptos a realização de sua cirurgia na rede credenciada de seu plano de saúde (...)". Defende que a condenação a título de danos morais se mostrou indevida e deve ser afastada.

Recurso Adesivo deC.A.M. de S.T., a f. 462/468 (*índex* 000462), na qual requer seja a sentença anulada, diante do fato de que o magistrado a quo não apreciou o seu pedido deduzido no tópico 3.3 da emenda da inicial, o qual se refere à condenação do réu no pagamento do valor de R$ 23.000,00 em razão de descumprimento da decisão liminar. Persegue, ainda, a revisão do julgado no tocante ao valor arbitrado a título de dano moral, sob o argumento de que a quantia se encontra abaixo dos parâmetros da jurisprudência e da gravidade dos fatos narrados nos autos. Também requer a majoração dos honorários advocatícios.

O réu apresentou as contrarrazões de f. 476/504. Não constam nos autos contrarrazões do autor.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de ação na qual foi reconhecida a ocorrência de falha no serviço prestado pela empresa administradora do plano de saúde, decorrente de indevida e injustificável demora de autorização de custeio de procedimento médico-hospitalar, tendo o magistrado fixado o dano moral de R$ 7.000,00 (sete mil reais).

Inicialmente, tem-se que não há dúvida de que a relação entre as partes é de consumo, uma vez que o autor se enquadra no conceito de consumidor (artigo 2º do CDC) e a operadora de saúde no de fornecedora de serviço (artigo 3º do CDC), sendo objetiva a sua responsabilidade (artigo 14 do CDC).

Firmada tal premissa, o exame dos autos revela que a recusa foi corretamente reputada abusiva pelo Juízo *a quo*.

O autor necessitou se submeter a transplante de fígado, em virtude do diagnóstico de cirrose hepática e carcinoma hepatocelular, sendo que, em razão de estar no topo da lista de espera do cadastro técnico do Ministério da Saúde, precisava obter autorização imediata do réu para internação e respectiva cirurgia. Entretanto, conforme bem apontou o magistrado em sua sentença, "mesmo se tratando de caso de urgência, que deve ser atendido de imediato, conforme art. 3º, XIV da Resolução Normativa nº 259/2011 da ANS, a ré negou a internação com a demora na resposta, implicando numa velada recusa de atendimento".

Rejeita-se a argumentação recursal da Amil Assistência Médica Internacional S/A deduzi-

da no sentido de que, "de acordo com o rol de procedimentos da ANS, se verifica que a Apelante NÃO POSSUI OBRIGAÇÃO EM CUSTEAR O PROCEDIMENTO DE TRANSPLANTE DE FÍGADO REQUERIDO PELO APELADO, POR NÃO ESTAR PREVISTO NO ALUDIDO ROL".

Ora, a recusa de cobertura com base nessa tese não se coaduna com a natureza dos direitos envolvidos e com normas do ordenamento jurídico que regem o tema.

Com efeito, a conduta do plano de saúde fere as expectativas do consumidor de ter a prestação do serviço em consonância com a preservação da sua saúde, em verdadeira afronta ao princípio da boa-fé objetiva e à função social do contrato, conforme art. 421 do CCB/02.

O fato de o tratamento não estar listado no rol de procedimento com cobertura obrigatória que é previsto nas normas administrativas da Agência Nacional de Saúde Complementar - ANS, por si só, não tem o condão de inviabilizar a cirurgia e demais tratamentos relacionados ao indispensável transplante que o paciente necessitava realizar para preservar a sua vida. Ademais, o rol não tem caráter limitativo, ao contrário do que tenta defende o 1º recorrente.

A jurisprudência do STJ é assente no sentido da abusividade da negativa de custeio do procedimento cirúrgico de transplante de fígado se consta do plano de saúde a cobertura para tratamento da doença que acomete o segurado. Confiram-se os arestos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO DE ADESÃO. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. COBERTURA DA DOENÇA. TRANSPLANTE DE FÍGADO. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PROVIMENTO.

1. Constando do plano de saúde cobertura para tratamento da doença que acomete o segurado, a negativa de custeio do procedimento cirúrgico de transplante de fígado mostra-se injustificada e abusiva.

2. Ao assim decidir, o Tribunal *a quo* adotou posicionamento consentâneo com a jurisprudência desta egrégia Corte, no sentido de que, em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do CDC, a interpretação de suas cláusulas deve ser feita da maneira mais favorável ao consumidor, bem como devem ser consideradas abusivas as cláusulas que visam a restringir procedimentos médicos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp nº 53.579/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA COBERTURA FINANCEIRA DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES COM TRANSPLANTE DE FÍGADO DO CONSUMIDOR - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE.

1. Violação do artigo 535 do CPC não configurada. É clara e suficiente a fundamentação adotada pelo Tribunal de origem para o deslinde da controvérsia, revelando-se desnecessário ao magistrado rebater cada um dos argumentos declinados pela parte.

2. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, de cobertura financeira a tratamento médico de beneficiário. Ainda que admitida a possibilidade de previsão de cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão), revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários

ao melhor desempenho do tratamento clinico ou do procedimento cirúrgico cobertos. Aplicação da Súmula nº 469/STJ. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp nº 511.756/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 29/08/2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DA DOENÇA. TUMOR. CLÁUSULA QUE EXCLUI TRANSPLANTE DE FÍGADO. ABUSIVIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ.

1. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que, 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. Precedentes.

2. A alegação de que a própria enfermidade estava excluída da cobertura do plano não foi aventada nas razões do recurso especial e, portanto, não comporta conhecimento, na medida em que se configura inovação recursal inviável de ser examinada em sede de agravo regimental.

3. De qualquer modo, em face dos óbices das Súmulas 5 e 7/STJ, inviável alterar a conclusão do Tribunal de origem de que "o contexto probatório demonstra que o autor, ora apelado, é portador de moléstia cujo tratamento possui cobertura contratual (f. 15/48 e 52) e já vinha sendo atendido por estabelecimento médico credenciado" (f. 163).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp nº 439.715/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

Confira-se, ainda, o seguinte julgado em que se confirma o entendimento do TJRJ de que o rol da ANS é meramente exemplificativo:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. TUTELA ANTECIPADA. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTE DE FÍGADO DO AUTOR, DIAGNOSTICADA COM CARCINOMA HEPATOCELULAR. AUTOR QUE BUSCA A CONDENAÇÃO DA RÉ À REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO INDICADO POR SEU MÉDICO ASSISTENTE, BEM COMO A REPARAÇÃO POR DANO MORAL. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO, CONFIRMANDO OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA, CONDENANDO A RÉ AO PAGAMENTO DE VERBA REPARATÓRIA FIXADA EM R$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS). APELO DA RÉ. NEGATIVA DO PLANO DE SAÚDE QUE SE AFIGURA ILEGÍTIMA. O ROL DA ANS É REFERÊNCIA APENAS BÁSICA, O MÍNIMO NECESSÁRIO. OPERADORA DEVE ESTAR PREPARADA PARA DEBELAR AS PATOLOGIAS QUE COBRE, NA EXATA MEDIDA DAS NECESSIDADES DOS SEUS CONSUMIDORES. LAUDO EMITIDO PELO MÉDICO ASSISTENTE DA PACIENTE PRESCREVENDO O TRATAMENTO SOLICITADO. COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DA GRAVIDADE E DA URGÊNCIA DO CASO (RISCO IMINENTE DE ATENTADO À PRÓPRIA VIDA). CARÁTER EMERGENCIAL QUE É INTRÍNSECO AO DIAGNÓSTICO DA DOENÇA EM QUESTÃO. RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE DESCONSTITUIR AS ALEGAÇÕES DA PARTE AUTORA. CONDUTA DA RÉ QUE REPRESENTA, NA REALIDADE, A NEGATIVA DO TRATAMENTO DA DOENÇA E ESVAZIAMENTO DO CONTRATO, O QUE NÃO SE ADMITE. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ E DA TRANSPARÊNCIA QUE SE ESPERA NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS. CONDUTA ILÍCITA CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR CORRETAMENTE RECONHECIDO. DANO MORAL *IN RE IPSA*. VERBA FIXADA EM R$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS), QUE SE MOSTRA COM-

PATÍVEL COM AS PECULIARIDADES DO CASO E NÃO MERECE ALTERAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. SENTENÇA QUE APLICOU CORRETA SOLUÇÃO AO LITÍGIO. HONORÁRIOS RECURSAIS APLICÁVEIS À HIPÓTESE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (0048450-72.2019.8.19.0011 - APELAÇÃO. Des(a). SIRLEY ABREU BIONDI - Julgamento: 19/04/2021 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL)

Também não se acolhe a alegação do réu de que não teria sido comprovado pelo autor que não havia rede credenciada no seu tipo de plano de saúde para realização do procedimento, e que, por isso, não está obrigado contratualmente a arcar com os custos de médicos e hospitais escolhidos pelo paciente para realizar o implante em questão nos autos.

É intuitivo que diante da situação extremamente urgente que se encontrava o autor, com evidente risco de vida, a internação no hospital e com a equipe médica que o acompanhava para a realização do transplante era inexorável. Não seria razoável exigir postura diversa do doente. Nesse sentido, correto o entendimento declinado na sentença de que "não é aceitável, na situação acima narrada, impor ao doente que permaneça esperando pacientemente o plano autorizar sua internação em hospital conveniado, enquanto sua saúde se debilita dia a dia".

Por outro lado, também se confirma o acerto da condenação no tocante ao pagamento de indenização a título de dano moral, pois é certo que a recusa de atendimento causou ao consumidor grande aflição e abalo psicológico.

O autor passou por momentos de grande angústia ao se deparar com a demora injustificável de autorização pelo plano de saúde, justamente quando mais necessitava de atendimento médico.

Assim, é certo que o consumidor sofreu com a frustração de ver se esvair as suas mais justas e legítimas expectativas de poder contar com a segurança dos serviços do plano de saúde que vinha pagando regularmente. Portanto, é claro que o fato repercutiu de forma grave na esfera psicológica do demandante.

Ressalte-se o risco a que foi exposto o paciente pela demora na realização do transplante hepático diante da espera de realização do protocolo interno do plano de saúde de avaliação para autorização do custeio do pedido médico.

Portanto, diante da postura inflexível e indiferente do plano de saúde, o autor precisou buscar uma solução judicial, percorrendo os corredores da Justiça para afastar a abusividade imposta pelo réu, tendo apenas conseguido realizar o procedimento por força da tutela de urgência deferida no presente feito, em sede de plantão judicial.

Confirmado o acerto da condenação, passa-se ao exame do quantum indenizatório, objeto de irresignação de ambas as partes.

O magistrado, na fixação do valor indenizatório, deve atentar aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando-se o locupletamento da parte adversa. Dessa forma, o *quantum* indenizatório deverá corresponder a um valor proporcional ao dano sofrido, bem como suas consequências, atentando-se ao seu caráter punitivo e pedagógico.

Diante de todo o exposto, verifica-se que o valor de R$ 7.000,00, arbitrado pelo juiz sentenciante para a indenização pelos danos morais, merece sofrer pequena majoração por não refletir o entendimento da Turma Julgadora em casos semelhantes. Assim, não merece prosperar a redução pretendida pelo 1º apelante, entretanto, o valor de R$ 30.000,00 perseguido pelo 2º apelante também se mostra acima do que é adequado ao caso em julgamento. No entendimento do Colegiado, e com base no artigo 944 do CC, melhor será a quantia de R$ 10.000,00, por ser esse o valor adequado à extensão dos transtornos sofridos pelo

consumidor e também se encontrar dentro dos parâmetros referidos no parágrafo antecedente.

No entanto, os demais pedidos de reforma apresentados pelo autor devem ser desprovidos.

No tocante à alegação de que teria ocorrido omissão na sentença por não ter sido "apreciado o requerimento formulado em sua Emenda à Inicial (f. 52/58), em seu tópico 3.3", no qual requereu que a parte ré fosse "INTIMADA a pagar o valor de R$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), em razão do descumprimento da decisão liminar de Antecipação de tutela de f. 34/3", tem-se que inexiste a nulidade vislumbrada pelo autor.

A sentença julgou procedente o pedido autoral e confirmou a tutela antecipada deferida nos autos. Portanto, fixada em definitivo o acerto da medida de urgência, deve-se perseguir o mencionado direito das *astreintes* em fase de execução, sendo inoportuna a manifestação pretendida pelo demandante em sede de sentença de mérito que encerra o processo de conhecimento.

Da mesma forma, rejeita-se o requerimento de majoração dos honorários de sucumbência. A verba honorária foi fixada no patamar de 15% sobre o valor da condenação, encontrando-se de acordo com a demanda em julgamento e em limite razoável.

Por isso, conheço ambos os recursos, NEGANDO PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DANDO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO, para reformar em parte a sentença, majorando o *quantum* indenizatório para R$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação moral, corrigidos monetariamente a partir do presente julgado e com juros legais a contar da citação. Diante da sucumbência recursal recíproca, deixo de aplicar o disposto no artigo 85, § 11, do CPC.

RIO DE JANEIRO, 03 DE FEVEREIRO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO
RELATOR

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. PARTICIPANTES DO SEXO FEMININO. BENEFÍCIO. PAGAMENTO A MENOR. DESCABIMENTO. CLÁUSULA INCONSTITUCIONAL.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PREVISÃO DE BENEFÍCIO INFERIOR PARA AS PARTICIPANTES DO SEXO FEMININO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO REJEITADA. RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL QUE ATINGE APENAS AS PRESTAÇÕES VENCIDAS HÁ MAIS DE CINCO ANOS ANTES DO AJUIZAMENTO DA APRESENTE AÇÃO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESNECESSÁRIA A INCLUSÃO DA PATROCINADORA NO POLO PASSIVO. TEMA Nº 936 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCONSTITUCIONALIDADE DA CLÁUSULA DE CONTRATO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR QUE PREVÊ BENEFÍCIO EM VALOR INFERIOR PARA AS PARTICIPANTES DO SEXO FEMININO, EM VIRTUDE DE SEU MENOR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TEMA Nº 452 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 0341120-93.2010.8.19.0001, em que é Apelante Fundação dos Economiários Federais – FUNCEF e Apelada T.B.S.

Acordam os Desembargadores da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de revisão de complementação de aposentadoria ajuizada por T.B.S. em face da Fundação dos Economiários Federais – FUNCEF, sustentando que diante da falta de previsão de

Regulamento Básico com relação a aposentadoria proporcional para mulheres, a Fundação Ré firmou um Instrumento Particular de Alteração, que estabeleceu tratamento diferenciado entre homens e mulheres, premiando os primeiros com mais 10% (dez por cento) nos vencimentos quando da aposentadoria proporcional, violando o princípio da isonomia.

Por tais razões, pede a condenação da ré "ao pagamento das diferenças resultantes da utilização de percentuais diferenciados entre trabalhadores do sexo masculino e feminino, para o caso de aposentadoria complementar proporcional".

A ré apresentou contestação (indexador 42) arguindo prejudicial de prescrição, tendo em vista que a requerente se aposentou por tempo de serviço em 17/12/2001. Pugnou, ainda, pelo chamado à lide da Caixa Econômica Federal, como patrocinadora dos planos previdenciários e pela possível obrigação de formar fonte de custeio, no caso de procedência do pedido.

Alega também que a autora é carecedora do direito de ação, pela falta do interesse de agir, tendo em vista que migrou para o plano REB e, quando desta migração, transacionou os direitos pleiteados na presente ação, não podendo mais discutir nada em juízo ou fora dele a respeito dos mesmos.

Foi proferida sentença (indexador 252) julgando procedente a pretensão autoral "para condenar a ré ao pagamento das - verbas oriundas das diferenças resultantes da utilização de critérios divergentes entre trabalhadores do sexo feminino e masculino, para suplementação da aposentadoria proporcional, dos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento, bem como o pagamento das aludidas em parcelas vencidas e vincendas no curso do feito, que deverão ser apuradas na forma do art. 475-B do CPC."

A parte ré recurso de apelação (indexador 258), reiterando os argumentos pela prescrição, uma vez que a autora se aposentou em 17/12/2001. Reiterou a necessidade de inclusão da Caixa Econômica Federal no polo passivo da presente ação, por se tratar de patrocinadora dos planos previdenciários administrados pela FUNCEF.

No mérito, sustenta que que a adoção de um percentual de benefício complementar inferior para as mulheres se justifica pelo fato de que elas contribuem cinco anos a menos que os homens, não havendo que se falar em afronta aos princípios da isonomia e da equidade.

Aduz que a utilização do mesmo percentual inicial para homens e mulheres, como pretende a autora, acarretaria um ônus não previsto para o plano de benefícios, o que resultaria em desequilíbrio atuarial, podendo ensejar uma intervenção do órgão fiscalizador, para apurar as possíveis causas desse desequilíbrio.

Contrarrazões pugnando pelo desprovimento do recurso (indexador 286).

Decisão desta relatora determinando a suspensão do processo, em virtude do reconhecimento da existência de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 639.138/RS (indexador 349).

Petição da apelada informando o julgamento do Recurso Extraordinário nº 639.138/RS (indexador 382).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cabe salientar que estão presentes os pressupostos de conhecimento e admissibilidade recursais.

Rejeita-se a prejudicial de prescrição, pois tratando-se de relação jurídica de trato sucessivo, a prescrição quinquenal não atinge o fundo de direito, mas apenas as prestações vencidas há mais de cinco anos antes do ajuizamento da apresente ação.

Nesse sentido posiciona-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. APOSENTADORIA. COMPLEMENTAÇÃO. REVISÃO DE VALOR. JUSTIÇA DO TRABALHO. COISA JULGADA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. No caso concreto, o Tribunal local consignou que houve o reconhecimento do pedido de complementação de aposentadoria da agravada na Justiça do Trabalho, com o trânsito em julgado da questão. 3. Na hipótese, a inversão do que foi decidido pelo Tribunal de origem demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado em recurso especial em virtude do óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. Nas ações em que se postula a complementação da aposentadoria ou a revisão desse benefício, o prazo prescricional quinquenal (Súmula nº 291/STJ) não incide sobre o fundo de direito, mas atinge tão somente as parcelas anteriores aos 5 (cinco) anos de propositura da ação. Precedentes. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp nº 1.493.520/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 20/09/2021, DJe 24/09/2021)
>
> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REVISIONAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. INSURGÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. 1. A Corte de origem dirimiu a matéria submetida à sua apreciação, manifestando-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide, de modo que, ausente qualquer omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido, não se verifica a ofensa ao artigo 1.022 do CPC/15. 2. Em se tratando de demanda buscando a revisão da renda mensal inicial do benefício de previdência privada, por se tratar de prestação de trato sucessivo, a prescrição não atinge o próprio fundo do direito, mas apenas as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que antecede o ajuizamento da ação. Precedentes. 3. Compete à Justiça Comum o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência com o propósito de obter ou rever complementação de aposentadoria. Tese firmada em Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 190). 4. Na linha dos precedentes do STJ, os argumentos apresentados em momento posterior à interposição do recurso especial não são passíveis de conhecimento por importar em inovação recursal, a qual é considerada indevida em virtude da preclusão consumativa. 5. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp nº 1.909.740/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 30/08/2021, DJe 02/09/2021)

Quanto à desnecessidade de inclusão da patrocinadora no polo passivo das ações de revisão de complementação de aposentadoria, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.370.191/RJ, fixou o Tema nº 936, nos seguintes termos:

> I - A patrocinadora não possui legitimidade passiva para litígios que envolvam participante/assistido e entidade fechada de previdência complementar, ligados estritamente ao plano previdenciário, como a concessão e a revisão de benefício ou o resgate da reserva de poupança, em virtude de sua personalidade jurídica autônoma.
>
> II - Não se incluem no âmbito da matéria afetada as causas originadas de eventual ato ilícito, contratual ou extracontratual, praticado pelo patrocinador.

No mérito, melhor sorte não assiste à apelante, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 639.138/RS, firmou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da cláusula de contrato de previdência complementar que prevê benefício de complementação em valor inferior para as participantes do sexo feminino, em virtude de seu menor tempo de contribuição.

Confira-se:

> Tema 452 – STF: "É inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República), cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição."

Diante do exposto, voto pelo conhecimento e desprovimento do recurso, majorando os honorários de sucumbência em 5% (cinco por cento), na forma do art. 85, § 11, do CPC.

RIO DE JANEIRO, 14 DE DEZEMBRO DE 2021.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE
RELATORA

PROPAGANDA ELEITORAL. LIVRE MANIFESTAÇÃO DE CRÍTICA. ATO ILÍCITO. AUSÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL.

EMENTA

Direito Constitucional. Livre manifestação de crítica. Propaganda Eleitoral. Apelação desprovida.

1. Pessoas públicas, dentre as quais, os políticos, são mais suscetíveis à crítica.

2. Não incorre em ilícito o candidato que repercute em sua campanha eleitoral reportagem que duvida da conduta de seu adversário.

3. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0393864-55.2016.8.19.0001, em que são Apelantes M.R.F. e outro e Apelados Partido da República PR e outros três,

Acordam os Desembargadores da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade de votos, em conhecer da apelação e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de condenação em obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais proposta pelos apelantes em face dos apelados.

Na inicial, informam os autores, o primeiro, então Deputado Estadual, e o segundo, conhecido advogado, que, dado o desaparecimento do pedreiro A. de S., a sociedade civil se organizou em torno da arrecadação de fundos para a compra de uma casa escolhida por sua família e para custeio do projeto denominado "Somos Todos Amarildo", coordenado pelo Instituto de Defensores de Direitos Humanos – DDH, que tem como objetivo traçar os perfis daqueles que desapareceram em decorrência de ações de agentes do Estado. Informam que, a partir de 25/10/2016, os réus divulgaram, em seu programa de propaganda eleitoral transmitido por diversas emissoras de televisão, informações falsas e caluniosas, insinuando que os autores teriam se apropriado indevidamente da maior parte dos recursos arrecadados, utilizando-os para outros fins. Alegam que, não obstante os diversos esclarecimentos prestados quanto à destinação dos recursos arrecadados, bem como o arquivamento do inquérito sobre o ocorrido, os réus não cessaram a transmissão das inverídicas informações veiculadas. Aduzem que o intuito dos réus era de difamar a imagem dos autores

e de ludibriar o eleitorado desta cidade, a fim de facilitar a candidatura do primeiro réu a Prefeito. Argumentam que a propaganda em questão feriu a sua reputação, sua imagem e sua dignidade.

Requerem a publicação da sentença condenatória nos mesmos sítios eletrônicos, emissoras de televisão e jornais de grande circulação em que foram publicadas as notícias vexatórias e a condenação dos réus a indenizar-lhes os danos morais.

A r. sentença de f. 406/409 julgou improcedentes os pedidos. Condenou os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Apelam os autores a f. 423/440. Alegam que a fundamentação da sentença se limitou ao primeiro autor. Afirmam que os recursos arrecadados na campanha não eram públicos. Sustentam que não organizaram o projeto e, portanto, não lhes cabe a prestação de contas sobre os recursos por ele arrecadados. Reiteram que a intenção dos réus era de lhes difamar. Requerem o provimento da apelação para julgarem-se procedentes os pedidos.

As contrarrazões do primeiro e do segundo réus a f. 449/470 e a f. 472/498, respectivamente, prestigiam o julgado. Os terceiro e quarto réus não apresentaram contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O recurso de apelação é tempestivo, adequado e foi devidamente preparado. Impõe-se seu conhecimento.

Não merece provimento.

Prevê a Constituição Federal em seu texto dois direitos absolutamente sagrados: o direito à honra, à privacidade e à imagem e o direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento.

São as regras constitucionais:

> "Art. 5º. (...).
>
> (...).
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> (...);
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> (...).
>
> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."

No equilíbrio dos dois direitos, atua o julgador. Preserva-se a liberdade de expressão que, no entanto, não pode descambar para a violação da honra, da intimidade, da vida privada e da imagem.

No caso vertente, impugnam os apelantes a propaganda eleitoral dos apelados que teria lhes imputado o desvio dos recursos arrecadados com a notória campanha denominada "Somos Todos Amarildo".

Transcrevem os apelantes na peça exordial o conteúdo da propaganda – f. 15:

> "Crivella – 10. Em julho de 2013, o pedreiro A. desapareceu nas mãos de policiais da UPP da Rocinha.
>
> A justiça concluiu que ele foi brutalmente assassinado.

O PSOL, partido radical do F., fez um show, onde arrecadou 359 mil reais para a viúva do A..

Mas 80% desse valor foi para ONGs ligadas ao maior doador das campanhas do PSOL, o J.T. .

Agora, surge mais uma pergunta: F., cadê a renda do dinheiro da família do A.? ”

Evidente que o melhor debate democrático é aquele que gira em torno das propostas políticas, sociais e econômicas dos candidatos e dos caminhos que a sociedade deve trilhar para alcançar os objetivos a que almeja e que a Constituição Federal lhe impõe. Contudo, é notório que nem sempre assim o é. No afã de angariar votos, diversos políticos focam a sua estratégia eleitoral em apontar ao grande público falhas e desvios que entendem haver nos demais candidatos e não necessariamente em suas próprias propostas. É o jogo político e, se não é o ideal, por si só não é ilícito.

No caso, quando da disputa eleitoral, optaram os apelados por se valerem do conteúdo de reportagens jornalísticas da época - f. 180/186 e f. 227/242 - que questionavam a destinação dos recursos da já citada campanha, cuja comoção atingiu grande parte da população desta cidade.

Não se questiona, aqui, se a notícia é ou não verdadeira, mas se é leviana e, nesse sentido, não nega o segundo apelante ter sido o maior doador da campanha eleitoral do primeiro apelante, figurando, à época, como secretário-geral do Instituto de Defensores de Direitos Humanos – DDH, esse a quem, como narra, foram destinados a maior parte dos recursos angariados com a citada campanha.

Tal correlação, assim, incutiu na sociedade e, principalmente, nos adversários políticos do primeiro apelante, a dúvida quanto à destinação dos referidos recursos. Não há, portanto, qualquer ilícito na notícia veiculada, tampouco em sua repercussão. O revés importaria em inegável cerceamento à liberdade de crítica.

Ademais, a sociedade há muito tem direcionado os holofotes às condutas não só dos candidatos a cargos políticos, mas também aos seus doadores de campanhas, com o intuito de investigar possíveis coligações ilícitas e objetivos obscuros. Tal conduta é, além de esperada, saudável à democracia.

Desse modo, tanto o primeiro apelante, atualmente Deputado Federal e candidato a Governador, como o segundo apelante, seu principal doador de campanha, se sujeitam à vigilância de seus atos pela imprensa bem como à crítica de suas condutas. Não há também, por esse viés, qualquer ilicitude.

Não se constata a intenção dos apelados de ofender a honra dos apelantes, mas sim de valerem-se de fundada dúvida quando do debate eleitoral. Não se constata a presença de *animus injuriandi*.

Em síntese: a despeito de o debate eleitoral dever se centrar em propostas para a consecução dos objetivos da sociedade brasileira e previstos no art. 3º. CF, a introdução de outros temas, calcados em indagações realizadas pela imprensa e por parte dessa mesma sociedade, ausente ainda o *animus injuriandi*, não se constitui ato ilícito a ensejar compensação por danos morais.

O apelo, em conclusão, não prospera.

Por tais fundamentos, conhece-se da apelação e nega-se-lhe provimento. Condenam-se os apelantes ao pagamento de honorários advocatícios recursais no montante de 10% do valor dos honorários advocatícios já fixados na r. sentença.

RIO DE JANEIRO, 23 DE NOVEMBRO DE 2021.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO
RELATOR

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 8.753 DE 2017 DE CAMPOS DOS GOYTACAZES. PROGRAMA DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO PELO EXECUTIVO. RENDA FUNDAMENTAL À SOBREVIVÊNCIA. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

EMENTA

Representação por inconstitucionalidade.

Lei nº 7.956, de 14 de novembro de 2007, do Município de Campos dos Goytacazes, cujo art. 3º, § 2º fora alterado pela Lei nº 8.753/17, ao possibilitar ao Executivo a suspensão, mediante decreto, da execução do programa municipal de transferência de renda, sempre que necessário, para fins de recadastramento ou em razão de grave crise financeira, assim como a modificar o valor do benefício assistencial.

Delegação de competência vedada pelos artigos 68, § 1º da Constituição da República e 117, § 1º da Carta Estadual, por isso que o artigo 7º, inciso V, da Lei Orgânica revista e consolidada do Município de Campos dos Goytacazes, expressamente inscreve na competência da Câmara Municipal a de legislar sobre "a concessão de auxílio, subvenções e contribuições em geral" (art. 7º, V), em que se inclui, necessariamente, a de suspendê-los e, mais ainda, a de "alterar, para mais ou para menos, os valores" da subvenção.

Ademais, ao atribuir ao Executivo local a faculdade de, mediante decreto, suspender os benefícios do programa de assistência social ou alterar os valores do auxílio financeiro previsto em lei, a norma inquinada permite uma interferência imediata do Poder Executivo e a submissão dos respectivos beneficiários ao alvitre do gestor municipal, que pode privá-los, repentinamente, da renda fundamental à sobrevivência, autêntico direito fundamental, perfeitamente recortável como direito subjetivo individual, em ordem a enfrentar também o disposto no inciso II, do mesmo artigo 68 da Carta Fundamental.

Tese da deslegalização sequer debatível na espécie.

Representação de inconstitucionalidade procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Representação de Inconstitucionalidade nº 0043709-85.2020.8.19.0000, em que é Representante o Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Representados Exmo. Sr. Prefeito do Município de Campos dos Goytacazes e Exmo. Sr. Presidente da Câmara Municipal de Campos dos Goytacazes,

Acordam os Desembargadores que integram o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em julgar procedente a Representação de Inconstitucionalidade e, em consequência, declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, § 2º da Lei Municipal nº 7.956/07, alterado pela Lei nº 8.753/17, com eficácia *ex tunc*.

E assim decidem, adotada como relatório a parte expositiva do parecer ministerial dos índices 156/160, na conformidade do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

1. Pretende o autor, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, ver declarada a inconstitucionalidade, por vício formal e material, do art. 3º, § 2º da Lei Municipal nº 7.956, de 14 de novembro de 2007, promulgada pelo Prefeito da Cidade de Campos dos Goytacazes, com alteração introduzida pela Lei nº 8.753, de 07 de junho de 2017, assim dispondo:

"LEI Nº 7.956, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2007.

CRIA O PROGRAMA MUNICIPAL DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

A CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPO DOS GOYTACAZES DECRETA E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:

[...]

Art. 3º – [...]

[...]

§ 2º O Poder Executivo poderá, por decreto, suspender a execução do programa, sempre que necessário para fins de recadastramento ou em razão de grave crise financeira, comprovada por ato motivado, bem como alterar para mais ou para menos os valores previstos no *caput* deste artigo, desde que haja, em caso de aumento, disponibilidade orçamentária para esse fim. (Redação dada pela Lei nº 8.753/2017)

[...]

PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPOS DOS GOYTACAZES, 14 de novembro de 2007.

ALEXANDRE MARCOS MOCAIBER CARDOSO

Prefeito"

1.1 Sustenta o Representante, em substância, que a Lei objurgada conflita com os preceitos e normas inscritos nos arts. 7º, 9º (c/c art. 5º, II da Constituição da República), 39, 145, IV e VI, 305, *caput* e 345, *caput*, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e nos arts. 2º, 5º, II, 6º, 29, *caput*, 84, IV e VI e 203, I e II, todos da Constituição da República, ao argumento de violação dos princípios da reserva legal, da separação de poderes e do direito à assistência social.

Aduz competir à lei, jamais a decreto, indicar condições de aquisição ou restrição de direitos e imposição de deveres. Ademais, o decreto previsto no diploma impugnado ostenta caráter autônomo, autorizado apenas nas hipóteses do art. 145, VI da Constituição Estadual -- organização e funcionamento da administração estadual, que não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos ou extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos --, o que não é o caso dos autos, vedado que é ao Poder Executivo desempenhar atividades tipicamente legislativas.

Além disso, a redação atual do dispositivo atacado possui o condão de tornar os beneficiários do Programa de Transferência de Renda, verdadeiros reféns de eventuais avanços autoritários do gestor municipal, que pode despojá-los, abruptamente, da renda fundamental para a sua sobrevivência, em ordem a violar o art. 39 da Constituição do Estado.

1.2 Em informações, o Prefeito do Município de Campos dos Goytacazes alega que o dispositivo impugnado se lastreia na deslegalização, conceito introduzido pela doutrina brasileira e defendido pelo STF, que consiste numa revisão dos princípios da legalidade e da Separação de Poderes, em ordem a descongestionar os órgãos legislativos e proporcionar uma flexibilização à atuação legiferante, com alteração de conteúdo normativo, sem necessidade de sujeição ao demorado processo legislativo ordinário. Requer, ao final, a improcedência desta Representação, à míngua de violação qualquer dos arts. 7º, 9º (c/c art. 5º, II da Constituição da República), 39, 145, IV e VI, 305, *caput* e 345, *caput*, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

1.3 A Câmara Municipal, por sua vez, repisa os mesmos argumentos expendidos pelo Prefeito, "na medida em que no caso em questão tem-se evidenciada a hipótese do fenômeno da deslegalização, que significa a possibilidade de retirada pelo próprio legislador de certas matérias do domínio da lei ao domínio do regulamento, cuja validade encontra-se amparada pela farta jurisprudência pretoriana e clássica doutrina".

1.4 Há manifestações da Procuradoria Geral do Município e da Câmara Municipal de Campos

dos Goytacazes, que repetem os mesmos argumentos expostos nas informações prestadas pelos representados, fortes na ausência de inconstitucionalidade qualquer no dispositivo impugnado, razão pela qual requerem a improcedência da representação.

1.5 Manifestação da Procuradoria Geral do Estado para que fosse a Câmara de Vereadores do Município de Campos intimada a informar a autoria do projeto de lei que originara a Lei Municipal nº 8.753/17, que dera a nova redação ao § 2º do art. 3º da Lei 7.956/07, o que fora devidamente atendido com a juntada da cópia integral do processo legislativo que originara a Lei nº 8.753/17.

1.6 Redistribuição dos autos por prevenção em virtude da aposentadoria do Des. JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR.

1.7 Nova manifestação da Procuradoria Geral do Estado, a oficiar pela improcedência da representação, com a declaração de constitucionalidade do art. 3º, § 2º da Lei Municipal nº 7.956/07, na redação da Lei nº 8.753/17, ao fundamento de que a norma hostilizada detém autêntica delegação legislativa, com parâmetros claros e suficientes ao exercício da atividade regulamentar pelo Poder Executivo, olhos postos na celeridade e no dinamismo relacionados à matéria disciplinada.

1.8 O parecer da douta Procuradoria de Justiça recomenda a procedência da representação, declarada a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, com eficácia *ex tunc* e efeitos *erga omnes*.

1.9 É o relatório.

VOTO

2. Como relatado, pretende o autor ver declarada a inconstitucionalidade do art. 3º, § 2º da Lei Municipal nº 7.956, de 14 de novembro de 2007, do Município de Campos dos Goytacazes, na redação da Lei Municipal nº 8.753, de 07 de junho de 2017, maculada por vícios material e formal, ao delegar ao executivo municipal a competência para legislar por decreto sobre a suspensão, sempre que necessário, da execução do programa municipal de transferência de renda, para fins de recadastramento ou em razão de grave crise financeira, e, mesmo, aumentar ou reduzir o valor do benefício assistencial.

Os argumentos expostos pelos Representados, em consonância com os da Procuradoria do Estado, se pautam na deslegalização, também denominada de delegificação, tese pensada ao escopo de desobstrução dos órgãos legislativos de modo a proporcionar uma flexibilização da atuação legiferante, consistente na retirada, pelo próprio legislador, de determinadas matérias do domínio da lei, passadas ao domínio do regulamento, sem necessidade de observância dos trâmites inerentes ao processo legislativo ordinário, circunstância que não implica renúncia à função normativa, mas em verdadeira parceria entre os Poderes Legislativo e Executivo, indene de violação qualquer ao princípio da Separação de Poderes.

3. Bem, anoto que o Programa de Transferência de Renda implementado pela Lei Municipal nº 7.956/07 consiste num plano de assistência social destinado ao desenvolvimento da cidadania e à inclusão social das famílias em situação de vulnerabilidade social, desde que cadastradas e preencham os requisitos legais, em ordem a habilitarem-se ao recebimento mensal da monta de R$ 200,00, por meio de cartão magnético.

4. Como já mencionado, a norma hostilizada permite ao Poder Executivo local suspender, unilateralmente e através de decreto, a realização do programa, sempre que necessário, para fins de recadastramento ou em razão de grave crise financeira, assim como a modificar o valor do benefício assistencial.

Ei-la:

> "LEI Nº 7.956, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2007.
>
> CRIA O PROGRAMA MUNICIPAL DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.
>
> A CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPOS DOS GOYTACAZES DECRETA E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:
>
> [...]
>
> Art. 3º – [...]
>
> [...]
>
> § 2º O Poder Executivo poderá, por decreto, suspender a execução do programa, sempre que necessário para fins de recadastramento ou em razão de grave crise financeira, comprovada por ato motivado, bem como alterar para mais ou para menos os valores previstos no *caput* deste artigo, desde que haja, em caso de aumento, disponibilidade orçamentária para esse fim. (Redação dada pela Lei nº 8.753/2017)
>
> [...]
>
> PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPOS DOS GOYTACAZES, 14 de novembro de 2007.
>
> ALEXANDRE MARCOS MOCAIBER CARDOSO
>
> Prefeito"

5. Urge considerar, por primeiro, que o referido diploma impugnado viola o princípio da reserva legal, porquanto demanda votação pela respectiva Câmara Municipal, expressamente inscrita na competência da Câmara Municipal a de legislar sobre "a concessão de auxílio, subvenções e contribuições em geral" (art. 7º, V)[1] , em que se inclui, necessariamente, a de suspendê-los e, mais ainda, a de "alterar para mais ou para menos os valores", em ordem a violar a proibição imposta pelos artigos 68, § 1º, da Constituição Federal (art. 68, § 1º)[2] , 117, § 1º, da Estadual.

6. Em boa verdade, ao atribuir ao Executivo local a faculdade de, mediante decreto, suspender os benefícios do programa de assistência social ou alterar os valores do auxílio financeiro previsto em lei, a norma inquinada permite uma interferência imediata do Poder Executivo nas atividades tipicamente legislativas, de modo a submeter os beneficiários do programa ao alvitre do gestor municipal, sem o controle do sistema de freios e contrapesos, e que pode privá-los, repentinamente, da renda fundamental à própria sobrevivência, e se pôr em testilhas também com o inciso II, do mencionado artigo 68, § 1.º, da Carta da República.

7. Dessa forma, inaplicável à espécie a tese de deslegalização suscitada pelos representados, apoiada, ademais, pela Procuradoria do Estado e defendida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, e que o relator se reserva ao debate sobre a respectiva constitucionalidade quando se fizer necessário, por isso que irrenunciável – e indelegável -- a competência legislativa do parlamento municipal para dispor sobre tema que diz respeito a direito social de marcada fundamentalidade – por vinculada ao valor axiomático da dignidade da pessoa humana --, tal como defendido, aliás, pela manifestação ministerial, que ora se transcreve:

> "(...) Por variadas razões não se cuida de deslegalização constitucionalmente válida. Em primeiro lugar, a deslegalização só poderá ter lugar frente a matérias que não se encontrem,

1 Art. 7º Cabe à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, exceto quando se trate de leis orgânicas:
V - autorizar a concessão de auxílio, subvenções e contribuições em geral;

2 § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, (...).

constitucionalmente, sob a incidência do princípio da estrita reserva legal, a exemplo do que ocorre com a alteração ou extinção de prestações que materializam direito fundamental à assistência social. Em segundo lugar, a deslegalização proposta não se fundamenta em critérios de ordem técnica, como costumeiramente se verifica em hipóteses nas quais determinada temática é retirada do domínio da lei, passando ao domínio regulamentar. Desse modo, não haveria qualquer particularidade atinente à matéria a ser regulamentada que viesse a justificar seu deslocamento para a esfera decisória do Poder Executivo. Em terceiro lugar, a deslegalização não pode acarretar que o decreto a ser editado venha a dispor sobre elementos essenciais à regulamentação, ao ponto de suspender a eficácia do programa assistencial criado por lei. Ao estipular por lei a criação de determinado benefício e permitir, todavia, sua extinção ou alteração por intermédio regulamentar, o legislador deixa de observar a necessária simetria de formas, conferindo idêntica força normativa a figuras primárias (lei) e secundárias (regulamento)".

Dessa forma, a lei impugnada viola também o inciso II, do § 1º., do artigo 68 da CR, *verbis*:

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

7.1 E nem se pretenda que os direitos sociais não se inscrevam entre os direitos individuais apenas por não se situarem em um dos incisos do artigo 5º. da Constituição da República, tal como o esclarece, aliás, o próprio § 2º. do mencionado artigo:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em trabalho[3] que dei à publicação por mais de uma vez, anotei:

"É no mínimo curioso que o direito à alimentação, de exuberante fundamentalidade, só vá ser reconhecido por força do denominado mínimo existencial de que a pessoa humana revestida da dignidade que tal condição lhe transmite, é destinatária, quando desde logo poderia ter sido reconhecido como uma espécie de garantia do próprio direito à vida, e vida digna –, quando não se o reconhecesse como direito fundamental expressamente inscrito nos artigos 63°, 3, da Constituição da República portuguesa, e 6°, 208 e 227 da CR brasileira...

Jorge Reis Novais[4], com a agudeza de sempre explica o fenômeno a partir da intencional omissão da Constituição de Bonn a propósito dos direitos sociais e da doutrina e da jurisprudência a respeito do mínimo existencial e do direito à liberdade que então se formou, que acabaram por deslocar o foco da jusfundamentalidade do direito a alimentos, decorrentes de sua singela e expressa inscrição nas Constituições do Brasil e de Portugal, para o

3 O artigo, em verdade, um dos quatro relatórios apresentados nos idos de 2013, (setembro) para admissão ao Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, foi antes publicado em Direito à Alimentação e Segurança Alimentar, Juruá Editora, Brasil/Europa (Vila Nova de Gaia, Porto), 2017, p. 273/312, disciplina orientada pela Professora-Doutora Maria João Estorninho.

4 4 Novais, Jorge Reis, Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, Coimbra editora, 1ª. Ed., março 2010, p. 65 a 86.

da dignidade da pessoa humana, zona nebulosa e indeterminada do mínimo necessário à vida digna humana, sempre contingenciado pela denominada reserva do possível que, em nossa opinião, mais tem a ver com o grau ou intensidade da prestação devida, do que com sua jusfundamentalidade.

Assim, indevidamente subordinado a uma reserva do possível, o direito à alimentação não pode, contudo, sujeitar-se ao juízo de conveniência e oportunidade do legislador ordinário, mas desfruta de prioridade absoluta dos gastos e despesas públicos que não pode contemplar a construção de estradas e rodovias pelas quais ninguém passa, se a pessoa, protagonista absoluto da vida e destinatário das maiores e melhores preocupações do ordenamento jurídico, não tem como prover a própria subsistência.

Quem tem fome, não pode esperar!

Se, entretanto, priorizam-se investimentos em outras áreas, em detrimento de direito de tão evidente fundamentalidade, há algo de manifestamente errado em todo o sistema e que necessita de ser urgentemente revisto".[5]

7.2 Ou ainda porque não integraria o patrimônio subjetivo individual, mas de todos.

Transcrevo parte dos estudos que fiz a propósito dos direitos, liberdades e garantias constitucionais:

"No dizer do professor Jorge Miranda, os direitos "... representam, só por si, certos bens...", que se integram ao patrimônio jurídico da pessoa, enquanto as garantias, em linha de princípio, "... destinam-se a assegurar a fruição desses bens". Os direitos, portanto, seriam "... principais e, as garantias, acessórias, muitas delas adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo) ...", ou de aplicação direta. Os direitos, ensina o eminente professor de Lisboa, "... permitem a realização das pessoas, inserem-se direta e imediatamente por isso nas respectivas esferas jurídicas, as garantias, só nela se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na aceção jusracionalista inicial, direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se".[6]

"As liberdades – prossegue o renomado constitucionalista português, com apoio na lição de Pierfrancesco Grossi – são formas de manifestação da pessoa; as garantias pressupõem modos de estruturação do Estado. As liberdades envolvem sempre a escolha entre o *facere* e o *non facere*, ou entre o agir e o não agir, em relação aos correspondentes bens, têm sempre uma dupla face – positiva e negativa; as garantias têm sempre um conteúdo positivo, de atuação do Estado ou das próprias pessoas. As liberdades valem por si; as garantias têm valor instrumental e derivado."[7]

As garantias, em linha de princípio, teriam uma função muito mais instrumental e se poderia reconhecê-las como assecuratórias do exercício de certos e determinados direitos exatamente por essa instrumentalidade. Entretanto, vejam-se, por exemplo, os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, cânones constitucionais que se destinam a garantir o direito-direito à liberdade física e o próprio *status dignitatis* da pessoa, pública e duramente atingido pela privação de sua liberdade; a irretroatividade da lei, a intangibilidade do ato jurídico perfeito e acabado e a garantia da coisa julgada, que se exibem, à primeira vista, meramente instrumentais do direito-direito à segurança jurídica que necessariamente há de presidir a vida de relação.

5 Tivemos a oportunidade de discorrer, em Judicialização da Saúde, *Lumen*, Juris, Rio de Janeiro, 2010 sobre o direito social à saúde e respectiva exigência em juízo.

6 Manual, já citado, p. 95.

7 *Idem, ibidem*, p. 95-96.

Na verdade, esses direitos-direito, enquanto despidos das garantias do respetivo exercício, se constituiriam em simples enunciados normativos desprovidos de qualquer efeito prático ou material, daí porque não se pode dizê-las – as garantias – apenas "estabelecidas" diante da eficácia constitutiva do próprio direito-direito de que são eventualmente providas.

O que seria, por exemplo, do direito à liberdade física, não fossem as garantias da presunção de inocência, do devido processo legal, da instrução contraditória, do *habeas corpus* e da ampla defesa? E da segurança jurídica, sem os institutos-garantia da irretroatividade das leis, da intangibilidade do ato jurídico perfeito e acabado, e da coisa julgada?

Nesse viés, bem se legitima a asserção de que certas garantias são, na verdade, parte constitutiva e indissociável do próprio direito-direito, e que, por isso, se constituiriam numa espécie de direito-garantia, ainda quando "estabelecidas" pelo ordenamento jurídico, mas com a intangibilidade decorrente da dignidade do respetivo assento constitucional. Mesmo o ilustre Professor Jorge Miranda não passa ao largo dessa perspectiva: há certas garantias constantes da Constituição que não são direitos; mas muitas - outras há que se constituem, em bom rigor, em elementos da definição constitucional do próprio direito, e que não podem ser suspensas nem pelo estado de sítio ou pelo de emergência, como a do direito de defesa dos arguidos.[8]

Tudo se passa – nas palavras do mestre lusitano – "como se houvesse o desdobramento de certo direito num elemento ou momento primário – o direito propriamente dito – e num elemento ou momento secundário – a garantia".[9]

No Brasil, a distinção não passou despercebida. Rui Barbosa, desde logo, acentuava que "uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos de que essas garantias traduzem em parte a condição de segurança política ou individual", concluindo por definir as garantias constitucionais como "solenidades tutelares de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder".

Veja-se, do texto da Constituição comentada por Rui Barbosa, o seguinte excerto:

"Verdade é que também não se encontrará na Constituição parte ou cláusula especial que nos esclareça quanto ao alcance da locução 'garantias - constitucionais', mas a aceção é óbvia desde que separemos no texto da lei fundamental as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que em defesa dos direitos limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias, ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional ou legal a fixação da garantia com a declaração do direito. Essa discriminação produz-se naturalmente de um modo material pela simples enunciação de cada cláusula do título II da Constituição da República."[10]

Considere-se novamente o direito à segurança jurídica, princípio puro, sequer constituído por um enunciado normativo-constitucional específico, mas construído a partir das garantias que se destinam a assegurá-lo, circunstância que bem demonstra a eficácia constitutiva de certas garantias, como também, e a partir da respetiva dimensão objetiva, sua natureza principiológica e institucional, com inegável força normativa que se espraia por toda a ordem jurídica.

8 Manual..., ob. cit. Tomo IV, p. 97-98, citando, em nota de rodapé, Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

9 Idem, ibidem, p. 97.

10 Apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 529/530.

Fique assentada, portanto, a conclusão no sentido de que muitas das garantias constitucionais não se afiguram meramente instrumentais, mas portam verdadeira eficácia constitutiva do próprio direito cujo exercício intentam assegurar, autorizando a designação que nesta investigação se lhes dá de direitos-garantia, que, a partir da respetiva dimensão objetiva, se caracterizam como princípios cuja eficácia jurídica se projeta para além da simplesmente interpretativa, negativa e impeditiva de retrocesso em face de um ato do poder público, ainda quando o respetivo e identificado efeito pretendido envolva não só abstenções, mas também ações estatais.

Convém enfatizar, ainda, antes do desenvolvimento dessa conclusão, a distinção acentuada pelo eminente professor Paulo Bonavides, qual a de que as garantias tanto podem ser da própria Constituição como dos direitos subjetivos dela constantes, ressaltando que na primeira aceção estão as garantias engendradas para manter ou assegurar a permanência da ordem "contra fatores desestabilizantes", entre as quais se situam os estados de emergência e o de sítio, destinados à manutenção das bases do regime e de suas instituições em situações de crise constitucional.[11] Já no que respeita às garantias dos direitos subjetivos, estar-se-ia a tratar de uma proteção direta e imediata dos direitos fundamentais na via jurisdicional – não judicial, em Portugal – através de instrumentos processuais de índole constitucional, de tal modo que, nesta perspectiva, a garantia constitucional é entendida não apenas como uma garantia prática do direito subjetivo, mas também como instrumento ou remédio jurisdicional que acaba por conferir eficácia, segurança e proteção ao direito violado. Assim, no Brasil como em Portugal – onde tem sede infraconstitucional, embora –, o *habeas corpus*, destinado a garantir a liberdade de ir, vir e ficar ou, ainda, no Brasil, o mandado de segurança, dedicado a assegurar o cidadão contra a lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo; o mandado de injunção, o *habeas data*, e no Direito espanhol, o recurso de amparo – de feição recursal ou indireta, embora, como está a indicar o próprio nome – que ensejam acesso à jurisdição constitucional. (...)

"É verdade que tanto no Brasil quanto em Portugal sempre se procurou separar com certa nitidez os limites entre os direitos fundamentais e as garantias institucionais, mas parece que não se pode deixar de encontrar, a partir de uma dimensão objetiva daqueles – os direitos e liberdades –, autênticos institutos que acabam por se estender a todos em ordem a constituírem-se no componente institucional dos direitos fundamentais, que Häberle tão bem acentuou, como o direito a não discriminação ou *à equal protection of law* –, passíveis sim, de se verem recortados subjetivamente em atenção a uma certa e determinada situação de fato, mas verdadeiros institutos incorporados objetivamente ao patrimônio jurídico não de um ou de outro, mas de todos.

(...)

"Bem, não se pode deixar de considerar, também, aquelas garantias sem as quais os direitos-direito não passariam de enunciados normativos incompletos e ineficazes, ao se exibirem separados de seu segundo momento

11 Também a reforma da Constituição, no dizer do ilustre Professor Cearense (p. 531), é, na verdade, um mecanismo poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito, sobretudo quando se considere que essa reforma está sempre balizada pelas cláusulas - pétreas que impedem a reforma dos pilares sobre que se constitui o Estado Democrático de Direito brasileiro. O mesmo se pode dizer a respeito da Constituição portuguesa, na medida em que também os estados de sítio e o de emergência são remédios excepcionais que em situações de crise e instabilidade se destinam a assegurar a base do regime e o sistema das instituições.

constitutivo,[12] como sucede na já mencionada relação que se estabelece, por exemplo, entre a segurança jurídica, a irretroatividade das leis e o caso julgado. Bem se poderia objetar estar-se, nessa hipótese, diante de uma garantia constitucional, é certo, mas de uma garantia que, para além de constitutiva do próprio direito que intenta assegurar, diz respeito a um autêntico instituto, assim entendido o direito à segurança jurídica em sua mais pura dimensão objetiva, desvinculado de qualquer subjetividade e circunstâncias[13] – sem prejuízo, é claro, de seu recorte em face de determinado trecho da realidade e respetiva subjetivação, como se verá adiante..."

(...)

"Pois bem, quando se consideram os argumentos contra e a favor da constitucionalização dos direitos sociais, prossegue Alexy, constata-se que há muitos deles de peso considerável, não negligenciáveis, o que, desde logo, gera uma conclusão aparentemente paradoxal, qual a de que os direitos constitucionais, nomeadamente os de índole social, são daqueles que, exatamente pela controvérsia que geram, não podem ficar de fora do texto constitucional, ao sabor dos desacordos episódicos das maiorias parlamentares simples, sempre eventuais e transitórias.

Daí a proposta, do mestre alemão, de um modelo de direitos constitucionais sociais que se fundamente na ponderação ou *balancing* entre, de um lado e sobretudo, o princípio da liberdade real, de fato, e, de outro, os princípios formais da competência e separação de poderes, além dos substantivos relativos aos direitos do outro – mesmo os coletivos, como o direito ao meio-ambiente antes mencionado,[14] sem prejuízo da resposta genérica que desde logo oferece:

"One has to consider an entitling position guaranteed, if (1) the principle of the factual freedom requires it very strongly, and (2) the principles of the separation of power and democracy (including the budgetary competence of parliament), as well (3) competing substantive principles(in particular those relating to the legal liberty of others) are relatively slightly affected by the constitutional guarantee of the entitling position and the decisions of the constitutional courts which take account of it. These conditions are satisfied at any rate, by minimal constitutional rights, such as the right to an existential minimum, to basic accommodation, to school education, to training for a job, and to a basic level of healthcare."

Assim, aqueles que não consideram os direitos sociais como direitos fundamentais, mesmo depois de assentados no texto da lei constitucional, talvez não considerem a Constituição como norma jurídica, e norma jurídica axiomática de todo o ordenamento jurídico, com força normativa vinculativa e conformadora dos poderes públicos – no mínimo, e no particular dos direitos fundamentais – e, bem assim, dos particulares, a partir de uma eficácia vinculativa bilateral da norma constitucional.[15]

12 Jorge Miranda, Manual..., tomo IV, p. 97.

13 *Right-holder, addressee and object*, na dicção de ALEXY, Robert. *A Theory of Constitucional Rights*. Oxford University Press, tradução para o ingles de Julian Rivers, 2002, p. 353.

14 Em outras palavras: as objeções ao direito à inclusão ou *à equal concern and respect* a ser materialmente assegurado aos despossuídos, se armam, a bem da verdade, nas mesmas estratégias de contenção do poder, já não agora do monarca, mas dos verdadeiros detentores do poder, o povo, que tanto serviram à burguesia na manutenção do *establishment* a duras penas – reconheça-se-o – conquistado, e do qual, mesmo agora, não se pretende abrir mão.

15 A vinculação dos particulares aos direitos sociais, também ela, não é negada pela doutrina (v.g., CANOTILHO. Direito Constitucional... *Ob. cit.*, p. 483), submetendo, assim, o comércio jurídico em torno da saúde, e, mais que isso, a própria interpretação dos contratos – e, por consequência, a própria autonomia privada – aos direitos fundamentais sociais, como se verá adiante.

> Talvez se apeguem ainda à leitura liberal de um estado de direito puramente formal, já sucedido de há muito por um Estado material de Direito que se funda na concreção do princípio democrático a partir de uma ordem jurídica legítima, isto é, uma ordem jurídica legitimada pela efetiva satisfação das necessidades dos "reais detentores do poder político", em ordem a evitar que "a legalidade seja utilizada como mecanismo de escamoteamento do conteúdo da noção de Estado de Direito Material".[16]
>
> Talvez não considerem que os direitos sociais, já pelo assento constitucional que têm – e que não poderiam deixar de ter, sob pena de permitir que as maiorias eventuais pura e simplesmente os desconsiderassem, malgrado o princípio estruturante da dignidade da pessoa que lhes dá fundamento – não são inferiores a qualquer outra norma de mesmo assento, tanto mais quanto, ao vincular a conformação da estrutura do Estado no sentido da respetiva efetivação, desnudam, nitidamente, a fundamentalidade conformadora de que são providos.[17]".

8. Tudo isso, contudo, não dispensaria considerações a respeito da tese da "deslegalização", de duvidosa constitucionalidade, que me reservo debater quando eventualmente "aplicável" à espécie então em exame.

8.1 Cumpre acentuar que a Lei nº 7.956, de 2007 não continha, ordinariamente, parágrafos em seu artigo 3º, sobrevindos com as Lei nº 8.729/2011 e nº 8.491/2013 e, finalmente, alterados pela Lei nº 8.753/2.017 que deu a redação impugnada.

É, portanto, de 2017, 10 anos depois da edição originária, e, ademais, uma colcha de retalhos tantas vezes alterada ao longo do tempo...

Hoje tem o nome de Cartão Cooperação, e como objetivos o desenvolvimento da cidadania e a inclusão social da família em situação de vulnerabilidade nutricional por meio de transferência financeira para a garantia mínima de segurança alimentar e nutricional dos munícipes (Artigo 2º, na redação da Lei nº 8.753/2017).

8.2 Anoto que, segundo a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Humano e Social do Município, o Governo do Estado, também ele, auxilia os munícipes mais desvalidos de Campos, através do Programa Supera RJ, e noticiou a chegada de mais 2.398 cartões desse Programa, de modo a totalizar 3.798 cartões disponíveis, conforme acesso ao respectivo Portal no dia 12/02/2022.

8.3 Também não se pode deixar de anotar que a REpINco, distribuída em 03/07/2020, foi a mim redistribuída em 20/04/2021, mais de 09 meses depois, e a PGE não havia ainda se manifestado, só vindo a fazê-lo em 07/05/2021, porque este relator determinara fosse certificado o decurso de seu prazo para tanto.

E não só a PGE, mas também a de Justiça, em 28/06 e a PG do Município, em 12/08, mais de um ano depois da distribuição...

Novamente ouvidas as PGE e PGJ sobre o acrescido, o último pronunciamento do MP veio aos autos em 01/10/2021, mesmo dia em que apresentei relatório e pedi dia para julgamento.

De todo modo, entrou em pauta virtual para o dia 24/01/2022, nada menos do que CENTO E QUINZE DIAS DEPOIS do pedido de dia, foi adiado para 14/02/2022 por conta do intento da PGJ de sustentação oral e novamente para hoje, por conta de falha nos sistemas deste TJRJ, que inviabilizou seu julgamento.

8.4 Em julho próximo completaria dois anos de tramitação, mas a demora, provocada pelos que intervêm na ação, não pode gerar modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade que,

16 MASTRODI, Josué, Direitos Sociais Fundamentais, Editora *Lumen* Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 84.

17 *Idem*, *ibidem*, p. 89.

aliás, tem aplicação extraordinária e está condicionada a razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, segundo dispõe o artigo 27 da Lei nº 9.868/99, e que, no caso, só recomendaria a eficácia ordinária, isto é, *ex tunc*, pois quem tem fome não pode esperar, muito menos sujeitar aos bons humores do Alcaide, o direito à alimentação, de tão exuberante fundamentalidade.

9. Pelo exposto, acolhe-se a presente Representação por Inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, § 2º da Lei Municipal nº 7.956/07, alterado pela Lei nº 8.753/17, com eficácia *ex tunc*.

Preclusas as vias impugnativas, dê-se baixa, arquivando-se em seguida os autos, independentemente de nova conclusão ao relator.

Intimem-se e, pessoalmente, o Ministério Público.

RIO DE JANEIRO, 07 DE MARÇO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. MAURÍCIO CALDAS LOPES
RELATOR

VOTO VENCIDO

Ouso dissentir da douta maioria pelas razões a seguir expostas.

Cuida-se de Representação de Inconstitucionalidade contra o § 2º, do artigo 3º, da Lei nº 7.956/2007, do Município de Campos dos Goytacazes, com a redação conferida pela Lei nº 8.753/2017, o qual permite que o Poder Executivo, por decreto, suspenda o programa municipal de transferência de renda, denominado "Cartão Cooperação", instituído por aquela Lei, nas hipóteses ali previstas.

Sustenta o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ora Representante, a inconstitucionalidade da lei, em razão de: (i) violação da reserva legal da matéria (artigo 5º, inciso II da CRFB, e artigos 9º, 145, inciso IV e 345, *caput*, todos da CERJ), considerando que a restrição a direitos fundamentais é matéria de lei e não decreto; (ii) violação ao princípio da separação de poderes (artigo 7º da CERJ), tendo em vista que o dispositivo consubstancia ingerência do Poder Executivo em atividades tipicamente legislativas; e (iii) violação ao direito à assistência social (artigos 39 e 305 da CERJ)

Manifestação da Procuradoria Geral do Estado, a qual oficia pela improcedência da representação, com a declaração de constitucionalidade do art. 3º, 2º da Lei Municipal nº 7.956/07, com a redação conferida pela Lei nº 8.753/07, ao fundamento de que a norma hostilizada detém autêntica delegação legislativa, com parâmetros claro e suficientes ao exercício da atividade regulamentar pelo Poder Executivo, olhos postos na celeridade e no dinamismo relacionados à matéria disciplinada.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça que recomenda a procedência da representação, declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, com eficácia *ex tunc* e efeitos *erga omnes*.

Conforme se extrai da Ata de Julgamento, ocorrido em, 21/02/2022, indexador 203, a douta maioria acompanhou o relator, que votou pela procedência do pedido, sendo este o resultado provisório, tendo em vista a suspensão do julgamento, nos termos do art. 74, parágrafo único, do Regimento Interno do TJRJ, tendo este magistrado pedido vista.

Ouso dissentir da douta maioria, com a devida *vênia*, por entender pela improcedência do pedido, com os fundamentos da douta Procuradoria Geral do Estado, indexador 146, que os adoto na forma regimental, considerando-se, ainda, que referida lei se encontra em vigor desde 2007, ou seja, há 14 anos, ora, não vamos julgar inconstitucional com efeitos *ex tunc*.

Ora, trata-se de atividade de assistência social e previdência, podendo o Município fazê-lo.

O Eg. Supremo Tribunal Federal já reconheceu a vinculação da atividade administrativa à Constituição Federal. Nesse sentido, confira-se a ementa da decisão que deferiu o pedido liminar na ADC 12, *in verbis*:

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.

(...) A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de outubro, após a Emenda 45/04. Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo *caput* do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. (...)"

(ADC 12-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julgamento: 16/02/2006, publicação: 01/09/2006)

Por tais razões, votei vencido pela improcedência do pedido, declarando-se a constitucionalidade do § 2º, do artigo 3º, da Lei nº 7.956/2007, do Município de Campos dos Goytacazes, com a redação conferida pela Lei nº 8.753/2017.

DES. NAGIB SLAIBI
VOGAL VENCIDO

SEQUESTRO RELÂMPAGO. CARTÃO DE CRÉDITO. IRREGULARIDADE DAS TRANSAÇÕES. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. MEDIDAS DE ANÁLISE DO PERFIL DE CONSUMO. AUSÊNCIA. RESSARCIMENTO DOS DANOS.

EMENTA

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES BANCÁRIAS, CONSISTENTES EM COMPRAS EM CARTÃO DE CRÉDITO, POR TERCEIROS DURANTE "SEQUESTRO RELÂMPAGO". IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO CRÉDITO DA AUTORA ATRAVÉS DE TRANSAÇÕES QUE REFOGEM AO PADRÃO DE SEUS GASTOS HABITUAL. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS RÉS QUE NÃO PROCEDERAM A CHECAGEM, EM TEMPO REAL, DA REGULARIDADE DAS OPERAÇÕES CONFORME O PERFIL DO CONSUMIDOR, DEIXANDO DE EMITIR ALGUM TIPO DE ALERTA, COMO MENSAGENS, LIGAÇÕES OU MESMO BLOQUEIO PREVENTIVO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 479, DO C. STJ. DEVER DE RESSARCIR OS DANOS MATERIAIS EXPERIMENTADOS. LESÕES EXTRAPATRIMONIAIS NÃO EVIDENCIADAS. SENTENÇA EM PARTE REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0018112-52.2018.8.19.0011, em que é Apelante S.B.L. e Apelados Banco Bradesco S/A. e Banco Bradesco Cartões S/A.

Acordam, os Desembargadores que compõem a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em Sessão de Julgamento realizada em 25 de janeiro de 2022, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar parcial provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Apelação em ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória proposta por S.B.L., em face de Banco Bradesco S/A. e Banco Bradesco Cartões S/A., objetivando o recebimento, em dobro, de indébito referente a gastos realizados em cartões de crédito de sua titularidade, aos 14/03/2018, das bandeiras Martercard e Visa, no total de R$ 46.307,00, bem como o recebimento de ressarcimento pelos danos morais experimentados.

Alega, em resumo, haver sido vítima de roubo e "sequestro relâmpago", juntamente com seu irmão e seu filho, aos 14/03/2018, por volta das 12h00min, na BR101, região do bairro de Guaxindiba, São Gonçalo/RJ, que teria durado cerca de 04 horas. Afirma que sob ameaça praticada mediante uso de arma de fogo, restou obrigada a entregar seu carro e todos seus pertences de uso pessoal, bem como dois cartões de créditos administrados pelas instituições financeiras demandadas, fornecendo aos criminosos as respectivas senhas. Assevera que, não obstante requerido o cancelamento das despesas realizadas naquele dia, havendo para tanto apresentado o competente Registro de Ocorrência lavrado na 74ª Delegacia de Polícia, as requeridas indeferiram a contestação formalizada via correspondência eletrônica datada de 06/06/2018.

Devidamente contestado o pedido (*index* 216 e 233), ensejou a prolação de sentença (*index* 274) de improcedência do pedido, condenada a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à causa (R$ 47.000,00), observada a gratuidade de justiça deferida.

Razões de apelação apresentadas pela demandante no *index* 297, sustentando a nulidade da sentença, em razão do julgamento antecipado da lide, sem a abertura da fase instrutória, repisando, no mais, os mesmos argumentos expostos na inicial.

Contrarrazões no index 318, em prestígio da sentença vergastada.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo, presentes os demais requisitos de admissibilidade, dele se conhece.

Cuida-se de ação indenizatória por danos morais e materiais, em razão do indeferimento de contestação de gastos realizados em cartões de créditos de titularidade da demandante, pertencentes as bandeiras Visa e Mastercard (nº 4104 2500 1199 4736 e 5368 0500 1676 5778), administrados pelas rés, ao argumento da prestação defeituosa do serviço, porquanto teriam sido aprovadas compras realizadas por criminosos, aos 14/03/2018, após informadas as respectivas senhas, quando submetida a ameaça mediante emprego de arma de fogo, em "sequestro relâmpago", ocorrido na BR 101, região do bairro de Guaxindiba, São Gonçalo/RJ.

A matéria abordada nos autos versa sobre relação jurídica de natureza consumerista, enquadrando-se o autor no conceito de consumidor e a ré no de fornecedora, conforme arts. 2º, 17 e 3º, da Lei nº 8.078/90, estando as partes subsumidas aos princípios ali constantes, em especial ao da boa-fé objetiva, bem como ao reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, além do direito deste a efetiva prevenção e reparação dos danos morais e patrimoniais sofridos.

Registre-se que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, *caput*, consagrou a responsabilidade objetiva, com fulcro na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual o fornecedor responde independentemente de culpa, pelos danos causados aos consumidores, por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas a respeito de sua fruição e riscos.

Inicialmente cumpre afastar a alegação de nulidade da sentença, em razão do julgamento antecipado da lide, porquanto autorizado pelo art. 355, I, do CPC/15, na hipótese de desnecessidade de produção de outras provas, bem como diante da ausência de especificação pela autora daquelas que porventura pretendia produzir, quando para tanto instada através do despacho colacionado ao *index* 259.

Conforme narrado pela autora, esta teria sido vítima do denominado "sequestro relâmpago", conforme consta no boletim de ocorrência acostado ao *index* 12, tendo os criminosos abordado a apelante, seu irmão e filho, que ficaram em seu poder por cerca de 04 horas, sob ameaça praticada com arma de fogo, sendo exigida a entrega dos cartões de crédito e respectivas senhas, que deles se utilizaram para realizar transações no valor total de R$ 46.307,00, enquanto a família era mantida sob vigilância dentro de veículos automotores.

Percebe-se, portanto, que a entrega dos cartões bancários se deu por vício de vontade da recorrente, que diante do iminente perigo à sua vida e de seus familiares forneceu as respectivas senhas pessoais.

Do exame dos autos, mais especificamente dos documentos anexados ao *index* 12, observa-se que a autora realizou o competente registro de ocorrência na 74ª Delegacia de Polícia, assim que se viu em liberdade, tendo também comunicado ao banco réu a ação dos bandidos e solicitado o bloqueio dos cartões.

Os apelados procederam ao bloqueio dos cartões, mas indeferiram a contestação das transações realizadas, ao argumento de que as referidas operações teriam sido efetuadas mediante digitação da senha pessoal e intransferível da titular, conforme se pode aferir da correspondência eletrônica acostada ao *index* 12, f. 40, datada de 06/06/2018.

O montante referente as transações contestadas restaram debitadas da conta corrente da autora, sendo apurado, através dos extratos colacionados ao *index* 12, a realização de compras, aos 14/03/2018, no valor de R$ 25.264,00, no Cartão Visa, e R$ 20.096,75, no Mastercard, totalizando R$ 45.360,75.

Ressalte-se, por oportuno, ser de incumbência da instituição financeira administradora a checagem, em tempo real, da regularidade das compras, sobretudo quando estas fogem por completo do padrão de gastos do consumidor, como de fato ocorreu, considerando que o cartão da bandeira Visa sequer era utilizado regularmente pela autora e o Mastercard não apresentava transações naquele perfil.

A título de exemplo, foram realizadas no cartão Visa 12 compras seguidas em um estabelecimento denominado Top Doces, e no Mastercard mais duas no mesmo comerciante, além de aquisições altas em WQ Surf, Lacoste, Centauro, Prezunic e Supermercado Campeão, todas as operações datadas do dia da ocorrência do ato ilícito (14/03/2018).

Nesse contexto, deveria a instituição financeira tomar as cautelas necessárias à constatação da irregularidade das aludidas transações, o que não ocorreu na hipótese. Motivo pelo qual há de ser reconhecida a ocorrência de falha na prestação do serviço, considerando que nesses casos, em que criminosos realização múltiplas operações com o cartão da vítima em curto lapso temporal, destoando completamente do perfil de consumo do cliente, seja pelo volume de compras, seja pela localidade em que são feitas, geralmente são emitidos algum tipo de alerta eficaz, como por exemplo mensagens, ligações telefônicas ou bloqueio preventivo, providências que não restaram evidenciadas nos presentes autos.

Desse modo, correspondendo a prova apresentada à narrativa da inicial, presente nos autos elementos que autorizam a inexigibilidade dos valores acrescidos à fatura dos cartões da autora, diante da evidência de houve falha na prestação do serviço, por risco da própria atividade, caracterizada ante a ausência da adoção de providências e medidas de análise do perfil do consumo, por uso fraudulento dos cartões, em descompasso com os registro antecedentes da consumidora.

Tratar-se do denominado fortuito interno, a ser suportado pelo prestador do serviço, conforme disposto no enunciado sumular nº 479, de jurisprudência do C. STJ, *in verbis*:

> "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito das operações bancárias."

No entanto, não havendo notícias da negativação do nome da autora e não se podendo atribuir aos demandados a angústia vivenciada pela prática do ato ilícito, não há de se falar em reparação por danos morais na hipótese, notadamente quando os fatos atribuídos aos réus não constituem indício de efetiva lesão aos direitos da personalidade da recorrente.

A respeito, já se pronunciou o C. STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO CONDENATÓRIA - DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS DECORRENTES DE SAQUE INDEVIDO DE NUMERÁRIO DEPOSITADO EM CONTA POUPANÇA – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, APENAS NO QUE CONCERNE À INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL - DECISÃO MONOCRÁTICA NÃO ACOLHENDO O RECLAMO. INSURGÊNCIA DO AUTOR. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.
>
> (...)

2.2 O dano extrapatrimonial, mais do que o simples efeito de lesão, é aquele que incide sobre objetos próprios, sobre bens da vida autônomos, consistindo em gênero, no qual haverá espécies. Segundo desenvolvimento doutrinário, a par das lesões a direitos da personalidade (imagem, honra, privacidade, integridade física), o que se pode denominar de dano moral objetivo e, ainda, que ensejam um prejuízo a partir da simples violação da proteção a eles conferida, surgem situações outras, que, embora não atinjam diretamente tal complexo de direitos, também consubstanciam dano extrapatrimonial passível de compensação, por se relacionarem com um mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis, que o ato ilícito ou antijurídico veio a subverter. Enquanto a primeira categoria traduz um dano aferível de plano, com a mera lesão a um direito de personalidade, a segunda pressupõe uma maior investigação do caso concreto, a fim de que sejam examinadas as suas peculiaridades e, ao final, de definir se aquela determinada hipótese fática e suas repercussões e desdobramentos, embora não tenham atingido um direito de personalidade, ultrapassaram o que se entende por mero aborrecimento e incômodo, alcançando sobremodo a integridade psíquica do sujeito. É sob a ótica desta segunda categoria - danos morais subjetivos, os quais reclamam uma análise mais pormenorizada das circunstâncias do caso concreto - , que deve ser procedido o exame acerca do reconhecimento ou não de dano extrapatrimonial passível de compensação em hipóteses como a dos autos - saque indevido de numerário depositado em conta poupança.

(...)

3. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO, a fim de conhecer do agravo (art. 544 do CPC) para, de plano, uma vez superada a preliminar de negativa de prestação jurisdicional, dar provimento ao recurso especial, reconhecendo a configuração do dano moral na hipótese. (AgRg no AREsp nº 395.426/DF; Relator p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI; T4 – Quarta Turma; Julgado em 15/10/2015)

Assim, vislumbrado o equívoco da sentença impugnada, impositiva a sua reforma.

Por tais fundamentos, conhece-se do recurso, dando-lhe parcial provimento, para julgar procedente, em parte, o pedido, condenando os réus ao pagamento do valor correspondente aos gastos realizados nos cartões de créditos de titularidade da autora, aos 14/03/2018, no valor de R$ 45.360,75 (R$ 25.264,00, no cartão Visa, e R$ 20.096,75, no cartão Mastercard), conforme extratos acostados no *index* 12, f. 17 e 30, na forma simples, pois inexistente má-fé, acrescido de correção monetária do pagamento indevido e juros de mora da data da citação, em se tratando de relação contratual, nos termos do enunciado de Súmula n° 43, do C. STJ, bem como do art. 405, do Código Civil.

Considerando a sucumbência recíproca, condenadas as partes ao rateio das despesas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios aos causídicos de ambas as partes, no percentual de 10% do valor da condenação ao advogado da autora e 10% do valor atribuído à causa ao representante dos réus, nos termos do art. 86, do CPC/15.

RIO DE JANEIRO, 25 DE JANEIRO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. MAURO DICKSTEIN
RELATOR

TRANSFERÊNCIA DE CONTA CORRENTE PARA OUTRA AGÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. ACESSO À CONTA. IMPOSSIBILIDADE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL.

EMENTA

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRANSFERÊNCIA DE AGÊNCIA DA CONTA

CORRENTE SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO. CONSUMIDORA QUE FICOU SEM ACESSO AO DINHEIRO DISPONÍVEL NA SUA CONTA CORRENTE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E DA AUTORA. A demandante comprovou que em 26/10/2020 descobriu que o saldo de sua conta original estava zerado quando tomou ciência do encerramento da conta antiga e da abertura de nova conta pela instituição financeira. Entretanto, os problemas de acesso à conta persistiram sem que o antigo cartão de débito tivesse acesso à nova conta como informado pela gerente, o que somente foi solucionado depois de 07/01/2021, quando a autora recebeu o novo cartão de débito. Não há prova de que o Banco réu tenha comunicado previamente à autora a mudança da sua conta nem a data de entrega do novo cartão à consumidora, sendo certo que em 04/11/2020 foi enviado um *e-mail* pela gerente do Banco à autora comunicando os dados bancários para acesso via aplicativo de celular e informado que a migração da conta teria ocorrido em 24/10/2020. Importa registrar que os extratos de apresentados pela autora comprovam que a última movimentação financeira na sua conta antiga se deu em 23/10/2020 e na nova conta em 07/01/2021, o que corrobora a alegação de falha no cartão de débito, bem como as diversas ligações para reclamações comprovadas pela autora junto ao réu. Caracteriza litigância de má-fé a alteração da verdade dos fatos, na forma do artigo 80, II, do Código de Processo Civil, consistente na afirmação intencional e sabidamente inverídica em tentativa deliberada de induzir o magistrado a erro. Instituição financeira que apresentou tela de movimentação financeira propositalmente com as datas das movimentações cortadas, com o argumento de que houve movimentação de valores disponíveis na nova conta com o cartão da autora ainda durante o ano de 2020, quando na realidade aquelas entradas eram referentes ao período de 23/10/2020 no qual a autora ainda possuía acesso à antiga conta bancária e foram migrados para os dados da nova conta após a incorporação da agência em 24/10/2020 e de 26/10/2020 quando a autora precisou ir pessoalmente à agência e descobriu a migração das contas. Atuar do réu incompatível com a boa-fé e lealdade, que configura litigância de má-fé. Dano moral configurado pela falha na prestação de serviços. A indenização a título de dano moral deve ser fixada em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, razão por que o quantum fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) não comporta a majoração pretendida, de acordo com o disposto no verbete sumular 343 deste Tribunal: 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. Recurso da autora CONHECIDO e PARCIALMENTE PROVIDO para CONDENAR o banco réu pela litigância de má-fé, por alterar a verdade dos fatos, à multa processual correspondente a 2% (dois por cento) do valor da causa devidamente atualizado e corrigido, na forma do artigo 80, II c/c 81 do Código de Processo Civil. Recurso do réu CONHECIDO e DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível 0227073-57.2020.8.19.0001 em que são Apelantes Banco Bradesco S/A e C.M.A. e Apelados Os Mesmos.

Acordam os Desembargadores da Décima Sétima Câmara Cível, por unanimidade, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso da autora e conhecer e negar provimento ao recurso do réu, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Banco Bradesco S/A e por C.M.A., contra a sentença

em ação de obrigação de fazer c/c indenizatória por dano moral. Adoto, na forma regimental, o relatório da sentença de f. 139/143:

> Trata-se de ação de obrigação de fazer e indenizatória proposta por C.M.A. em face de Banco Bradesco S/A em que requer a concessão da tutela de urgência para que seja procedida a entrega de cartão magnético da nova conta, com chave de segurança. Ao final, requer a confirmação da tutela de urgência e condenação ao pagamento de R$ 15.000,00 pelos danos morais. Para tanto, na inicial de *Index* 03, relata que "A autora é cliente do Banco Bradesco, possuindo conta corrente de nº 0004835-6, agência 1276-9, sendo que na data de 22 de outubro de 2020 possuía saldo positivo em sua conta bancária." Informa que "no dia 26 de outubro de 2020, a autora ao acessar sua conta a fim de realizar uma transferência bancária pelo site do réu (*internet bank*ing), para quitar compromissos financeiros, teve sua transferência negada, por insuficiência de saldo". Narra que "Assustada e diante do vexame com a não autorização da transferência bancária, a autora se dirigiu direto à agência mais próxima (Agência XXXX - Senha: XXXX - XXXXXXXXX) na qual foi atendida por funcionário (atendimento presencial) que ao tentar realizar a transferência constatou que sua conta estava totalmente zerada." Acrescenta que "Indignada por não ser possível a hipótese de inexistência de valores, inclusive, ressaltou que se a quantia tivesse desaparecido seria por culpa exclusiva do Bradesco. Assim, o funcionário começou a fazer buscas nos sistemas e ao fim informou que a agência originária (XXXX R. XXX) havia encerrado suas atividades e que a conta e saldo teria migrado para agência XXXX." Destaca que "além de não ter efetuado qualquer notificação prévia informando sobre a mudança de agência e transferência de valores, bem como alterou o número da conta, de XXXXXXX para XXXXXX, sem qualquer informação.". Ressalta que "a transferência só foi efetuada quando o funcionário acessou a nova conta, que até então era desconhecida pela autora, efetuando diversas tentativas para autorizar a transferência - precisando ao fim assinar comprovante de transferência diretamente no caixa em face dos dados do cartão não bater com os novos dados." Destaca que nenhum documento foi enviado coma informação da mudança da conta, cartão ou qualquer dado relativo à modificação da conta. Requer, assim, a procedência dos pedidos. Decisão de *Index* 31 que deferiu a gratuidade de justiça e indeferiu a tutela pretendida. Regularmente citado, o réu apresentou contestação de *Index* 40 em que sustenta preliminarmente ausência de interesse de agir. No mérito, informa que "a parte autora não ficou privada de movimentar valores disponíveis em conta, bem como de utilizar os serviços junto ao réu, tendo em vista que o cartão de débito em posse da autora permanece em funcionamento, permitindo a realização de compras, transferência e saques, conforme documento de f. 18." Acrescenta que "além disso, não foi anexado aos autos qualquer prova que corroborasse as alegações autorais sobre privação patrimonial. Também não foi comprovada suposta tentativa frustrada de movimentação de valores disponíveis na nova conta corrente." Sustenta a ausência de responsabilidade civil e de danos a serem indenizados. Na manifestação de *Index* 85 junta tela em que "com relação à ausência de notificação sobre encerramento das atividades de agência, não merecem prosperar as alegações autorais, visto que houve envio de mala direta para todos os clientes informando o fechamento da agência." Acrescenta que "após análise, foi verificado que houve movimentação de valores disponíveis na nova conta nº XXXXXX, ainda durante o ano de 2020, de acordo com o extrato abaixo." Narra que "Com relação à alegação sobre ausência de recebimento do cartão, cumpre informar que o novo plástico foi emitido dia 19/10/2020 e enviado para residência da

autora por correspondência simples, não sendo possível rastrear o seu recebimento." Réplica no *Index* 115. Decisão de *Index* 123 que deferiu a inversão do ônus da prova. Manifestação da parte ré no *Index* 133 pela desnecessidade de produção de outras provas. É o relatório.

Dispositivo nos seguintes termos:

Posto isso, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS e declaro encerrada a fase cognitiva, com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC, para condenar a parte Ré a compensar os danos morais experimentado pela Autora no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigido a partir da presente data pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça e acrescido de juros de 1% ao mês a contar da citação. Quanto ao pedido de emissão de cartão de magnético JULGO EXTINTO o feito sem resolução de mérito, por perda superveniente do interesse processual, na forma do art. 485, VI, do CPC. Ante a sucumbência mínima e diante do princípio da causalidade, condeno a parte ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação, na forma do artigo 85, § 2º, do CPC. Após o trânsito em julgado, em nada sendo requerido no prazo de 15 dias, dê-se baixa e arquivem-se os autos. P.R.I.

Na apelação de f. 159/166, o réu alega que não merecem prosperar as alegações autorais com relação à ausência de notificação sobre encerramento das atividades de agência, visto que houve envio de mala direta para todos os clientes informando o fechamento da agência. Afirma que a apelada não ficou privada de movimentar valores disponíveis em conta, bem como de utilizar os serviços junto ao apelante, tendo em vista que a ocorrência de movimentação da nova conta, além de o cartão de débito em posse da recorrida permanecer em funcionamento, permitindo a realização de compras, transferência e saques, conforme documento de f. 18. Alega que não foi comprovada a suposta tentativa frustrada de movimentação de valores disponíveis na nova conta corrente, não havendo que se falar em abalo na esfera extrapatrimonial capaz de ensejar qualquer reparação civil. Sustenta que o novo cartão foi enviado para o endereço de cadastro da apelada em 19/10/2020, o qual deve ser mantido atualizado, e a entrega é feita pela EBCT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por correspondência simples, não sendo possível rastrear o seu recebimento. Requer a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Na apelação de f. 168/178, a autora alega que a conduta da ré de modificar os dados de sua agência e conta bancária, sem prévia notificação causou inúmeros transtornos, aborrecimento e prejuízos para a apelante, uma vez que sem ter ciência do encerramento, transferência e dos novos dados bancários tentou no dia 26 de outubro de 2020, acessar sua conta a fim de realizar uma transferência bancária pelo *site* do réu (*internet bank*ing), para quitar compromissos financeiros, teve sua transferência negada, por insuficiência de saldo. Aduz que também ficou impossibilitada de receber seus honorários advocatícios (f. 19) por meio de transferências, depósitos, em razão da alteração da numeração da conta. Explica que com a mudança de agência e transferência do saldo para conta (ag. XXX, c/c XXXXXX), a apelante ficou privada de movimentar valores disponíveis em conta e privada de utilizar os serviços junto ao réu via *internet bank*ing bem como para compras e pagamentos no mercado tendo em vista que o cartão de débito em posse da apelante referente agência XXXXX e conta XXXXXXX ficou inoperante, não permitindo a realização de compras, transferência e saques, pois em todas as tentativas dava saldo insuficiente. Argumenta que que a apelante entrou em contato com a apelada informando o

ocorrido e que seu cartão estava inoperante e só em 04/11/2020 recebeu informações sobre os novos dados da conta, ou seja, a comunicação se deu somente após o evento noticiado. Assevera que o cartão enviado que o banco informa ter sido enviado em 19/10/2020 somente foi recebido pela autora em janeiro de 2021, de forma que ficou sem o cartão de acesso à nova conta desde outubro de 2020 até janeiro de 2021, cerca de 3 meses. Aponta que o valor da indenização por dano moral merece ser majorado considerando o fato de que a apelante foi privada do saldo integral de sua conta corrente e do cartão de débito, pois além de ter a sua ainda conta bancária zerada, também ficou privada de utilizar o cartão de débito por aproximadamente 3 meses. Requer a reforma da sentença para majorar o valor da indenização por danos morais para R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e requer a condenação do banco por litigância de má-fé, por distorcer a verdade dos fatos.

Contrarrazões da autora, f. 180/191. Contrarrazões do réu, f. 203/210.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal. A lide envolve relação de consumo, de forma que à mesma devem ser aplicadas as regras do Código de Defesa do Consumidor e em assim sendo configura-se a responsabilidade objetiva (art. 14), que prescinde da comprovação de culpa do prestador do serviço. A lei consumerista visa a proteger o consumidor contra abusividades impostas pelo fornecedor do bem ou serviço em face da presumida desigualdade entre as partes, impondo-se que os princípios da boa fé e da transparência sejam observados, inclusive na interpretação das cláusulas contratuais e atos regulamentadores da prestação de serviços aos consumidores.

A demanda trata do pedido para condenação da empresa ré a indenizar a autora por danos morais em consequência da ausência de comunicação prévia da mudança de agência da conta bancária da qual era titular, de forma que a autora não conseguia realizar transferências e pagamentos porque o saldo de sua conta antiga estava zerado e desconhecia as informações de acesso para a nova conta. Além disso, informa que ao contrário do alegado pela instituição financeira, seu cartão de débito passou a não funcionar, por insuficiência de saldo, situação que perdurou de outubro de 2020 até janeiro de 2021.

Foi comprovada a falha na prestação do serviço reconhecida na sentença, decorrente da falta de comunicação à consumidora, da mudança dos dados de sua conta bancária, por conta da troca de agência realizada pela instituição financeira, o que inviabilizou a utilização do dinheiro existente na conta da autora. Como bem ressaltado na sentença a parte autora comprovou que em 26/10/2020 o saldo da conta original (ag. 1276 c/c 4835-6) estava zerado (f. 14 e 117), bem como que foi atendida pessoalmente em uma agência da ré data informada no dia 26/10/2020 (índice 14) para conseguir realizar pagamentos, quando então tomou ciência do encerramento da conta antiga e da abertura de nova conta pela instituição financeira.

Não há prova de que o Banco réu comunicou previamente à autora a mudança da sua conta e nem da data da entrega do novo cartão à consumidora, sendo certo que somente em 04/11/2021 foi enviado um *e-mail* pela gerente do Banco à autora comunicando os dados bancários para acesso da conta via aplicativo de celular e informado que a migração da conta teria ocorrido em 24/10/2020 (f. 18, índice 14). Importa registrar que os extratos de f. 115/121, comprovam que a última movimentação financeira da autora em sua conta antiga foi em 23/10/2020, havendo movimentações do dia 26/10/2020 realizadas presencialmente em uma agência da ré, em razão da falta de acesso à conta bancária. Somente após 07/01/2021

com o recebimento do novo cartão de débito a autora teve o pleno acesso à sua conta bancária restabelecido, o que corrobora a veracidade da afirmação de falha no antigo cartão de débito, bem como as diversas ligações para reclamações comprovadas pela autora junto ao réu.

A litigância de má-fé da instituição financeira está caracterizada por ter intentado alterar a verdade dos fatos para induzir o juízo a erro, ao apresentar a tela de f. 85 propositalmente com as datas das movimentações financeiras cortadas, com o argumento de que houve movimentação de valores disponíveis na nova conta XXXXX com o cartão antigo da autora ainda durante o ano de 2020, quando na realidade aquelas entradas datadas de 23/10/2020 eram referentes ao período em que a autora ainda possuía acesso à antiga conta bancária e foram migrados para os dados da nova conta após a incorporação da agência em 24/10/2020, conforme demonstrado nos documentos de f. 115/121 (índice 115), bem como no *e-mail* de f. 18 (índice 14), sendo as operações de 26/10/2020 realizadas presencialmente na agência, justamente pela falta de acesso da autora à sua própria conta. Tal atuar do réu enseja a aplicação dos artigos 80, II c/c 81, do Código de Processo Civil:

> Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
>
> (...)
>
> II - alterar a verdade dos fatos; (...)
>
> (...)
>
> Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

Assim, tal conduta da ré não se coaduna com os princípios da boa-fé e da lealdade processuais, devendo a ré ser condenada pela litigância de má-fé, por alterar a verdade dos fatos, à multa processual correspondente a 1% (um por cento) do valor da causa devidamente atualizado e corrigido, na forma do artigo 80, II c/c 81 do Código de Processo Civil.

O dano moral foi configurado, pois, a autora comprovou que ficou privada de utilizar integralmente as funcionalidades de sua conta bancária pelo período de aproximadamente dois meses e meio 26/10/2020 até 07/01/2021. Ademais, em razão da falha da ré nos deveres de informação, lealdade e cooperação, a autora demonstrou que também teve dificuldades no recebimento de seus honorários, verba de natureza alimentar, porque as transferências não podiam ser feitas para a antiga conta, conforme f. 19, atrasando o recebimento desses valores para a autora. Ré que deve ser responsabilizada objetivamente pelos danos causados à autora, na forma do artigo 14, II, do CDC.

Com efeito, a sucessão de problemas ocasionados pela falta de notificação prévia da alteração da agência e conta da autora, superam os aborrecimentos do cotidiano, sendo capaz de gerar angústias e sofrimento psíquico pela privação do acesso ao numerário necessário às suas regulares atividades, ensejando dano moral a ser indenizado, ainda mais quando as tentativas de solução administrativa restaram infrutíferas. O valor estabelecido na primeira instância a título de reparação por danos morais, somente deve ser revisto nas hipóteses em que a condenação é irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, nos termos do verbete sumular nº 343 deste Tribunal: 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. Assim, o arbitramento do valor reparatório não pode ser excessivo a ponto de ensejar um enriquecimento sem causa, devendo, porém, ser significativo para compensar o consumidor pelo descaso a que foi submetido, devendo atender a um parâmetro de razoabilidade e um caráter punitivo-pedagógico com a finalidade de incentivar o fornecedor a prestar um serviço de melhor qualidade no futuro. *Quantum* fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) que se mostra em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, consideradas as peculiaridades da hipótese em exame, não comportando a majoração pretendida pela autora e nem a redução perseguida pela ré.

Voto no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso da autora para condenar o banco réu pela litigância de má-fé por alterar a verdade dos fatos à multa processual correspondente a 2% (dois por cento) do valor da causa devidamente atualizado e corrigido, na forma do artigo 80, II c/c 81 do Código de Processo Civil e conhecer e negar provimento ao recurso do réu. Majoro os honorários sucumbenciais para 12% do valor da condenação, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

RIO DE JANEIRO, 8 DE MARÇO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA
RELATOR

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

ADITAMENTO DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROVA TESTEMUNHAL. SUPORTE PROBATÓRIO. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO POR SOCIETATE*. RECEBIMENTO DO ADITAMENTO.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DO ADITAMENTO DA DENÚNCIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. INDÍCIOS MÍNIMOS EXISTENTES. 1. O momento do recebimento da denúncia impõe apenas um juízo de probabilidade, orientado pela análise da "justa causa", ou seja, pela existência de indícios mínimos de materialidade e autoria delitivas. E emergindo de modo superveniente ao início da persecução penal fatos ou circunstâncias novos que tenham repercussão na tipificação do delito ou na situação jurídica do acusado, cabe ao Ministério Público reformular a *opinio delicti*, com vistas a acrescentar tais elementos, oportunizando a parte contrária o contraditório e a ampla defesa (STF - HC nº 137.637). 2. Consta dos autos que após a oitiva de uma testemunha ficou evidenciado que não se tratava de uma, mas sim de duas vítimas, já falecidas. O douto magistrado rejeitou o aditamento do Ministério Público para incluir o espólio da falecida como uma das vítimas, consoante a regra prevista no art. 155, parágrafo único do CPP, que determina a observância da Lei Civil para fins de comprovação do estado de pessoas. 3. Todavia, o fato de não ter sido comprovada a relação do casal ou a morte da vítima por documento hábil não descaracteriza o crime de furto contra o espólio da ofendida, mãe da testemunha. Vale destacar que tanto a legislação pátria quanto a jurisprudência relativizam a regra prevista no artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, quando a prova do estado da pessoa puder ser realizada por outro meio (STJ - ProAfR no REsp nº 1.619.265/MG). Assim, constata-se que a prova testemunhal colhida em audiência confere suporte probatório mínimo para que seja realizado o aditamento da exordial acusatória, registrando-se que o juízo de admissibilidade da ação penal é norteado pelo princípio do *in dubio pro societate*. Provimento do recurso ministerial para receber o aditamento da denúncia.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0019193-28.2021.8.19.0206, em que é Recorrente o Ministério Público e Recorridos R. da C.P.B.; R. da C.P. do N.; M. da S.; G.B. da S. de S.; S.B. da S.,

Acordam os Desembargadores que integram a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada no dia 08 de fevereiro de 2022, por unanimidade, em dar provimento ao recurso para receber o aditamento da denúncia, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público (doc. nº 08) contra a decisão que rejeitou o aditamento da denúncia que imputa aos acusados a prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal.

Em síntese, aduz o *parquet* que após a oitiva de uma testemunha foi constatado que se tratava de duas vítimas, já falecidas, que viviam em união estável. A Promotoria então requereu o aditamento da denúncia para incluir mais uma vítima, não sendo recebido porque o douto Magistrado entendeu que carecia de justa causa, ao ressaltar em seu decisório que em relação ao estado civil das pessoas deve ser cumprida as formalidades legais da Lei Civil, consoante a regra prevista no parágrafo único do art. 150, do Código de Processo Penal.

Destarte, requer o Ministério Público que seja cassada a decisão com o consequente recebimento do aditamento da denúncia e o prosseguimento do feito.

Contrarrazões defensivas em prestígio da decisão atacada (doc. nº 27 e 39).

Em juízo de retratação, a decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (doc. nº 45).

Parecer ministerial da lavra da I. Procuradora de Justiça Kátia Aguiar Marques Selles Porto no sentido do provimento do recurso (doc. nº 52).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, pois preenchidos seus requisitos de admissibilidade. No mérito, assiste razão ao recorrente.

Os recorridos foram denunciados pelo crime de furto qualificado por concurso de agentes (art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal), por fato datado de 11 de janeiro de 2019, tendo como lesado, inicialmente, o espólio de L.P. da C..

Extrai-se da peça que deflagra o processo de origem que após a morte de L.P. da C., um idoso que vivia sozinho, os acusados entraram no imóvel de propriedade do falecido e supostamente subtraíram os bens que ali se encontravam.

O processo seguiu o seu curso quando em audiência de instrução e julgamento foi colhido o depoimento da testemunha S.A.G., que relatou o seguinte:

> "(...) a mãe da depoente e L.P. da C. viviam em união estável há muitos anos; que L. era padrasto da depoente; que nunca conheceu ninguém da família de L.; que a mãe da depoente faleceu primeiro; que com o falecimento dela L. ficou meio desorientado; que o irmão da depoente visitava L. todo dia; que no final L. dizia a seu irmão: vai embora que M. chegou! Que L. passou a querer ficar só; que com a morte de sua mãe, a depoente não quis mais ir ao local por causa das lembranças; que depois de L. pedir, o irmão da depoente parou de visita-lo; que L. morreu; que foi encontrado em estado de decomposição; que a vizinha, namorada de um sobrinho de L., avisou sobre sua morte; que o rapaz foi lá e retirou o corpo; que a depoente achou estranho os acusados levarem do local tudo que era de sua mãe; que não tem uma calcinha sequer que tenha pertencido à sua mãe; que os réus levaram até os documentos de sua mãe; que foi avisada por R., sobrinha de L.; que S. confirmou o que R. havia dito; que após isso pegou o carro do L. e levou até o depósito do DETRAN; (...) que a depoente não tinha nenhum documento de sua mãe e a casa dos falecidos estava toda revirada; que levaram tudo; que depois deu parte; que segundo informações de R., os acusados seriam os autores do fato; que não viu os fatos; que R. foi até a casa da depoente e contou todo o ocorrido; que R. estava viajando e não achou certo levarem tudo da casa; que a depoente foi até a casa de S. e lá encontrou o carro de L. e documentos de sua mãe; que pegou toda a depoente pegou toda documentação de sua mãe; que além da depoente, nenhum dos seus irmãos ficou com um alfinete de sua mãe; que foi tudo levado; que achou um absurdo e fez um registro de ocorrência; que L. não tinha filhos; que L. e sua mãe ficaram em união estável por mais de vinte e cinco anos; que não chegou a ser aberto o inventário de sua mãe; que sua mãe pedia para cuidarem de L. caso viesse a falecer antes dele; que a depoente afirma que após a morte de sua mãe, em um momento ficou inviável cuidar de L., o qual já não queria mais nem tomar banho; que seu irmão ficou tomando conta mais um tempo,

> mas depois todos se afastaram; que os bens subtraídos foram adquiridos pelo falecido casal durante a união estável; que muitos deles foram comprados pela depoente, pois é arrimo de família desde os quatorzes anos; que inclusive ajudou financeiramente sua mãe a comprar a casa; que o casal falecido comprou a casa junto, metade paga por cada um; (...) que foi levado da casa: televisão, geladeira, máquina de lavar...; que L. chegou a comprar um fogão para a já falecida mãe da depoente, o qual se encontrava dentro da caixa, sem nunca ter sido utilizado; (...)."

Após o relato da testemunha, no sentido de que sua mãe, já falecida, mantinha união estável com Laureando e era proprietária de parte dos bens que estavam no imóvel, o Ministério Público requereu o aditamento da denúncia nos seguintes termos:

> "Diante do depoimento da Sra. Sonia de que sua mãe fora casada com o Sr. L. por vinte e cinco anos e seu falecimento ocorreu apenas um ano antes do óbito deste último, havendo comunhão de bens, verifica-se assim que a propriedade da *res furtivae* seria do casal. Assim, oferece aditamento à denúncia apenas para incluir a propriedade dos bens subtraídos como sendo do espólio de L.P. da C. e M. A. dos S.."

Todavia, o Juízo de primeiro grau rejeitou o aditamento aduzindo o seguinte:

> "(...) Com efeito, o depoimento solteiro da suposta vítima não é capaz de suprir a necessária certidão comprobatória do registro civil, como quer a norma do artigo 155, parágrafo único do Código de Processo Penal. Nesse sentido, aqui o Código de Processo Penal exige que em relação ao estado civil das pessoas seja cumprida as formalidades da Lei Civil. Somente a certidão competente do Registro Civil poderá comprovar o estado civil dos finados, a data dos respectivos óbitos, bem como eventual regime de bens. Não pode o Ministério Público fiado exclusivamente na palavra da vítima desenvolver acusação sem a comprovação certeira de acordo com a exigência do Código de Processo Penal. Evidentemente que poderá o Ministério Público, noutra ação penal, assim proceder."

No ponto, vale destacar que o aditamento da denúncia pode ser realizado a qualquer momento, desde que anterior a sentença, assegurados o contraditório e o exercício da ampla defesa, com o objetivo de alteração da imputação, inclusão de coautores ou vítimas, mesmo que resulte em modificação da situação jurídica dos agentes, como na espécie, em que se observou na instrução o suposto desfalque patrimonial de duas e não de uma única vítima.

A propósito:

> "EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIMES DE QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA, CORRUPÇÃO ATIVA E LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. ARTIGOS 288 (REDAÇÃO ANTERIOR), 317 E 333 DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 1º DA LEI Nº 9.613/98. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. DESMEMBRAMENTO DE AÇÃO PENAL QUANTO A RÉU CUJA DENÚNCIA NÃO FORA RECEBIDA NA INSTÂNCIA SUPERIOR. OFERECIMENTO DE NOVA DENÚNCIA DE DISTINTO TEOR PERANTE O JUÍZO COMPETENTE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO REGRAMENTO ATINENTE AO INSTITUTO DO ADITAMENTO À DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "*PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*". IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL.

1. A denúncia pode ser aditada a qualquer tempo antes da sentença final – garantido o exercício do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório –, modificando a situação jurídica do acusado, inclusive para fins de alteração da imputação e/ou inclusão de co-autores na peça acusatória; máxime quando a inicial sequer fora recebida originariamente e as alterações realizadas já após o desmembramento da respectiva ação penal, remetida ao juízo competente.

(...)

11. As nulidades reclamam, para seu reconhecimento, a comprovação de prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal), vedada a presunção, com o escopo de se evitar excessivo formalismo em prejuízo da adequada prestação jurisdicional, na esteira da aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*, aplicável às nulidades absolutas e relativas.

12. Inexiste excepcionalidade que permita a concessão da ordem, ante a ausência de teratologia na decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao recurso em *habeas corpus* lá impetrado.

13. Voto pela denegação da ordem de *habeas corpus*."

(STF - HC nº 137.637, Relator: LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, Processo Eletrônico DJe-080 Divulg. 24/04/2018 Public. 25/04/2018)

Assim, emergindo de modo superveniente ao início da persecução penal fatos ou circunstâncias novos que tenham repercussão na tipificação do delito ou na situação jurídica do acusado, cabe ao Ministério Público reformular a *opinio delicti*, com vistas a acrescentar tais elementos, oportunizando a parte contrária o contraditório e a ampla defesa.

E diante desse cenário, verifica-se que a decisão de primeiro grau não pode prevalecer, pois a relação conjugal entre o falecido L. e a mãe da depoente S., ou mesmo o óbito da genitora da testemunha não são elementos essenciais para a configuração do crime de furto, sendo irrelevante para o desfecho do processo o estado civil das vítimas, podendo a morte da ofendida ainda ser comprovada pelo *parquet*.

Deveras, após a oitiva da testemunha constatou-se que a genitora da depoente S. mantinha união estável com L. e faleceu um ano antes do seu companheiro. A depoente declarou que tudo que havia na casa pertencia ao casal e não somente a L.. Assim, o fato de não ter sido comprovada a relação do casal ou a morte da vítima por documento hábil não descaracteriza o crime de furto contra o espólio de M.A. dos S., mãe da testemunha S..

Vale destacar que tanto a legislação pátria quanto a jurisprudência relativizam a regra prevista no artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, quando a prova do estado da pessoa puder ser realizada por outro meio, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORANTE. ENVOLVIMENTO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE. CONFIGURAÇÃO. DOCUMENTO HÁBIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Código de Processo Penal estabelecia, em seu art. 155 - antes mesmo da edição da Lei nº 11.690/2008 -, que a prova quanto ao estado das pessoas deveria observar as restrições constantes da lei civil. Atualmente,

o dispositivo prevê, em seu parágrafo único: "Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil".

2. O Código Civil fixa, em seu art. 9º, a obrigatoriedade de registro, em assentamento público, dos seguintes acontecimentos: I - os nascimentos, casamentos e óbitos; II - a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz; III - a interdição por incapacidade absoluta ou relativa; IV - a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.

3. A legislação pátria relativiza a exigência de registro, em assentamento público, para a comprovação de questões atinentes ao estado da pessoa. Exemplificativamente, o art. 3º da Lei nº 6.179/1974 dispõe: "A prova de idade será feita mediante certidão do registro civil ou por outro meio de prova admitido em direito, inclusive assento religioso ou carteira profissional emitida há mais de 10 (dez) anos".

4. Na mesma linha de raciocínio, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 74, em 15/04/1993. Confira-se o enunciado: "Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil".

5. Em diversas situações - redução do prazo prescricional, aplicação da atenuante do art. 65, I, do Código Penal, comprovação da idade de vítima de crimes contra a dignidade sexual -, a jurisprudência desta Corte Superior considera necessária, para a comprovação da idade, a referência a documento oficial que ateste a data de nascimento do envolvido - acusado ou vítima. Precedentes.

6. No julgamento dos EREsp nº 1.763.471/DF (Rel. Ministra LAURITA VAZ, 3ª S., DJe 26/08/2019), a Terceira Seção desta Corte Superior sinalizou a impossibilidade de que a prova da idade da criança ou adolescente supostamente envolvido em prática criminosa ou vítima do delito de corrupção de menores ser atestada exclusivamente pelo registro de sua data de nascimento, em boletim de ocorrência, sem referência a um documento oficial do qual foi extraída tal informação (como certidão de nascimento, CPF, RG, ou outro).

6. De fato, soa ilógico que, para aplicar medidas favoráveis ao réu ou que visam ao resguardo da dignidade sexual da vítima, por exemplo, se exija comprovação documental e, para agravar a situação do acusado - ou até mesmo para justificar a própria condenação - se flexibilizem os requisitos para a demonstração da idade.

7. Na espécie, a análise do auto de prisão em flagrante permite verificar que, ao realizar a qualificação do menor, a autoridade policial menciona o número de seu documento de identidade e o órgão expedido, circunstância que evidencia que o registro de sua data de nascimento não foi baseado apenas em sua própria declaração, pois foi corroborado pela consulta em seu RG. Logo, deve ser restabelecida a incidência da majorante em questão.

8. Recurso provido para restabelecer a incidência da majorante prevista no inciso VI do art. 40 da Lei nº 11.343/2006 e, por conseguinte, readequar a pena imposta ao recorrido, nos termos do voto, assentando-se a seguinte tese: "Para ensejar a aplicação de causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006 ou a condenação pela prática do crime previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/1990, a qualificação do menor, constante do boletim de ocorrência, deve trazer dados indicativos de consulta a documento hábil - como o número do documento de identidade, do CPF ou de outro registro formal, tal como a certidão de nascimento."

(STJ - ProAfR no REsp nº 1.619.265/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 07/04/2020, DJe 18/05/2020)

Portanto, a prova testemunhal colhida em audiência confere suporte probatório mínimo para que seja realizado o aditamento da exordial acusatória, registrando-se que o juízo de admissibilidade da ação penal é norteado pelo princípio do *in dubio pro societate*.

No mesmo sentido:

"...RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE. *IN DUBIO PRO SOCIETATIS*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. O juízo de admissibilidade da ação penal é norteado pelo princípio do *in dubio pro societatis*, de forma que, na presença de indícios de autoria e prova da materialidade dos fatos, a denúncia deve ser recebida para que se dê regular processamento ao feito.

2. "...comprovada a materialidade do delito e havendo indícios suficientes de autoria, o cotejo da prova da acusação e da defesa deverá ser feito pelo Juiz competente, por meio de regular processo criminal (RHC nº 26.446/RN)..."

(STJ – HC nº 197.012/RJ – Quinta Turma – Ministro JORGE MUSSI – Dje 29/08/2011)

"PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONCUSSÃO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. REQUISITOS. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE.

1. O crime de concussão tem natureza formal, sendo suficiente, para sua configuração, a exigência da vantagem indevida. O efetivo auferimento do benefício é mero exaurimento do crime.

(...)4. Relativamente a dois dos fatos descritos como crime de concussão, a denúncia identificou agentes, indicou, individualmente, a conduta de cada um, apontando as circunstâncias necessárias à configuração do ilícito. Relativamente a esses fatos, estão preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP, havendo suporte probatório de autoria e materialidade suficiente para o juízo de recebimento da denúncia.

5. Denúncia recebida em parte, com afastamento do desembargador acusado do exercício do cargo."

(STJ – Apn nº 422/RN – Corte Especial – Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – DJE – 25/08/2012)

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. Denúncia. Decisão de rejeição da exordial acusatória fundamentada na ausência de justa causa. Recurso ministerial. Presença de suporte probatório mínimo a indicar a viabilidade da *persecutio criminis*. Peça acusatória que contém os requisitos legais e da qual deflui a justa causa que autoriza o seu recebimento. A jurisprudência tem respaldado a assertiva de que o exercício do direito de ação se queda à constatação de atipicidade do fato, da extinção da punibilidade do sujeito e quando a imputação não vier lastreada em um mínimo suporte probatório, não sendo essas hipóteses verificadas nos presentes autos. Decisão que denota prematura análise meritória. Recurso provido para recebimento da denúncia e prosseguimento do feito."

(TJRJ – Recurso em Sentido Estrito 0226095-32.2010.8.19.0001 – Primeira Câmara Criminal – Des. ANTONIO JAYME BOENTE – Julgamento – 22/05/2012)

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso para receber o aditamento da denúncia contra os recorridos.

RIO DE JANEIRO, 08 DE FEVEREIRO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. SUIMEI MEIRA CAVALIERI
RELATORA

COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. CONVERSA REALIZADA NO APLICATIVO *WHATSAPP*. AUSÊNCIA DE FRAGILIDADE PROBATÓRIA. CRIME FORMAL. CONSUMAÇÃO.

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL – COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. Art. 344, *caput*, duas vezes, n/f do art. 69, ambos do CP. Pena: 04 anos de reclusão e 40 dias-multa, em regime fechado. De acordo com a denúncia, o apelante ameaçou as vítimas A. e C. por meio de mensagens e de rondas intimidatórias em suas residências, para satisfazer interesse próprio, qual seja, impedir que prestem depoimentos no processo em que se apura a morte de C.A., filho e ex-cônjuge, respectivamente, das vítimas. SEM RAZÃO A DEFESA. Da absolvição: impossibilidade. Forte material probatório. O conjunto probatório robusto. Relevância da palavra das vítimas. Depoimento testemunhal e cópia das imagens extraídas das conversas de *WhatsApp* corroboram as declarações das vítimas. Vítimas arroladas como testemunhas no feito de nº 0001334-50.2020.8.19.0071, onde o referido apelante restou pronunciado pela participação no Homicídio Qualificado praticado contra a vítima C.A.. Ainda, segundo a vítima C., o apelante, vulgo "T.", atribui a prisão naqueles autos em decorrência de a ofendida ter fornecido a placa de seu carro à Autoridade Policial. O crime ora analisado é formal, não necessitando da satisfação do interesse visado pelo agente. Portanto, restou consumado o delito de coação no curso do processo praticado pelo apelante. Não há falar em fragilidade probatória. Da reprimenda imposta: irreparável. A pena inicial foi corretamente fixada em 02 anos de reclusão, em estrita observância ao previsto no art. 59 do CP. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Personalidade voltada para a prática de crimes e conduta social reprovável. Da fixação do regime aberto: inviável. A imposição do regime fechado para o início de cumprimento da pena se encontra bem fundamentada, respaldada em elementos concretos, não merecendo reparos, haja vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que justifica a fixação de regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do CP. Da substituição da pena corporal: descabimento. Ante as condições desfavoráveis do apelante, as quais não se mostram suficientes à substituição da pena, na forma do art. 44, inciso III do CP. Outrossim, não cabe a substituição da pena corporal, considerando que o crime foi cometido com grave ameaça empregada às vítimas, nos exatos termos do art. 44, inciso I, do CP. Manutenção da Sentença. DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Apelação Criminal nº 0000047-18.2021.8.19.0071, em que figura como Apelante W.H.F. M. e como Apelado o Ministério Público,

Acordam os Desembargadores que integram a Colenda Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por Unanimidade de votos negar provimento ao recurso.

RELATÓRIO

Consta dos autos, conforme denúncia, em resumo, que:

Em data que não se pode precisar, mas sendo certo que após o dia 28 de setembro de 2020, W.H.F. M, vulgo "T.", de forma livre, consciente e voluntária usou de grave

ameaça, consistente em rondar a casas de A.A. de C. e C.V. da S.C., com escopo intimidativo, para satisfazer interesse próprio, qual seja, impedir que prestem depoimentos no processo em que se apura a morte de C.A., filho e ex-cônjuge, respectivamente, das vítimas.

No dia 03 de outubro de 2020, W. de forma livre, consciente e voluntária usou de grave ameaça, consistente em enviar mensagem (*WhatsApp*) afirmando que terceiras pessoas matariam C.V. da S.C. para satisfazer interesse próprio, qual seja, impedir que preste depoimento no processo em que se apura a morte de C.A., seu ex-cônjuge.

No inquérito nº 100-00547/2020, onde se apurou crime de homicídio de C.A., A. e C. são testemunhas. Nas circunstâncias acima descritas foram ameaçadas por W., vulgo "T.", que se encontra preso preventivamente.

As vítimas narraram que W. passou a realizar rondas as suas residências após o enterro de C.A. que aconteceu no dia 28 de setembro de 2020, com objetivo de amedrontá-las.

Prosseguindo na execução, W. enviou mensagem de texto para M.C.C.M., prima da vítima C., afirmando que terceiras pessoas matariam C. se esta continuasse contribuindo com as investigações.

W. ouvido no sistema prisional reservou-se o direito de permanecer em silêncio.

Processado junto ao Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Porto Real/Quatis, sobreveio sentença (doc. 198), onde foi julgada procedente a denúncia para condenar W.H.F.M. pela prática do crime previsto no art. 344, *caput*, duas vezes, n/f do art. 69, ambos do Código Penal, às penas de 04 (quatro) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, em regime fechado.

Inconformado, E.H.F.M. apresentou razões de apelação no doc. 227.

Requer, a absolvição diante da fragilidade probatória. Subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal. A fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena corporal.

Em contrarrazões apresentadas no doc. 244, o Ministério Público pugna pelo desprovimento do recurso defensivo.

A D. Procuradoria de Justiça apresentou Parecer no doc. 261, opinando pelo parcial provimento do recurso, para, e tão somente, seja fixada a pena-base no mínimo legal, e estabelecido o regime prisional aberto, mantendo-se, no mais, a sentença guerreada.

É o Relatório.

VOTO

SEM RAZÃO A DEFESA.

Impossível a absolvição. Do forte material probatório.

Finda a instrução criminal, restaram comprovados os fatos narrados na denúncia.

A materialidade do delito se encontra devidamente comprovada pelo Registro de Ocorrência nº 100-00747/2020, além dos elementos informativos coligidos durante a investigação.

A autoria, por sua vez, é manifesta e deflui do conteúdo probatório carreado aos autos, ressaltando-se, as declarações das vítimas A.A. de C. e C.V. da S.C., além das testemunhas, na forma dos termos de depoimentos prestados em juízo.

As vítimas prestaram depoimentos seguros e convincentes ao relatar com detalhes os fatos conforme descritos na exordial acusatória.

A vítima A.A. de C., em sede inquisitorial

esclareceu o seguinte:

> "(...) Que a declarante afirma que E.H.F.M., vulgo T., um dos autores do homicídio do filho da declarante, o nacional C.A., é pessoa violenta e, com frequência, efetuava disparos de arma de fogo no bairro onde a declarante mora; Que nunca viu W.T. vendendo drogas mas já o viu, diversas vezes, na companhia de membros da facção criminosa Terceiro Comando Puro; Que, desde a morte de C.A., W.T., juntamente com I.P.A.N., rondavam a casa da declarante; Que essas rondas começaram em 28/09/2020, dia do velório de C.A.; Que tais rondas tinham por objetivo amedrontar a declarante; Que W.T., durante essas rondas, ria para a declarante com evidente intenção de deboche e intimidação; Que M.P.M., vulgo M., também rondou a casa da declarante antes de ser preso; Que teme por sua vida se eventualmente esses indivíduos forem liberados da cadeia; Que a declarante pode afirmar que a intimidação praticada por T. quando mandou mensagem para M.C.C.M. foi direcionada a C.V. da S.C., não a declarante; Que após terem sido presos, nenhum outro indivíduo passou mais pelo local para intimidar a declarante; Que nada mais disse nem lhe foi perguntado."

Ouvida em juízo, a vítima C.V. da S.C. ratificou as declarações prestadas por Andreia, senão vejamos:

> "(...) sua prima (M.C.) estava desesperada, com o celular na mão, afirmando que era para a depoente tomar cuidado na rua, pois o réu, vulgo "T.", estava "bolado", afirmando que a vítima havia clonado a placa de seu carro e informado à polícia, para fins de informações relevantes no outro processo-crime que responde o réu. Assim, o réu informou à prima da vítima que não faria nada, pessoalmente, contra a ofendida, mas tinha quem o fizesse. A respeito do episódio relativo às rondas intimidatórias realizadas pelo réu próximas à casa da depoente e da vítima A., sua ex-sogra, esclareceu que tais condutas eram comuns mesmo antes de as ofendidas possuírem informações a respeito do processo de homicídio no qual W. também é réu. Disse que é testemunha no processo de homicídio, cuja vítima é seu ex-companheiro. Informou que as condutas perpetradas pelo acusado, quais sejam, o envio das mensagens ao celular da prima e a continuidade das rondas intimidatórias nas proximidades de sua residência, tem a ver com o deslinde das investigações do processo de homicídio, pois o réu acredita ter sido preso em razão dos depoimentos prestados pela declarante. Disse ter tido acesso ao conteúdo das mensagens enviadas pelo réu à sua prima, constatando o claro teor de ameaça contido nelas. Afirmou que sua prima não compareceu à audiência em razão de a mãe dela não ter autorizado. Contou temer o réu, por ser violento. (...) informou que o réu costumava fazer rondas nas proximidades de sua casa, especialmente para amedrontar os meninos da facção rival (Comando Vermelho). Disse que as ameaças do réu pelo celular de sua prima foram por meio de áudio, os quais não foram juntados aos autos, pois foram deletados e não recuperados pela Autoridade Policial (...)".

Com efeito, vê-se que a vítima C. foi categórica ao afirmar que o apelante as ameaçou por meio de mensagens e de rondas intimidatórias em suas residências.

Frise-se que, como já firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, as declarações das vítimas, em crimes cometidos às

ocultas, possuem especial relevância, mormente quando firmes e convictas, tal qual a hipótese dos autos.

Já a versão do apelante no sentido de não ter ameaçado as vítimas não encontra apoio nos elementos dos autos, não passando de mera tentativa de amenizar sua responsabilidade penal.

Interrogado, o apelante afirmou ter ficado bravo com C., por ter tirado foto da placa de seu carro, e informou a M.C.; disse que passou na rua de C. e A., para visitar amigos, tendo, porém, negado as ameaças.

Acrescente-se que as declarações de C.V. da S.C. estão alinhadas ao depoimento de M.C., em sede inquisitorial, quando afirmou que: "no dia 03/10/2020, quando a declarante estava na casa de C., T. mandou mensagens para o *WhatsApp* da declarante dizendo para a declarante avisar a C. para a mesma parar de pegar os dados da placa do carro dele, dando a entender que não queria de C. passasse as informações para a polícia; Que temendo pela integridade de C., a declarante falou para T. que era para ele não fazer nada com C., tendo T. afirmado que não precisaria fazer nada pois teria pessoas para fazer isso por ele".

O que é corroborado pelas imagens extraídas das conversas de *WhatsApp* entre C. e M.C., quando esta informou sobre o conteúdo da notícia ameaçadora recebida (doc. 066).

Ressalte-se, por oportuno, que conforme consta do relatório de inquérito (doc. 019), as vítimas figuram como testemunhas nos autos do inquérito policial nº 100-00547/2020, em que se apurava crime de homicídio perpetrado pelo ora apelante E.H.F.M..

Temos ainda o depoimento do policial civil, A. dos S. de A., que informou o seguinte em Juízo:

" (...) que, durante investigação que se apurou crime de homicídio perpetrado pelo réu vulgo "T." em face da vítima C.A., chegou ao conhecimento da Autoridade Policial que uma testemunha estava sendo intimidada pelo réu, em razão de ter colaborado com a equipe policial anterior para o deslinde das apurações, considerando ter fornecido a placa do carro de W.; que, de posse de tais relatos, foram as vítimas intimadas, constando-se que o réu W. ameaçou a vítima C. por meio de mensagens enviadas pelo celular de um familiar da ofendida, a qual, por medo, resolveu apagar os áudios, não tendo os Policiais Civis meios técnicos para resgatar o conteúdo das mensagens; que as vítimas estavam amedrontas; e que o réu tem passagens anteriores."

Na hipótese, não há razões para se negar crédito ao referido depoimento do agente público.

Nesta perspectiva, portanto, há que se aplicar à hipótese o ensinamento contido na Súmula nº 70 deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Neste feito, o apelante, vulgo "T.", foi acusado de, com o objetivo de beneficiar-se em processo penal movido contra si, no qual é acusado de participação no Homicídio Qualificado praticado contra a vítima C.A.C. de O., passou a ameaçar as vítimas A.a. de C. e C.V. da S.C., que foram arroladas como testemunhas no feito de nº 0001334-50.2020.8.19.0071, onde o referido apelante restou pronunciado.

Segundo a vítima C., o apelante, vulgo "T.", atribui a prisão naqueles autos em decorrência de a ofendida ter fornecido a placa de seu carro à Autoridade Policial.

Assim é que, com efeito, o ora apelante, após o sepultamento da vítima (C.A.C. de O.) dos autos nº 0001334-50.2020.8.19.0071, a partir do dia 28 de setembro de 2020,

realizou diversas rondas nas proximidades das casas de A.A. de C. e C.V. da S.C., com clarividente espoco intimidativo, de modo a evitar que ambas prestassem depoimento nos referidos autos.

Sem prejuízo, no dia 03 de outubro de 2020, enviou áudios ao *WhatsApp* da testemunha M.C., afirmando que terceiras pessoas matariam a vítima C.V. da S.C., do mesmo modo, com escopo intimidativo, de modo a impedir que a ofendida prestasse depoimento nos autos nº 0001334-50.2020.8.19.0071.

Pois bem. De acordo com o doutrinador Rogério Sanches Cunha, a conduta punível do art. 344 do CP é a de "usar (empregar) violência (coação física em sentido amplo) ou grave ameaça (séria intimidação, justa ou injusta, revestida de potencialidade intimidatória) contra autoridade (delegado, juiz, promotor etc.), parte (vítima, réu ou corréu) ou qualquer pessoa que funcione ou é chamada a intervir (escrivão, perito, tradutor, intérprete, testemunha, jurado etc.) em processo judicial (cível ou penal), policial (inquérito) ou administrativo, ou juízo arbitral, com o fim de satisfazer interesse próprio ou alheio." (Código Penal para Concursos – ed. *Juspodium*. 9ª ed. p. 902 e 903).

Ou seja, a utilização da violência ou grave ameaça deve ser dirigida finalísticamente no sentido de obter algum favorecimento de interesse próprio ou alheio que esteja sendo considerado em processo judicial, policial ou administrativo ou em juízo arbitral, o que se coaduna perfeitamente à hipótese dos autos.

No tipo em comento (art. 344 do Estatuto Repressor), pune-se aquele que emprega violência ou grave ameaça contra autoridade, parte ou qualquer pessoa que funcione ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou ainda, arbitral, com a finalidade de satisfação de interesse próprio.

Conforme comprovado, o apelante, com o intuito de favorecer interesse próprio, ameaçou as vítimas A.a. de C. e C.V. da S.C., que testemunharam na ação penal nº 0001334-50.2020.8.19.0071, em que o aqui apelante foi pronunciado como coautor do homicídio de C.A.C. de O..

O crime ora analisado é formal, não necessitando da satisfação do interesse visado pelo agente. Portanto, restou consumado o delito de coação no curso do processo praticado pelo apelante.

Por todo o exposto, dá-se como certa a autoria e a materialidade da conduta imputada ao apelante, não devendo se falar em possível absolvição por insuficiência probatória e nem em violação ao princípio do *in dubio pro reo*.

IRREPARÁVEL A REPRIMENDA IMPOSTA.

Com efeito, a pena inicial foi corretamente fixada em 02 (dois) anos de reclusão, em estrita observância ao previsto no art. 59 do Código Penal.

Depreende-se dos autos, que o aumento aplicado se mostrou fruto de uma avaliação negativa dos antecedentes do apelante.

Verifica-se, por outro lado, que o apelante praticou diversos atos infracionais durante a adolescência, e, ao atingir a maioridade, foi pronunciado pelo crime de homicídio qualificado e pela prática do crime em apuração, sendo de rigor a exasperação de sua pena-base, em razão de possuir personalidade voltada à prática de atos contrários à lei, embora sua jovialidade.

Ademais, a existência de anotações criminais, com ou sem trânsito em julgado, devem ser consideradas como indicativo de personalidade voltada para a prática de crimes e conduta social reprovável, e que não podem ser ignoradas,

devendo ser sopesadas à luz do caso concreto, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Neste sentido, não se trata de perpetuar a condenação, mas, sim, considerar o comportamento anterior do apelante para fins de valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Resta evidente o desvio de comportamento do apelante, que denota que o crime, ora em fase de recurso, não é um fato isolado em sua vida, ensejando-lhe decerto a fixação da pena em patamar acima do mínimo legal.

Não se pode dar tratamento igualitário para aquele que nunca se envolveu com qualquer ilícito e para quem faz do atuar criminoso um meio de vida, demonstrando, inclusive, ter má índole. Isto seria inconstitucional, por atingir o princípio da proporcionalidade.

Assim, o aumento da pena se impõe, estando o quantum de acréscimo da pena justificado, tendo em vista as finalidades retributiva e preventiva da pena, não ferindo qualquer princípio constitucional de garantia.

Em que pese o inconformismo defensivo em relação à possibilidade de avaliação judicial dos critérios acima expostos, tal possibilidade foi conferida pelo legislador ao Magistrado, justamente para que fosse realizada uma adequada individualização da sanção penal.

É de se verificar que a pena-base foi fixada de forma devidamente justificada, observando-se o princípio da proporcionalidade, de modo a se preservar o livre convencimento motivado e a discricionariedade vinculada do julgador.

Repisa-se que, agiu com correção a magistrada, que valorou os critérios legais e recomendados pela doutrina para fixar a pena, de forma a ajustá-la ao seu fim social.

Cumpre observar que a aplicação da pena é resultado da valoração subjetiva do magistrado, respeitados os limites legais imposto no preceito secundário da norma, bem como os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI da Constituição da República.

Por fim, verifica-se por necessário o somatório final das penas, considerando a presença de concurso material de crimes, nos termos do artigo 69 do Código Penal.

À conta de tais considerações, não merece prosperar o pleito defensivo de fixação da pena-base no mínimo legal.

INVIÁVEL O PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO.

No caso em exame, a imposição do regime fechado para o início de cumprimento da pena se encontra bem fundamentada, respaldada em elementos concretos, não merecendo reparos, haja vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que justifica a fixação de regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Deste modo, o regime fechado é o que melhor atende a finalidade da pena, cujos aspectos repressivos e preventivos ficariam sem efeito na hipótese de um regime mais brando, ante a possibilidade de o apelante não ser suficientemente intimidado a não mais delinquir.

DESCABIDO O PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL.

Ante as condições desfavoráveis do apelante, as quais não se mostram suficientes à substituição da pena, na forma do art. 44, inciso III do Código Penal.

Outrossim, não cabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando que o crime foi cometido com grave ameaça empregada às vítimas, nos exatos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Portanto, conclui-se que o conjunto probatório é satisfatório e hábil ao decreto condenatório proferido. A r. sentença não merece reparos como pretende a Defesa, devendo ser mantida pelos próprios fundamentos.

Voto pelo desprovimento do recurso defensivo.

RIO DE JANEIRO, 07 DE DEZEMBRO DE 2021.
(DATA DE JULGAMENTO)
DESª. GIZELDA LEITÃO TEIXEIRA
RELATORA

MAUS-TRATOS A ANIMAIS. DANIFICAR FLORESTA CONSIDERADA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. CAUSAR POLUIÇÃO EM CÓRREGO. LAUDOS PERICIAIS. CONCURSO MATERIAL.

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DOS ARTIGOS 32, 38 E 54, TODOS DA LEI Nº 9.605/98). Acusado condenado pela prática do crime previsto no artigo 32 da Lei nº 9.605/98, à pena de 3 (três) meses de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa; pela prática do crime previsto no artigo 38 da Lei nº 9.605/98, à pena de 1 (um) ano de detenção; pela prática do crime previsto no artigo 54 da Lei nº 9.605/98, à pena de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. Aplicado o concurso material de crimes, a pena final é de 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, e 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor mínimo legal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em duas prestações pecuniárias, cada uma no valor de um salário mínimo. Pedido absolutório por fragilidade do conjunto probatório. Não acolhido. Materialidade e autoria dos crimes comprovadas pelas peças técnicas, especialmente os laudos periciais, e pela prova oral. Os laudos de exame de local constataram os maus-tratos a animais bovinos, que eram mantidos confinados e foram encontrados com fezes coladas aos próprios corpos e vivendo em local em que tinham constante contato com seus próprios dejetos. Comprovada ainda a prática de desmatamento em área de proteção permanente, bem como a poluição a águas, na medida em que foi constatado que o terreno em que os animais bovinos eram mantidos confinados não possuía uma devida estrutura de captação/escoamento dos dejetos dos animais e, em consequência, tais dejetos eram escoados diretamente para o córrego existente na proximidade. Pedido de aplicação do princípio da insignificância, com a consequente decretação da absolvição. Não cabimento. A multiplicidade de ofensas aos bens jurídicos tutelados pela norma penal ambiental (Lei nº 9.605/98) afasta, de plano, a perspectiva da absolvição do acusado a partir do reconhecimento da insignificância de sua conduta. Não cumprimento dos vetores dispostos pelo E. STF para a incidência do pretendido princípio. Dosimetria foi fixada no mínimo legal, não havendo modificações a serem realizadas. Mantido ainda o regime de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da Sentença. DESPROVIMENTO do recurso defensivo, para manter a Sentença na íntegra.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados estes autos da Apelação Criminal nº 0003220-39.2018.8.19.0044, em que é Apelante T. de O.S., e Apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que compõem a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso defensivo, na forma do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Recurso de Apelação interposto por T. de O.S., em face de Sentença que o condenou, nos seguintes termos:

- pela prática do crime previsto no artigo 32 da Lei nº 9.605/98, à pena de 3 (três) meses de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa;
- pela prática do crime previsto no artigo 38 da Lei nº 9.605/98, à pena de 1 (um) ano de detenção;
- pela prática do crime previsto no artigo 54 da Lei nº 9.605/98, à pena de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Aplicado o concurso material de crimes, a pena final é de 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, e 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor mínimo legal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em duas prestações pecuniárias, cada uma no valor de um salário mínimo. (pasta 348)

Narra a denúncia, *in verbis*:

> "...Em dia e horários que não se podem precisar, até a data de 18 de maio de 2015, por volta das 10:30 horas, Sítio Bonsucesso, na zona rural de Purilândia, distrito desta cidade, o denunciado, consciente e voluntariamente, causou poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultam ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora, visto que carreava dejetos provenientes do curral de bovinos, em direção ao córrego Bonsucesso, bem como uma vala com água represada, o que era utilizado como estação de tratamento de resíduos, sem qualquer critério técnico, direto no chão, contaminando o solo, lençol freático e águas subterrâneas e superficiais, conforme demonstrado pelos Laudos de f. 17/18 e f. 38/41.
>
> Ainda nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar acima mencionados, o denunciado, consciente e voluntariamente, destruiu ou danificou floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizava com infringência das normas de proteção, desmatando área existente às margens do córrego Bonsucesso até o curral, para expansão de área do curral, área esta considerada de preservação permanente (APP), conforme demonstrado através dos Laudos de f. 17/18 e 38/41.
>
> Ainda nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar já mencionados, o denunciado, de forma consciente e voluntária, praticou atos de abuso e maus-tratos em relação aos animais de sua propriedade, uma vez que os citados animais (gados e porcos) apresentavam porte físico demasiadamente franzino, com ossada aparente sob a pele, estando eles em péssimas condições higiênicos sanitárias, habitando junto aos seus próprios dejetos (fezes e urina), com predisposição dos animais ao aparecimento de doenças e estresse, conforme demonstrado através dos Laudos de f. 17/18 e 38/41.
>
> Consta dos autos que policiais militares lotados no UPAM – Sta. M. Madalena, receberam informações no sentido de que o proprietário rural em questão estaria poluindo o córrego Bonsucesso, tendo então diligenciado até o local informado com a finalidade de averiguar a veracidade do informado. Chegando ao local indicado, os agentes da lei constataram que o denunciado mantinha diversos

bovinos presos dentro do curral e uma área anexa, delimitada por cerca de arame farpado, próxima ao córrego em questão, em aparente confinamento de engorda, sendo certo que os dejetos dos animais (fezes e urina) eram lançados diretamente sobre o solo, sem qualquer tratamento, escoando em direção ao córrego Bonsucesso.

Após nova vistoria realizada no local dos fatos, os peritos constataram ainda que a ocorrência de área recentemente desmatada, desde as margens do córrego até o curral, para expansão da área do curral, salientando tratar-se de área de preservação permanente, bem como, que o local onde os animais estavam confinados não teria condições higiênicas satisfatória para os animais, gerando risco aos mesmos e também que os dejetos provenientes dos animais estaria causando risco de contaminação do meio ambiente. Após perícia e o exame pertinente, que originou o Laudo de Exame em Local de meio ambiente ri° PRPTC-IT-SPC-000254/2015 (f. 17/18), conclui-se que no local ocorreu desmatamento em área de preservação permanente, maus-tratos aos animais bovinos, mediante confinamento em curral sem instalações higiênico-sanitárias adequadas e poluição ambiental.

Assim agindo, está o denunciado incurso nas penas dos artigos 32, 38 e 54, todos da Lei nº 9.605/98, n/f do artigo 69, do Código Penal...”

O Laudo de exame de local encontra-se nos indexadores nº 28 e 58.

Assentada de Audiência de Instrução e Julgamento encontra-se no indexador nº 316.

A Folha de antecedentes criminais encontra-se no indexador nº 328.

A Defesa, em suas razões, requer a absolvição, ante a fragilidade do conjunto probatório.

Pretende ainda a absolvição quanto à imputação do crime de maus tratos a animais, já que os bovinos teriam sido conscientemente comprados em estado de “magreza” para a prática de “engorda”, visando à venda posterior.

Quanto à prática do crime previsto no artigo 38, da lei de crimes ambientais, afirma que o laudo acostado a f. 38 não constata qualquer desmatamento, o que deve conduzir à absolvição.

Em relação à imputação do crime previsto no artigo 54 da lei ambiental, alude que não há nos autos evidência de que houve qualquer direcionamento de dejetos animais ao riacho, de modo que a configuração do tipo penal é impossível, na medida em que há a necessidade de demonstração do efetivo dano ou de comprovação da potencialidade do dano ambiental.

Pugna, ainda, pela aplicação do princípio da insignificância, eis que a lesão ao equilíbrio ecológico seria irrelevante. (indexador nº 377)

Contrarrazões ministeriais pleiteiam o desprovimento do Recurso defensivo. (indexador nº 407) Parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra do Dr. Alexandre Araripe Marinho, opina pelo desprovimento do recurso defensivo. (pasta 421)

É o relatório. À Douta Revisão.

VOTO

Recurso de Apelação interposto por T. de O.S., em face de Sentença que o condenou, nos seguintes termos:

- pela prática do crime previsto no artigo 32 da Lei nº 9.605/98, à pena de 3 (três) meses de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa;

- pela prática do crime previsto no artigo 38 da Lei nº 9.605/98, à pena de 1 (um) ano de detenção;
- pela prática do crime previsto no artigo 54 da Lei nº 9.605/98, à pena de 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Aplicado o concurso material de crimes, a pena final é de 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, em regime aberto, e 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor mínimo legal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em duas prestações pecuniárias, cada uma no valor de um salário mínimo.

O pedido absolutório foi calcado nos seguintes argumentos:

- Fragilidade do conjunto probatório;
- O fato de que os bovinos teriam sido conscientemente comprados em estado de "magreza" para a prática de "engorda", visando à venda posterior;
- Quanto à prática do crime previsto no artigo 38, da lei de crimes ambientais, afirma que o laudo acostado a f. 38 não constata qualquer desmatamento, o que deve conduzir à absolvição;
- Em relação à imputação do crime previsto no artigo 54 da lei ambiental, alude que não há nos autos evidência de que houve qualquer direcionamento de dejetos animais ao riacho, de modo que a configuração do tipo penal é impossível, na medida em que há a necessidade de demonstração do efetivo dano ou de comprovação da potencialidade do dano ambiental.

Pugna, ainda, pela aplicação do princípio da insignificância, eis que a lesão ao equilíbrio ecológico seria irrelevante.

Não merece acolhida a pretensão absolutória.

Ao contrário do que afirma a Defesa, a higidez do conjunto probatório mostrou-se apta a balizar a condenação do acusado quanto à totalidade da imputação deduzida na Denúncia.

Isso porque a materialidade e a autoria dos delitos encontram-se comprovadas pelo teor do Registro de Ocorrência (indexador nº 9) e especialmente dos Laudos Periciais (indexadores nº 28 e 58), que constataram os maus tratos aos bovinos, bem como a poluição ambiental, em razão da ausência de estruturas capazes de receberem a disposição final de dejetos bovinos e ainda o desmatamento em área de preservação permanente.

No mesmo sentido, tem-se a prova oral produzida nos autos e consistente nos depoimentos dos policiais militares S.A. de O. e M.D.A.F., responsáveis por comparecerem ao local dos fatos, após receberem denúncia de um vizinho da propriedade.

Tanto em sede policial, quanto em Juízo, os agentes da lei narraram, de forma precisa e harmônica, as condições que encontraram no imóvel arrendado pelo acusado e onde eram mantidos animais bovinos para engorda e posterior comercialização, em condições precárias de higiene e sem os devidos cuidados com o meio ambiente.

As declarações dos agentes da lei foram corroboradas pelo conteúdo das provas periciais

que descreveram minuciosamente a situação encontrada no imóvel.

O Laudo de Exame em Local de Meio Ambiente (indexador nº 28) constatou:

> "a) prática de criação de bovinos por confinamento;///
>
> b) curral a cerca de 30m (trinta metros) de distância de córrego d'água presente aos fundos da propriedade;///
>
> c) córrego com cerca de 1,5m (um metro e cinquenta centímetros) de largura entre as margens:///
>
> d) área recentemente desmatada desde as margens do córrego até o curral, para expansão da área do curral, área considerada de preservação permanente (APP), de acordo com a Lei Federal nº 12.651/2012 (Código Florestal);///
>
> e) curral com cerca de 50 (cinquenta) animais bovinos;///
>
> f) animais com porte físico franzino e ossada aparente sob a pele;///
>
> g) ausência de estrutura de captação/escoamento dos dejetos bovinos no curral, condições higienicossanitárias inapropriadas aos animais, piso com grande volume de dejetos bovinos (fezes e urinas) acumulados;///
>
> h) animais em péssimas condições higienicossanitárias, habitando junto aos seus próprios dejetos acumulados, encrustamento de fezes no corpo dos animais, predisposição dos animais a doenças e estresse;///
>
> i) carreamento de dejetos provenientes do curral em direção ao córrego, risco de contaminação de águas fluviais;///
>
> j) disposição de pilhas de excrementos bovinos ao lado do curral, diretamente sobre o solo, risco de contaminação do solo e de lençóis freáticos;///
>
> k) ausência de canaletas de ventilação no curral, exalação de odores desagradáveis (forte mau-cheiro) provenientes de gases formados no curral, causando desconforto à vizinhança e aos próprios animais confinados.///...."

Por seu turno, o Laudo de Exame em Local trouxe a seguinte constatação (*index* 58):

> "Baseando-se nos elementos técnicos colhidos no local, pode o perito criminal, assim descrevê-lo: A) Foi encontrado na propriedade, localizado a 15,0 m (distância maior) e 8,0 m (distância menor) do curso d'agua (córrego) ali existente, um curral com área coberta e área descoberta, delimitada por arame farpado, construído sem critério técnico, utilizado para confinamento e engorda de gado bovino juntamente com suíno. B) Próximo ao córrego, existe um buraco com água represada, o que seria uma lagoa de tratamento de resíduos, construído sem nenhum critério técnico, causando assim contaminação do solo, lençol freático e águas subterrâneas e superficiais. C) a referida área é localizada próxima de área de preservação permanente, gerando risco de contaminação e poluição dos recursos hídricos ali existentes. D) A área é desprovida de sistema de efluentes e tratamento destes, sem adoção de técnica de conservação e preservação do solo. E) Foi notado durante os exames fortes odores fétidos no local, odores típicos dos produzidos por gases amônia e sulfetos do esterco bovino e suíno.///... 1) Notava-se que os vestígios haviam sido produzidos recentemente. 2) No momento dos exames, não havia ninguém no local. 3) os exames foram acompanhados por uma equipe de PMERJ. 4) Havia no local duas residências, sendo uma maior que outra, construídas em alvenaria e cobertas por telhas de barro. 5) Nada foi encontrado de valor criminal no local examinado."

Conforme se verifica das peças técnicas, não há espaço para qualquer dúvida a respeito da prática dos crimes ambientais em julgamento.

Em sede de autodefesa, o acusado negou a prática dos crimes, afirmando, em síntese, que:

> "...tinha um confinamento na época; que a propriedade era arrendada; que comprava o gado mais magro para confinar entre 90 e 120 dias para abate; que nunca cortaram nada ou tiraram uma árvore no local; que nunca jogaram dejetos dentro do córrego; que o curral era limpo e os dejetos jogados na campineira ou no pasto, como adubo; que não se recorda qual a distância que o curral ficava do riacho, mas acredita que seja de 20 a 30 metros; que ficou com a propriedade arrendada por dez anos; que o arrendamento já terminou; que o gado era tratado para obtenção de lucro com sua engorda e posterior venda..."(-transcrição contida na Sentença).

As testemunhas L. da S. e C.M.F. da C., que trabalhavam na propriedade do acusado, buscaram corroborar as alegações apresentadas por este, negando a prática de atos que configurassem os crimes em comento.

Ocorre que os depoimentos dos agentes da lei aliados à conclusão apresentada pelas duas provas periciais não deixam dúvidas quanto à prática dos crimes.

Ao contrário do que alega a Defesa, o crime de maus-tratos aos animais bovinos não se baseou somente no fato de estes se apresentarem extremamente magros, com ossatura aparente sob a pele, mas também nas condições deploráveis de higiene em que eram mantidos.

As fotografias acostadas aos laudos técnicos demonstram que os animais foram encontrados com fezes coladas aos próprios corpos e vivendo em local em que tinham constante contato com seus próprios dejetos.

Sendo assim, resta caracterizada a prática do crime previsto no artigo 32 da Lei nº 9.605/98.

Do mesmo modo, restou comprovada a prática de desmatamento em área de proteção permanente. E, diversamente do que alega a defesa, a prova técnica produzida pelo primeiro laudo é suficiente a demonstrar tal prática criminosa, cuja responsabilidade incide sobre o acusado que, segundo ele próprio, era quem arrendava a propriedade para a criação de gado e ficou na posse desta por dez anos.

Destarte, mantém-se a condenação pela prática do crime previsto no artigo 38 da Lei nº 9.605/98.

Ademais, também restou consolidada a prática do crime previsto no artigo 54 do mesmo diploma legal, na medida em que foi constatado que o terreno em que os animais bovinos eram mantidos confinados não possuía uma devida estrutura de captação/escoamento dos dejetos dos animais e, em consequência, tais dejetos eram escoados diretamente para o córrego existente na proximidade.

O segundo laudo pericial reforçou tal ocorrência, descrevendo que "...Próximo ao córrego, existe um buraco com água represada, o que seria uma lagoa de tratamento de resíduos, construído sem nenhum critério técnico, causando assim contaminação do solo, lençol freático e águas subterrâneas e superficiais..."

Malgrado a prática dessa multiplicidade de delitos, pretende o acusado o reconhecimento do princípio da insignificância, com a consequente decretação da absolvição.

Evidente a impossibilidade de incidência do mencionado princípio, na medida em que, em se tratando de crimes ambientais, como bem alinhou o d. Procurador de Justiça, a cautela na aplicação de tal princípio deve ser ainda mais aprimorada.

Isso porque, como já decidiu o E. STF, para que se reconheça a insignificância em uma

prática criminosa, impõe-se a presença cumulativa de quatro vetores: a mínima ofensividade da conduta, o reduzido grau de reprovabilidade do agente, a ausência de periculosidade social e ainda a inexpressiva lesão jurídica provocada.

Ora, de certo que na hipótese dos autos, a multiplicidade de ofensas aos bens jurídicos tutelados pela norma penal ambiental (Lei nº 9.605/98) afasta, de plano, a perspectiva da absolvição do acusado a partir do reconhecimento da insignificância de sua conduta.

Restou provado que o acusado desmatou área de proteção permanente, além de causar poluição a águas existentes no entorno de sua propriedade, bem como infligiu sofrimento a animais bovinos. Por óbvio que tais condutas não se enquadram em nenhum dos vetores necessários ao reconhecimento do princípio da bagatela.

Por fim, a dosimetria foi fixada no mínimo legal, não havendo modificações a serem realizadas.

Mantido ainda o regime de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da Sentença.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso defensivo, para manter a Sentença na íntegra.

RIO DE JANEIRO, 23 DE NOVEMBRO DE 2021.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. MÁRCIA PERRINI BODART
RELATORA

REVISÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DEPOIMENTOS COMPROVADAMENTE FALSOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. REFORMA DA SENTENÇA. ABSOLVIÇÃO.

ACÓRDÃO

REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO. ARTIGOS 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS A DEMONSTRAR A AUTORIA DELITIVA. O pressuposto primordial e indispensável para a propositura da revisão criminal é a sentença transitada em julgado, que deverá estar eivada de erro de procedimento ou erro de julgamento (*error in procedendo* ou *error in judicando*). A sentença não pode apenas ter transitado em julgado para ser proposta a ação de revisão criminal. Mister se faz ainda que tenha vício de procedimento ou de julgamento, sem os quais não há que se falar em revisão criminal. O erro judicial é a mola propulsora da *revisio*. Além disso, por se tratar de ação de fundamentação vinculada, a propositura da ação de revisão criminal deve obediência estrita ao mandamento trazido pelo rol taxativo do artigo 621 do CPP, não admitindo ampliações. As hipóteses previstas no artigo mencionado constituem o mérito da ação revisional, pois, se não estiver presente a hipótese alegada, o pedido deverá ser julgado improcedente. No caso em análise, a alegação defensiva acerca da ocorrência da hipótese prevista no artigo 621, II, do Código de Processo Penal, procede, considerando que, em sede de Justificação as testemunhas de acusação mudaram totalmente o teor das suas declarações, passando a inocentar o réu. Procedência do pedido para reformar a sentença combatida e absolver o requerente, com fulcro no disposto no artigo 386, IV do CPP.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Revisão Criminal nº 47750-61.2021.8.19.0000, em que é Requerente A.O. do E.S. e Requerido Ministério Público.

Acordam, por unanimidade, os Desembargadores que compõem o 2º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada nesta data, em dar provimento à revisão criminal, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Adoto o relatório constante no parecer da d. Procuradoria de Justiça.

VOTO

É cediço que, uma vez instaurado um litígio, o Estado tem um urgente interesse em estabelecer a paz e a tranquilidade social, dando a cada um aquilo que, efetivamente, pertence-lhe. Pois não se pode permitir que os litígios se eternizem, criando no seio social a incerteza quanto às relações jurídicas.

Instaurado o processo, *mister* se faz a busca de uma solução que permita aos homens alcançar a paz social (se é que isso é possível). Dessa forma, certeza jurídica e estabilidade social são as duas vertentes que fundamentam uma decisão judicial. Entretanto, essas duas vertentes só podem ser alcançadas se houver a impossibilidade de, uma vez transitada em julgado, essa decisão ser revista, salvo nos casos expressamente previstos em lei, pois a máxima *res judicata pro viritate habetur* não pode nem deve ter valor absoluto, principalmente em matéria criminal, se a decisão for condenatória.

Isso quer dizer que os erros judiciários, como os erros de todo o gênero no meio social, são verdadeiras realidades, e, uma vez identificados, o Poder Judiciário, sendo provocado, determina que sejam reparados.

Ora, é exatamente o instituto da coisa julgada que impede a revisão dessa decisão e dá a certeza jurídica e a estabilidade social que se almejam em um processo.

Coisa julgada significa uma decisão imutável e irrevogável, somente podendo ser desfeita por outro instituto, constitucionalmente previsto e chamado de revisão criminal é capaz de desfazer a imutabilidade do comando emergente de uma sentença.

A revisão criminal, por sua vez, é o instrumento colocado à disposição do indivíduo para que ele possa resgatar seus *status dignitatis*, ou seja, sua dignidade enquanto pessoa. Assim, vivendo em um Estado Democrático de Direito, o indivíduo somente poderá perder a sua liberdade se forem respeitados todos os procedimentos previstos em lei, sob pena de não lhe garantirmos um princípio constitucional fundamental: o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, o objeto da revisão criminal é exatamente a dignidade do indivíduo que, se ataca por um erro judiciário, deve ser restabelecida.

A revisão criminal, sendo uma ação, está sujeita às condições genéricas do direito de agir.

A possibilidade jurídica do pedido é a previsão, no ordenamento jurídico, da ação de revisão. A possibilidade jurídica é exatamente a previsão, estabelecida no artigo 621 do CPP, de se interpor a revisão criminal.

Já o pressuposto primordial e indispensável é a sentença transitada em julgado, que deverá estar eivada de erro de procedimento ou erro de julgamento (*error in procedendo ou error in judicando*).

A sentença combatida não pode apenas ter transitado em julgado para ser proposta a revisão criminal. *Mister* se faz ainda que tenha vício de procedimento ou de julgamento, sem os quais não há que se falar em revisão criminal. O erro judiciário é a mola propulsora da revisio.

A revisão criminal é uma ação de fundamentação vinculada, uma vez que sua propositura está atada ao mandamento previsto no artigo 621 do CPP, este que possui rol taxativo, não admitindo ampliação. As hipóteses previstas no mencionado artigo constituem o mérito da ação revisional, pois, se não estiver presente a

hipótese alegada, o pedido deverá ser julgado improcedente, como no caso em análise.

Não se pode confundir prova contra e a favor, pois nesse caso, se o juiz condena com base nas provas que são contra o acusado, não estará ele condenando contra a evidência dos autos. O que há nessa hipótese é o exercício do livre convencimento, sistema adotado entre nós. A condenação há que ser contra todas as provas dos autos que evidenciam a inocência do acusado.

A alegação defensiva acerca da falsidade dos depoimentos das testemunhas de acusação, procede. Vejamos.

Conforme consta na denúncia, o requerente foi preso em flagrante na Avenida Brasil, em meio a uma blitz, após atirar um pacote contendo maconha pela janela do seu carro, um Kia/Sorento.

Em sede de Audiência de Instrução e Julgamento perante o Juízo da 42ª Vara Criminal, a testemunha de acusação B.V. da S., soldado do exército, declarou que: ... eu vi o carro vindo, direção reduzindo a velocidade, e um pacote caindo pela janela; e o que me chamou atenção foi que fez barulho; eu pedi que o carro encostasse, e fui em direção ao pacote.

No que concerne ao Cabo J.C.P., disse que: eu tava na área de revista, que é como se fosse no final, mais ou menos, do bloqueio; tava uma hora ali de pouco movimento de carro; aí deu para avistar esse carro de longe; ele veio e diminuiu um pouco a velocidade; aí deu pra de longe, eu vi como se fosse um objeto pequeno, até pela distância, um objeto pequeno; eu fiquei ali na, esperar ele vim; o camarada soldado B. sinalizou para eu poder abordar ele; eu abordei; aí como ele se identificou como policial, me amostrou o romeu golfo dele, a identificação; as dúvidas que eu tinha ali sobre o que ele tinha jogado, nem perguntei nem nada; o camarada se identificou como policial ali; aí eu vi que tava tudo certo; (...) aí falei que podia seguir em frente; aí foi quando olhei em direção ao soldado B.; ele já estava voltando correndo falando para segurar o carro; (..) o mais antigo viu ali que por alto parecia ser droga.

Pois bem, da análise dos autos vê-se que com fulcro unicamente nesses dois depoimentos acima transcritos o ora requerente restou condenado por tráfico de drogas.

Todavia, como se observa do caderno fático-probatório carreado a estes autos, em sede de Justificação, as duas testemunhas retro mencionadas mudaram completamente o teor das suas declarações, passando a assegurar que: primeiro, o réu passou voluntariamente pelo controle que faziam, embora tivesse a oportunidade de desviar da blitz; segundo, o pacote com a droga foi descartado de outro veículo, qual seja, um Renault Duster, que não era conduzido pelo requerente; terceiro, a mentira contada em audiência no processo originário foi determinada pelo oficial superior das testemunhas, "Tenente M.".

Ademais, quando indagado pelo Promotor de Justiça, o soldado B. afirmou que conduziu A. à Delegacia de Polícia mesmo sabendo que se tratava de um inocente.

Enfim, por todo o acima pontuado não podemos deixar de perfilhar que a condenação ora combatida foi fundada em depoimentos comprovadamente falsos, impondo-se, pois, sua desconstituição, com a absolvição do ora requerente com fulcro no disposto no artigo 386, IV, do CPP.

Por tais motivos, meu voto é no sentido de JULGAR PROCEDENTE a presente ação.

É como voto, senhor Presidente.

RIO DE JANEIRO, 11 DE MAIO DE 2022.
(DATA DE JULGAMENTO)
DES. PAULO RANGEL
RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

ABSOLVIÇÃO

91

712781 / 2021 - STJ - (HC) - Roubo majorado. Corrupção de menores. Reconhecimento fotográfico. Fase do inquérito policial. Prova inválida como fundamento para a condenação. Absolvição.

ABUSIVIDADE

261

0513656-37.2015.8.19.0001

69962 / 2021 - TJ - (AC) - Plano de saúde. Transplante de fígado. Cirurgia de urgência. Recusa de autorização. Abusividade. Dano moral.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

186

0059880-47.2013.8.19.0038

68733 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Residências terapêuticas. Implantação. Omissão do ente municipal. Determinações constitucionais e legais. Obrigação de fazer.

181

0000683-42.2010.8.19.0047

83240 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Improbidade administrativa.Contratação de escritório de advocacia. Defesa de interesses dos agentes políticos municipais. Ilegalidade do ato administrativo.Ofensa aos princípios da administração pública.Aplicação das penalidades.

AÇÃO DE ARBITRAMENTO E COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

192

0465463-25.2014.8.19.0001

60814 / 2018 - TJ - (AC) - Ação de arbitramento e cobrança de honorários advocatícios. Sociedade de advogados. Causídicos integrantes do quadro. Ilegitimidade. Diferença de remuneração a ser paga.

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL

124

1694984 / 2017 - STJ - (RESP) - Ação de rescisão contratual. Citação em nome de incapaz. Incapacidade declarada posteriormente. Nulidade não reconhecida. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei nº 13146/2015. Dissociação entre transtorno mental e incapacidade.

AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO

61

1962113 / 2021 - STJ - (RESP) - Ação regressiva de ressarcimento. Dano em carga durante transporte internacional. Seguradora. Sub-rogação. Transmissão do direito material.Cláusula de eleição de foro. Matéria processual. Impossibilidade à seguradora sub-rogada. Convenção de Montreal. Súmula 283 do STF.

AÇÃO REVISIONAL

213

0048431-94.2022.8.19.0000

66618 / 2022 - TJ - (AI) - Ação revisional. Cédula de crédito comercial. Garantia de imóvel. Intimação por edital. Consolidação da propriedade. De nulidade.

ACESSIBILIDADE EM ESTAÇÃO DE TREM

141

0020943-07.2019.8.19.0054

52280 / 2020 - TJ - (AC) - Acessibilidade em estação de trem. Usuário portador de deficiência física. Direito individual homogêneo. Legitimidade passiva *ad causam*.

ACESSO À CONTA

287

0227073-57.2020.8.19.0001

105526 / 2021 - TJ - (AC) - Transferência de conta-corrente para outra agência. Ausência de comunicação. Acesso à conta. Impossibilidade. Falha na prestação do serviço. Dano moral.

ALUNO DE ENSINO FUNDAMENTAL COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA

146

0000338-89.2019.8.19.0070

14638 / 2022 - TJ - (AC) - Aluno de ensino fundamental com deficiência auditiva. Necessidade de intérprete habilitado na linguagem de sinais. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Procedência do pedido.

APLICAÇÃO DAS PENALIDADES

181

0000683-42.2010.8.19.0047

83240 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Improbidade administrativa.Contratação de escritório de advocacia. Defesa de interesses dos agentes políticos municipais. Ilegalidade do ato administrativo.Ofensa aos princípios da administração pública.Aplicação das penalidades.

APLICAÇÃO FINANCEIRA

217

0275081-02.2019.8.19.0001

96376 / 2021 - TJ - (AC) - Cartão de crédito e débito. Fraude. Movimentação incompatível com o perfil do cliente. Aplicação financeira. Falha no dever de segurança. Lucros cessantes. Dano moral.

ATO ILÍCITO

269

0393864-55.2016.8.19.0001

62649 / 2019 - TJ - (AC) - Propaganda eleitoral. Livre manifestação de crítica.Ato ilícito. Ausência. Inocorrência de dano moral.

AUSÊNCIA

284

0018112-52.2018.8.19.0011

73552 / 2021 - TJ - (AC) - Sequestro relâmpago. Cartão de crédito. Irregularidade das transações. Instituição financeira. Medidas de análise do perfil de consumo. Ausência. Ressarcimento dos danos.

269

0393864-55.2016.8.19.0001

62649 / 2019 - TJ - (AC) - Propaganda eleitoral. Livre manifestação de crítica.Ato ilícito. Ausência. Inocorrência de dano moral.

AUSÊNCIA DE ATUALIZAÇÃO DO ENDEREÇO

64

1976741 / 2020 - STJ - (RESP) - Citação. Pessoa jurídica. Mudança de endereço. Comunicação à Junta Comercial. Ausência de atualização do endereço. Sítio eletrônico da *internet*. Carta citatória entregue no endereço antigo. Reconhecimento. Nulidade. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência.

AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO

287

0227073-57.2020.8.19.0001

105526 / 2021 - TJ - (AC) - Transferência de conta-corrente para outra agência. Ausência de comunicação. Acesso à conta. Impossibilidade. Falha na prestação do serviço. Dano moral.

AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA

80

662690 / 2021 - STJ - (HC) - Procedimento investigatório criminal. Instauração pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Busca e apreensão. Ilegalidade. Trancamento do procedimento. Ausência de justa causa.

BENEFICIÁRIA

73

1391954 / 2013 - STJ - (RESP) - Seguro de vida. Instituidor casado. Não separado de fato ou judicialmente. Beneficiária. Concubina. Impossibilidade.

BENEFÍCIO

266

0341120-93.2010.8.19.0001

29271 / 2013 - TJ - (AC) - Previdência complementar. Participantes do sexo feminino. Benefício. Pagamento a menor. Descabimento. Cláusula inconstitucional.

BUSCA E APREENSÃO

80

662690 / 2021 - STJ - (HC) - Procedimento investigatório criminal. Instauração pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Busca e apreensão. Ilegalidade.Trancamento do procedimento. Ausência de justa causa.

CABIMENTO

257

0007563-07.2018.8.19.0003

88237 / 2021 - TJ - (AC) - Investigação de

paternidade. Pai biológico. Paternidade socioafetiva. Dupla filiação. Cabimento.

CANCELAMENTO DE PLANO

247

0020973-49.2020.8.19.0202

101585 / 2021 - TJ - (AC) - Empresa Brasileira de Corrreios e Telegráfos. Contrato de saúde coletivo. Falecimento do titular. Cancelamento de plano. Valoração dos princípios da boa-fé e da confiança. Dano moral.

CAPACIDADE CIVIL

165

0033194-54.2021.8.19.0000

42280 / 2021 - TJ - (AI) - Capacidade civil. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Capacidade plena como regra.

CAPACIDADE PLENA COMO REGRA

165

0033194-54.2021.8.19.0000

42280 / 2021 - TJ - (AI) - Capacidade civil. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Capacidade plena como regra.

CARTA CITATÓRIA ENTREGUE NO ENDEREÇO ANTIGO

64

1976741 / 2020 - STJ - (RESP) - Citação. Pessoa jurídica. Mudança de endereço. Comunicação à Junta Comercial. Ausência de atualização do endereço. Sítio eletrônico da *internet*. Carta citatória entregue no endereço antigo. Reconhecimento. de nulidade. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência.

CARTÃO DE CRÉDITO

284

0018112-52.2018.8.19.0011

73552 / 2021 - TJ - (AC) - Sequestro relâmpago. Cartão de crédito. Irregularidade das transações. Instituição financeira. Medidas de análise do perfil de consumo. Ausência. Ressarcimento dos danos.

CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO

217

0275081-02.2019.8.19.0001

96376 / 2021 - TJ - (AC) - Cartão de crédito e débito. Fraude. Movimentação incompatível com o perfil do cliente. Aplicação financeira. Falha no dever de segurança. Lucros cessantes. Dano moral.

CAUSÍDICOS INTEGRANTES DO QUADRO

192

0465463-25.2014.8.19.0001

60814 / 2018 - TJ - (AC) - Ação de arbitramento e cobrança de honorários advocatícios. Sociedade de advogados. Causídicos integrantes do quadro. Ilegitimidade. Diferença de remuneração a ser paga.

CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL

213

0048431-94.2022.8.19.0000

66618 / 2022 - TJ - (AI) - Ação revisional. Cédula de crédito comercial. Garantia de imóvel. Intimação por edital. Consolidação da propriedade. Nulidade.

CIRURGIA DE URGÊNCIA

261

0513656-37.2015.8.19.0001

69962 / 2021 - TJ - (AC) - Plano de saúde. Transplante de fígado. Cirurgia de urgência. Recusa de autorização. Abusividade. Dano moral.

CITAÇÃO

64

1976741 / 2020 - STJ - (RESP) - Citação. Pessoa jurídica. Mudança de endereço. Comunicação à Junta Comercial. Ausência de atualização do endereço. Sítio eletrônico da *internet*. Carta citatória entregue no endereço antigo. Reconhecimento. de nulidade. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência.

CITAÇÃO EM NOME DE INCAPAZ

124

1694984 / 2017 - STJ - (RESP) - Ação de rescisão contratual. Citação em nome de incapaz.

Incapacidade declarada posteriormente. Nulidade não reconhecida. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei nº 13146/2015. Dissociação entre transtorno mental e incapacidade.

CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO

61

1962113 / 2021 - STJ - (RESP) - Ação regressiva de ressarcimento. Dano em carga durante transporte internacional. Seguradora. Sub-rogação. Transmissão do direito material. Cláusula de eleição de foro. Matéria processual. Impossibilidade à seguradora sub-rogada. Convenção de Montreal. Súmula 283 do STF.

CLÁUSULA INCONSTITUCIONAL

266

0341120-93.2010.8.19.0001

29271 / 2013 - TJ - (AC) - Previdência complementar. Participantes do sexo feminino. Benefício. Pagamento a menor. Descabimento. Cláusula inconstitucional.

COMUNICAÇÃO À JUNTA COMERCIAL

64

1976741 / 2020 - STJ - (RESP) - Citação. Pessoa jurídica. Mudança de endereço. Comunicação à Junta Comercial. Ausência de atualização do endereço. Sítio eletrônico da *internet*. Carta citatória entregue no endereço antigo. Reconhecimento. de nulidade. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência.

CONCUBINA

73

1391954 / 2013 - STJ - (RESP) - Seguro de vida. Instituidor casado. Não separado de fato ou judicialmente. Beneficiária. Concubina. Impossibilidade.

CONCURSO PÚBLICO

223

0000948-39.2019.8.19.0076

75688 / 2021 - TJ - (AC) - Concurso público. Formação de cadastro de reserva. Inequívoca necessidade de nomeação da aprovada. Preterição arbitrária e imotivada. Direito subjetivo à nomeação.

CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE

213

0048431-94.2022.8.19.0000

66618 / 2022 - TJ - (AI) - Ação revisional. Cédula de crédito comercial. Garantia de imóvel. Intimação por edital. Consolidação da propriedade. Nulidade.

CONSTITUCIONALIDADE

252

0006537-52.2012.8.19.0045

99208 / 2020 - TJ - (AC) - ICMS. Produtos da cesta básica. Redução da base de cálculo. Isenção parcial. Estorno proporcional do crédito. Constitucionalidade.

CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

181

0000683-42.2010.8.19.0047

83240 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Improbidade administrativa.Contratação de escritório de advocacia. Defesa de interesses dos agentes políticos municipais. Ilegalidade do ato administrativo.Ofensa aos princípios da administração pública. Aplicação das penalidades.

CONTRATO DE SAÚDE COLETIVO

247

0020973-49.2020.8.19.0202

101585 / 2021 - TJ - (AC) - Empresa Brasileira de Corrreios e Telegráfos. Contrato de saúde coletivo. Falecimento do titular. Cancelamento de plano. Valoração dos princípios da boa-fé e da confiança. Dano moral.

CONVENÇÃO DE MONTREAL

61

1962113 / 2021 - STJ - (RESP) - Ação regressiva de ressarcimento. Dano em carga durante transporte internacional. Seguradora. Sub-rogação. Transmissão do direito material.Cláusula de eleição de foro. Matéria processual. Impossibilidade à seguradora sub-rogada.Convenção de Montreal. Súmula 283 do STF.

CORRUPÇÃO DE MENORES

91

712781 / 2021 - STJ - (HC) - Roubo majorado. Corrupção de menores. Reconhecimento fotográfico. Fase do inquérito policial. Prova inválida como fundamento para a condenação. Absolvição.

DANO EM CARGA DURANTE TRANSPORTE INTERNACIONAL

61

1962113 / 2021 - STJ - (RESP) - Ação regressiva de ressarcimento. Dano em carga durante transporte internacional. Seguradora. Sub-rogação. Transmissão do direito material. Cláusula de eleição de foro. Matéria processual. Impossibilidade à seguradora sub-rogada. Convenção de Montreal. Súmula 283 do STF.

DANO MATERIAL

233

0083307-53.2014.8.19.0001

94031 / 2021 - TJ - (AC) - Direito autoral de propriedade industrial. Programa de televisão. *Reality show*. Exploração do programa sem autorização. Dano material. Dano moral.

DANO MORAL

261

0513656-37.2015.8.19.0001

69962 / 2021 - TJ - (AC) - Plano de saúde. Transplante de fígado. Cirurgia de urgência. Recusa de autorização. Abusividade. Dano moral.

233

0083307-53.2014.8.19.0001

94031 / 2021 - TJ - (AC) - Direito autoral de propriedade industrial. Programa de televisão. *Reality show*. Exploração do programa sem autorização. Dano material. Dano moral.

217

0275081-02.2019.8.19.0001

96376 / 2021 - TJ - (AC) - Cartão de crédito e débito. Fraude. Movimentação incompatível com o perfil do cliente. Aplicação financeira. Falha no dever de segurança. Lucros cessantes. Dano moral.

247

0020973-49.2020.8.19.0202

101585 / 2021 - TJ - (AC) - Empresa Brasileira de Correios e Telegráfos. Contrato de saúde coletivo. Falecimento do titular. Cancelamento de plano. Valoração dos princípios da boa-fé e da confiança. Dano moral.

287

0227073-57.2020.8.19.0001

105526 / 2021 - TJ - (AC) - Transferência de conta-corrente para outra agência. Ausência de comunicação. Acesso à conta. Impossibilidade. Falha na prestação do serviço. Dano moral.

DANOS MORAIS CONFIGURADOS

173

0046722-22.2016.8.19.0004

39628 / 2020 - TJ - (AC) - Queda em banheiro de hospital público. Pessoa com deficiência física e mobilidade reduzida. Hipervulnerabilidade. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Danos morais configurados.

DE NULIDADE

64

1976741 / 2020 - STJ - (RESP) - Citação. Pessoa jurídica. Mudança de endereço. Comunicação à Junta Comercial. Ausência de atualização do endereço. Sítio eletrônico da *internet*. Carta citatória entregue no endereço antigo. Reconhecimento. De nulidade. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência.

DEFESA DE INTERESSES DOS AGENTES POLÍTICOS MUNICIPAIS

181

0000683-42.2010.8.19.0047

83240 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Improbidade administrativa.Contratação de escritório de advocacia. Defesa de interesses dos agentes políticos municipais. Ilegalidade do ato administrativo.Ofensa aos princípios da administração pública. Aplicação das penalidades.

DESCABIMENTO

266

0341120-93.2010.8.19.0001

29271 / 2013 - TJ - (AC) - Previdência comple-

mentar. Participantes do sexo feminino. Benefício. Pagamento a menor. Descabimento. Cláusula inconstitucional.

DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

186

0059880-47.2013.8.19.0038

68733 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Residências terapêuticas. Implantação. Omissão do ente municipal. Determinações constitucionais e legais. Obrigação de fazer.

DIFERENÇA DE REMUNERAÇÃO A SER PAGA

192

0465463-25.2014.8.19.0001

60814 / 2018 - TJ - (AC) - Ação de arbitramento e cobrança de honorários advocatícios. Sociedade de advogados. Causídicos integrantes do quadro. Ilegitimidade. Diferença de remuneração a ser paga.

DIREITO AUTORAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

233

0083307-53.2014.8.19.0001

94031 / 2021 - TJ - (AC) - Direito autoral de propriedade industrial. Programa de televisão. *Reality show*. Exploração do programa sem autorização. Dano material. Dano moral.

DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

141

0020943-07.2019.8.19.0054

52280 / 2020 - TJ - (AC) - Acessibilidade em estação de trem. Usuário portador de deficiência física. Direito individual homogêneo. Legitimidade passaiva *ad causam*.

DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO

223

0000948-39.2019.8.19.0076

75688 / 2021 - TJ - (AC) - Concurso público. Formação de cadastro de reserva. Inequívoca necessidade de nomeação da aprovada. Preterição arbitrária e imotivada. Direito subjetivo à nomeação.

DISSOCIAÇÃO ENTRE TRANSTORNO MENTAL E INCAPACIDADE

124

1694984 / 2017 - STJ - (RESP) - Ação de rescisão contratual. Citação em nome de incapaz. Incapacidade declarada posteriormente. Nulidade não reconhecida. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei nº 13146/2015. Dissociação entre transtorno mental e incapacidade.

DUPLA FILIAÇÃO

257

0007563-07.2018.8.19.0003

88237 / 2021 - TJ - (AC) - Investigação de paternidade. Pai biológico. Paternidade socioafetiva. Dupla filiação. Cabimento.

EMPRESA BRASILEIRA DE CORRREIOS E TELEGRÁFOS

247

0020973-49.2020.8.19.0202

101585 / 2021 - TJ - (AC) - Empresa Brasileira de Corrreios e Telegráfos. Contrato de saúde coletivo. Falecimento do titular. Cancelamento de plano. Valoração dos princípios da boa-fé e da confiança. Dano moral.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

124

1694984 / 2017 - STJ - (RESP) - Ação de rescisão contratual. Citação em nome de incapaz. Incapacidade declarada posteriormente. Nulidade não reconhecida. Lei nº 13146/2015. Dissociação entre transtorno mental e incapacidade.

165

0033194-54.2021.8.19.0000

42280 / 2021 - TJ - (AI) - Capacidade civil. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Capacidade plena como regra.

146

0000338-89.2019.8.19.0070

14638 / 2022 - TJ - (AC) - Aluno de ensino fundamental com deficiência auditiva. Necessidade de intérprete habilitado na linguagem de sinais. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Procedência do pedido.

169
0334035-41.2019.8.19.0001
21685 / 2022 - TJ - (AC) - Feito extinto de ofício. Suposta ausência de capacidade da autora para outorgar procuração. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Manifestação de vontade válida. Nulidade da sentença.

173
0046722-22.2016.8.19.0004
39628 / 2020 - TJ - (AC) - Queda em banheiro de hospital público. Pessoa com deficiência física e mobilidade reduzida. Hipervulnerabilidade. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Danos morais configurados.

ESTORNO PROPORCIONAL DO CRÉDITO

252
0006537-52.2012.8.19.0045
99208 / 2020 - TJ - (AC) - ICMS. Produtos da cesta básica. Redução da base de cálculo. Isenção parcial. Estorno proporcional do crédito. Constitucionalidade.

EXPLORAÇÃO DO PROGRAMA SEM AUTORIZAÇÃO

233
0083307-53.2014.8.19.0001
94031 / 2021 - TJ - (AC) - Direito autoral de propriedade industrial. Programa de televisão. *Reality show*. Exploração do programa sem autorização. Dano material. Dano moral.

FALECIMENTO DO TITULAR

247
0020973-49.2020.8.19.0202
101585 / 2021 - TJ - (AC) - Empresa Brasileira de Corrreios e Telegráfos. Contrato de saúde coletivo. Falecimento do titular. Cancelamento de plano. Valoração dos princípios da boa-fé e da confiança. Dano moral.

FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

287
0227073-57.2020.8.19.0001
105526 / 2021 - TJ - (AC) - Transferência de conta-corrente para outra agência. Ausência de comunicação. Acesso à conta. Impossibilidade. Falha na prestação do serviço. Dano moral.

FALHA NO DEVER DE SEGURANÇA

217
0275081-02.2019.8.19.0001
96376 / 2021 - TJ - (AC) - Cartão de crédito e débito. Fraude. Movimentação incompatível com o perfil do cliente. Aplicação financeira. Falha no dever de segurança. Lucros cessantes. Dano moral.

FASE DO INQUÉRITO POLICIAL

91
712781 / 2021 - STJ - (HC) - Roubo majorado. Corrupção de menores. Reconhecimento fotográfico. Fase do inquérito policial. Prova inválida como fundamento para a condenação. Absolvição.

FEITO EXTINTO DE OFÍCIO

169
0334035-41.2019.8.19.0001
21685 / 2022 - TJ - (AC) - Feito extinto de ofício. Suposta ausência de capacidade da autora para outorgar procuração. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Manifestação de vontade válida. Nulidade da sentença.

FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA

223
0000948-39.2019.8.19.0076
75688 / 2021 - TJ - (AC) - Concurso público. Formação de cadastro de reserva. Inequívoca necessidade de nomeação da aprovada. Preterição arbitrária e imotivada. Direito subjetivo à nomeação.

FRAUDE

217
0275081-02.2019.8.19.0001
96376 / 2021 - TJ - (AC) - Cartão de crédito e débito. Fraude. Movimentação incompatível com o perfil do cliente. Aplicação financeira. Falha no dever de segurança. Lucros cessantes. Dano moral.

GARANTIA DE IMÓVEL

213
0048431-94.2022.8.19.0000
66618 / 2022 - TJ - (AI) - Ação revisional. Cédula de crédito comercial. Garantia de imóvel.

Intimação por edital. Consolidação da propriedade. Nulidade.

HIPERVULNERABILIDADE

173

0046722-22.2016.8.19.0004

39628 / 2020 - TJ - (AC) - Queda em banheiro de hospital público. Pessoa com deficiência física e mobilidade reduzida. Hipervulnerabilidade. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Danos morais configurados.

ICMS

252

0006537-52.2012.8.19.0045

99208 / 2020 - TJ - (AC) - ICMS. Produtos da cesta básica. Redução da base de cálculo. Isenção parcial. Estorno proporcional do crédito. Constitucionalidade.

ILEGALIDADE

80

662690 / 2021 - STJ - (HC) - Procedimento investigatório criminal. Instauração pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Busca e apreensão. Ilegalidade. Trancamento do procedimento. Ausência de justa causa.

ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

181

0000683-42.2010.8.19.0047

83240 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Improbidade administrativa.Contratação de escritório de advocacia. Defesa de interesses dos agentes políticos municipais. Ilegalidade do ato administrativo.Ofensa aos princípios da administração pública.Aplicação das penalidades.

ILEGITIMIDADE

192

0465463-25.2014.8.19.0001

60814 / 2018 - TJ - (AC) - Ação de arbitramento e cobrança de honorários advocatícios. Sociedade de advogados. Causídicos integrantes do quadro. Ilegitimidade. Diferença de remuneração a ser paga.

IMPLANTAÇÃO

186

0059880-47.2013.8.19.0038

68733 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Residências terapêuticas. Implantação. Omissão do ente municipal. Determinações constitucionais e legais. Obrigação de fazer.

IMPOSSIBILIDADE

73

1391954 / 2013 - STJ - (RESP) - Seguro de vida. Instituidor casado. Não separado de fato ou judicialmente. Beneficiária. Concubina. Impossibilidade.

287

0227073-57.2020.8.19.0001

105526 / 2021 - TJ - (AC) - Transferência de conta-corrente para outra agência. Ausência de comunicação. Acesso à conta. Impossibilidade. Falha na prestação do serviço. Dano moral.

IMPOSSIBILIDADE À SEGURADORA SUB-ROGADA

61

1962113 / 2021 - STJ - (RESP) - Ação regressiva de ressarcimento. Dano em carga durante transporte internacional. Seguradora. Sub-rogação. Transmissão do direito material.Cláusula de eleição de foro. Matéria processual. Impossibilidade à seguradora sub-rogada.Convenção de Montreal. Súmula 283 do STF.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

181

0000683-42.2010.8.19.0047

83240 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Improbidade administrativa.Contratação de escritório de advocacia. Defesa de interesses dos agentes políticos municipais. Ilegalidade do ato administrativo.Ofensa aos princípios da administração pública.Aplicação das penalidades.

INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA APARÊNCIA

64

1976741 / 2020 - STJ - (RESP) - Citação. Pessoa jurídica. Mudança de endereço. Co-

municação à Junta Comercial. Ausência de atualização do endereço. Sítio eletrônico da *internet*. Carta citatória entregue no endereço antigo. Reconhecimento. de nulidade. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência.

INCAPACIDADE DECLARADA POSTERIORMENTE

124

1694984 / 2017 - STJ - (RESP) - Ação de rescisão contratual. Citação em nome de incapaz. Incapacidade declarada posteriormente. Nulidade não reconhecida. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei nº 13146/2015. Dissociação entre transtorno mental e incapacidade.

INEQUÍVOCA NECESSIDADE DE NOMEAÇÃO DA APROVADA

223

0000948-39.2019.8.19.0076

75688 / 2021 - TJ - (AC) - Concurso público. Formação de cadastro de reserva. Inequívoca necessidade de nomeação da aprovada. Preterição arbitrária e imotivada. Direito subjetivo à nomeação.

INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL

269

0393864-55.2016.8.19.0001

62649 / 2019 - TJ - (AC) - Propaganda eleitoral. Livre manifestação de crítica. Ato ilícito. Ausência. Inocorrência de dano moral.

INSTAURAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

80

662690 / 2021 - STJ - (HC) - Procedimento investigatório criminal. Instauração pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Busca e apreensão. Ilegalidade. Trancamento do procedimento. Ausência de justa causa.

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

284

0018112-52.2018.8.19.0011

73552 / 2021 - TJ - (AC) - Sequestro relâmpago. Cartão de crédito. Irregularidade das transações. Instituição financeira. Medidas de análise do perfil de consumo. Ausência. Ressarcimento dos danos.

INSTITUIDOR CASADO

73

1391954 / 2013 - STJ - (RESP) - Seguro de vida. Instituidor casado. Não separado de fato ou judicialmente. Beneficiária. Concubina. Impossibilidade.

INTIMAÇÃO POR EDITAL

213

0048431-94.2022.8.19.0000

66618 / 2022 - TJ - (AI) - Ação revisional. Cédula de crédito comercial. Garantia de imóvel. Intimação por edital. Consolidação da propriedade. Nulidade.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

257

0007563-07.2018.8.19.0003

88237 / 2021 - TJ - (AC) - Investigação de paternidade. Pai biológico. Paternidade socioafetiva. Dupla filiação. Cabimento.

IRREGULARIDADE DAS TRANSAÇÕES

284

0018112-52.2018.8.19.0011

73552 / 2021 - TJ - (AC) - Sequestro relâmpago. Cartão de crédito. Irregularidade das transações. Instituição financeira. Medidas de análise do perfil de consumo. Ausência. Ressarcimento dos danos.

ISENÇÃO PARCIAL

252

0006537-52.2012.8.19.0045

99208 / 2020 - TJ - (AC) - ICMS. Produtos da cesta básica. Redução da base de cálculo. Isenção parcial. Estorno proporcional do crédito. Constitucionalidade.

LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*

141

0020943-07.2019.8.19.0054

52280 / 2020 - TJ - (AC) - Acessibilidade em estação de trem. Usuário portador de deficiência física. Direito individual homogêneo. Legitimidade passiva *ad causam*.

LEI MUNICIPAL Nº 8753 DE 2017 DE CAMPOS DOS GOYTACASES

272

0043709-85.2020.8.19.0000

150 / 2020 - TJ - (RI) - Representação por inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 8753 de 2017 de Campos dos Goytacases. Programa de transferência de renda. Possibilidade de suspensão pelo executivo. Renda fundamental à sobrevivência. Procedência da representação.

LEI Nº 13146/2015

124

1694984 / 2017 - STJ - (RESP) - Ação de rescisão contratual. Citação em nome de incapaz. Incapacidade declarada posteriormente. Nulidade não reconhecida. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei nº 13146/2015. Dissociação entre transtorno mental e incapacidade.

LIVRE MANIFESTAÇÃO DE CRÍTICA

269

0393864-55.2016.8.19.0001

62649 / 2019 - TJ - (AC) - Propaganda eleitoral. Livre manifestação de crítica.Ato ilícito. Ausência. Inocorrência de dano moral.

LUCROS CESSANTES

217

0275081-02.2019.8.19.0001

96376 / 2021 - TJ - (AC) - Cartão de crédito e débito. Fraude. Movimentação incompatível com o perfil do cliente. Aplicação financeira. Falha no dever de segurança. Lucros cessantes. Dano moral.

MANIFESTAÇÃO DE VONTADE VÁLIDA

169

0334035-41.2019.8.19.0001

21685 / 2022 - TJ - (AC) - Feito extinto de ofício. Suposta ausência de capacidade da autora para outorgar procuração. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Manifestação de vontade válida. Nulidade da sentença.

MATÉRIA PROCESSUAL

61

1962113 / 2021 - STJ - (RESP) - Ação regressiva de ressarcimento. Dano em carga durante transporte internacional. Seguradora. Sub-rogação. Transmissão do direito material.Cláusula de eleição de foro. Matéria processual. Impossibilidade à seguradora sub-rogada.Convenção de Montreal. Súmula 283 do STF.

MEDIDAS DE ANÁLISE DO PERFIL DE CONSUMO

284

0018112-52.2018.8.19.0011

73552 / 2021 - TJ - (AC) - Sequestro relâmpago. Cartão de crédito. Irregularidade das transações. Instituição financeira. Medidas de análise do perfil de consumo. Ausência. Ressarcimento dos danos.

MOVIMENTAÇÃO INCOMPATÍVEL COM O PERFIL DO CLIENTE

217

0275081-02.2019.8.19.0001

96376 / 2021 - TJ - (AC) - Cartão de crédito e débito. Fraude. Movimentação incompatível com o perfil do cliente. Aplicação financeira. Falha no dever de segurança. Lucros cessantes. Dano moral.

MUDANÇA DE ENDEREÇO

64

1976741 / 2020 - STJ - (RESP) - Citação. Pessoa jurídica. Mudança de endereço. Comunicação à Junta Comercial. Ausência de atualização do endereço. Sítio eletrônico da *internet*. Carta citatória entregue no endereço antigo. Reconhecimento. de nulidade. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência.

NÃO SEPARADO DE FATO OU JUDICIALMENTE

73

1391954 / 2013 - STJ - (RESP) - Seguro de vida. Instituidor casado. Não separado de fato ou judicialmente. Beneficiária. Concubina. Impossibilidade.

NECESSIDADE DE INTÉRPRETE HABILITADO NA LINGUAGEM DE SINAIS

146

0000338-89.2019.8.19.0070

14638 / 2022 - TJ - (AC) - Aluno de ensino fundamental com deficiência auditiva. Necessidade de intérprete habilitado na linguagem de sinais. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Procedência do pedido.

NULIDADE

213

0048431-94.2022.8.19.0000

66618 / 2022 - TJ - (AI) - Ação revisional. Cédula de crédito comercial. Garantia de imóvel. Intimação por edital. Consolidação da propriedade. Nulidade.

NULIDADE DA SENTENÇA

169

0334035-41.2019.8.19.0001

21685 / 2022 - TJ - (AC) - Feito extinto de ofício. Suposta ausência de capacidade da autora para outorgar procuração. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Manifestação de vontade válida. Nulidade da sentença.

NULIDADE NÃO RECONHECIDA

124

1694984 / 2017 - STJ - (RESP) - Ação de rescisão contratual. Citação em nome de incapaz. Incapacidade declarada posteriormente. Nulidade não reconhecida. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei nº 13146/2015. Dissociação entre transtorno mental e incapacidade.

OBRIGAÇÃO DE FAZER

186

0059880-47.2013.8.19.0038

68733 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Residências terapêuticas. Implantação. Omissão do ente municipal. Determinaçôes constitucionais e legais. Obrigação de fazer.

OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

181

0000683-42.2010.8.19.0047

83240 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Improbidade administrativa. Contratação de escritório de advocacia. Defesa de interesses dos agentes políticos municipais. Ilegalidade do ato administrativo. Ofensa aos princípios da administração pública. Aplicação das penalidades.

OMISSÃO DO ENTE MUNICIPAL

186

0059880-47.2013.8.19.0038

68733 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Residências terapêuticas. Implantação. Omissão do ente municipal. Determinaçôes constitucionais e legais. Obrigação de fazer.

PAGAMENTO A MENOR

266

0341120-93.2010.8.19.0001

29271 / 2013 - TJ - (AC) - Previdência complementar. Participantes do sexo feminino. Benefício. Pagamento a menor. Descabimento. Cláusula inconstitucional.

PAI BIOLÓGICO

257

0007563-07.2018.8.19.0003

88237 / 2021 - TJ - (AC) - Investigação de paternidade. Pai biológico. Paternidade socioafetiva. Dupla filiação. Cabimento.

PARTICIPANTES DO SEXO FEMININO

266

0341120-93.2010.8.19.0001

29271 / 2013 - TJ - (AC) - Previdência complementar. Participantes do sexo feminino. Benefício. Pagamento a menor. Descabimento. Cláusula inconstitucional.

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

257

0007563-07.2018.8.19.0003

88237 / 2021 - TJ - (AC) - Investigação de pa-

ternidade. Pai biológico. Paternidade socioafetiva. Dupla filiação. Cabimento.

PESSOA COM DEFICIÊNCIA FÍSICA E MOBILIDADE REDUZIDA

173

0046722-22.2016.8.19.0004

39628 / 2020 - TJ - (AC) - Queda em banheiro de hospital público. Pessoa com deficiência física e mobilidade reduzida. Hipervulnerabilidade. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Danos morais configurados.

PESSOA JURÍDICA

64

1976741 / 2020 - STJ - (RESP) - Citação. Pessoa jurídica. Mudança de endereço. Comunicação à Junta Comercial. Ausência de atualização do endereço. Sítio eletrônico da *internet*. Carta citatória entregue no endereço antigo. Reconhecimento. Nulidade. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência.

PLANO DE SAÚDE

261

0513656-37.2015.8.19.0001

69962 / 2021 - TJ - (AC) - Plano de saúde. Transplante de fígado. Cirurgia de urgência. Recusa de autorização. Abusividade. Dano moral.

POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO PELO EXECUTIVO

272

0043709-85.2020.8.19.0000

150 / 2020 - TJ - (RI) - Representação por inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 8753 de 2017 de Campos dos Goytacases. Programa de transferência de renda. Possibilidade de suspensão pelo executivo. Renda fundamental à sobrevivência. Procedência da representação.

PRETERIÇÃO ARBITRÁRIA E IMOTIVADA

223

0000948-39.2019.8.19.0076

75688 / 2021 - TJ - (AC) - Concurso público. Formação de cadastro de reserva. Inequívoca necessidade de nomeação da aprovada. Preterição arbitrária e imotivada. Direito subjetivo à nomeação.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

266

0341120-93.2010.8.19.0001

29271 / 2013 - TJ - (AC) - Previdência complementar. Participantes do sexo feminino. Benefício. Pagamento a menor. Descabimento. Cláusula inconstitucional.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

146

0000338-89.2019.8.19.0070

14638 / 2022 - TJ - (AC) - Aluno de ensino fundamental com deficiência auditiva. Necessidade de intérprete habilitado na linguagem de sinais. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Procedência do pedido.

PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO

272

0043709-85.2020.8.19.0000

150 / 2020 - TJ - (RI) - Representação por inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 8753 de 2017 de Campos dos Goytacases. Programa de transferência de renda. Possibilidade de suspensão pelo executivo. Renda fundamental à sobrevivência. Procedência da representação.

PROCEDÊNCIA DO PEDIDO

146

0000338-89.2019.8.19.0070

14638 / 2022 - TJ - (AC) - Aluno de ensino fundamental com deficiência auditiva. Necessidade de intérprete habilitado na linguagem de sinais. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Procedência do pedido.

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL

80

662690 / 2021 - STJ - (HC) - Procedimento investigatório criminal. Instauração pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Busca e apreensão. Ilegalidade. Trancamento do procedimento. Ausência de justa causa.

PRODUTOS DA CESTA BÁSICA

252

0006537-52.2012.8.19.0045

99208 / 2020 - TJ - (AC) - ICMS. Produtos da cesta básica. Redução da base de cálculo. Isenção parcial. Estorno proporcional do crédito. Constitucionalidade.

PROGRAMA DE TELEVISÃO

233

0083307-53.2014.8.19.0001

94031 / 2021 - TJ - (AC) - Direito autoral de propriedade industrial. Programa de televisão. *Reality show*. Exploração do programa sem autorização. Dano material. Dano moral.

PROGRAMA DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA

272

0043709-85.2020.8.19.0000

150 / 2020 - TJ - (RI) - Representação por inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 8753 de 2017 de Campos dos Goytacases. Programa de transferência de renda. Possibilidade de suspensão pelo executivo. Renda fundamental à sobrevivência. Procedência da representação.

PROPAGANDA ELEITORAL

269

0393864-55.2016.8.19.0001

62649 / 2019 - TJ - (AC) - Propaganda eleitoral. Livre manifestação de crítica.Ato ilícito. Ausência. Inocorrência de dano moral.

PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO

91

712781 / 2021 - STJ - (HC) - Roubo majorado. Corrupção de menores. Reconhecimento fotográfico. Fase do inquérito policial. Prova inválida como fundamento para a condenação. Absolvição.

QUEDA EM BANHEIRO DE HOSPITAL PÚBLICO

173

0046722-22.2016.8.19.0004

39628 / 2020 - TJ - (AC) - Queda em banheiro de hospital público. Pessoa com deficiência física e mobilidade reduzida. Hipervulnerabilidade. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Danos morais configurados.

REALITY SHOW

233

0083307-53.2014.8.19.0001

94031 / 2021 - TJ - (AC) - Direito autoral de propriedade industrial. Programa de televisão. *Reality show*. Exploração do programa sem autorização. Dano material. Dano moral.

RECONHECIMENTO

64

1976741 / 2020 - STJ - (RESP) - Citação. Pessoa jurídica. Mudança de endereço. Comunicação à Junta Comercial. Ausência de atualização do endereço. Sítio eletrônico da *internet*. Carta citatória entregue no endereço antigo. Reconhecimento. Denulidade. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência.

RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO

91

712781 / 2021 - STJ - (HC) - Roubo majorado. Corrupção de menores. Reconhecimento fotográfico. Fase do inquérito policial. Prova inválida como fundamento para a condenação. Absolvição.

RECUSA DE AUTORIZAÇÃO

261

0513656-37.2015.8.19.0001

69962 / 2021 - TJ - (AC) - Plano de saúde. Transplante de fígado. Cirurgia de urgência. Recusa de autorização. Abusividade. Dano moral.

REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

252

0006537-52.2012.8.19.0045

99208 / 2020 - TJ - (AC) - ICMS. Produtos da cesta básica. Redução da base de cálculo. Isenção parcial. Estorno proporcional do crédito. Constitucionalidade.

RENDA FUNDAMENTAL À SOBREVIVÊNCIA

272

0043709-85.2020.8.19.0000

150 / 2020 - TJ - (RI) - Representação por in-

constitucionalidade. Lei Municipal nº 8753 de 2017 de Campos dos Goytacases. Programa de transferência de renda. Possibilidade de suspensão pelo executivo. Renda fundamental à sobrevivência. Procedência da representação.

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE

272

0043709-85.2020.8.19.0000

150 / 2020 - TJ - (RI) - Representação por inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 8753 de 2017 de Campos dos Goytacases. Programa de transferência de renda. Possibilidade de suspensão pelo executivo. Renda fundamental à sobrevivência. Procedência da representação.

RESIDÊNCIAS TERAPÊUTICAS

186

0059880-47.2013.8.19.0038

68733 / 2021 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Residências terapêuticas. Implantação. Omissão do ente municipal. Determinações constitucionais e legais. Obrigação de fazer.

RESSARCIMENTO DOS DANOS

284

0018112-52.2018.8.19.0011

73552 / 2021 - TJ - (AC) - Sequestro relâmpago. Cartão de crédito. Irregularidade das transações. Instituição financeira. Medidas de análise do perfil de consumo. Ausência. Ressarcimento dos danos.

ROUBO MAJORADO

91

712781 / 2021 - STJ - (HC) - Roubo majorado. Corrupção de menores. Reconhecimento fotográfico. Fase do inquérito policial. Prova inválida como fundamento para a condenação. Absolvição.

SEGURADORA

61

1962113 / 2021 - STJ - (RESP) - Ação regressiva de ressarcimento. Dano em carga durante transporte internacional. Seguradora. Sub-rogação. Transmissão do direito material. Cláusula de eleição de foro. Matéria processual. Impossibilidade à seguradora sub-rogada. Convenção de Montreal. Súmula 283 do STF.

SEGURO DE VIDA

73

1391954 / 2013 - STJ - (RESP) - Seguro de vida. Instituidor casado. Não separado de fato ou judicialmente. Beneficiária. Concubina. Impossibilidade.

SEQUESTRO RELÂMPAGO

284

0018112-52.2018.8.19.0011

73552 / 2021 - TJ - (AC) - Sequestro relâmpago. Cartão de crédito. Irregularidade das transações. Instituição financeira. Medidas de análise do perfil de consumo. Ausência. Ressarcimento dos danos.

SÍTIO ELETRÔNICO DA *INTERNET*

64

1976741 / 2020 - STJ - (RESP) - Citação. Pessoa jurídica. Mudança de endereço. Comunicação à Junta Comercial. Ausência de atualização do endereço. Sítio eletrônico da *internet*. Carta citatória entregue no endereço antigo. Reconhecimento. De nulidade. Inaplicabilidade da Teoria da Aparência.

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

192

0465463-25.2014.8.19.0001

60814 / 2018 - TJ - (AC) - Ação de arbitramento e cobrança de honorários advocatícios. Sociedade de advogados. Causídicos integrantes do quadro. Ilegitimidade. Diferença de remuneração a ser paga.

SUB-ROGAÇÃO

61

1962113 / 2021 - STJ - (RESP) - Ação regressiva de ressarcimento. Dano em carga durante transporte internacional. Seguradora. Sub-rogação. Transmissão do direito material. Cláusula de eleição de foro. Matéria processual. Impossibilidade à seguradora sub-rogada. Convenção de Montreal. Súmula 283 do STF.

SÚMULA 283 DO STF

61

1962113 / 2021 - STJ - (RESP) - Ação regressiva de ressarcimento. Dano em carga durante transporte internacional. Seguradora. Sub-rogação. Transmissão do direito material. Cláusula de eleição de foro. Matéria processual. Impossibilidade à seguradora sub-rogada. Convenção de Montreal. Súmula 283 do STF.

SUPOSTA AUSÊNCIA DE CAPACIDADE DA AUTORA PARA OUTORGAR PROCURAÇÃO

169

0334035-41.2019.8.19.0001

21685 / 2022 - TJ - (AC) - Feito extinto de ofício. Suposta ausência de capacidade da autora para outorgar procuração. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Manifestação de vontade válida. Nulidade da sentença.

TRANCAMENTO DO PROCEDIMENTO

80

662690 / 2021 - STJ - (HC) - Procedimento investigatório criminal. Instauração pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Busca e apreensão. Ilegalidade. Trancamento do procedimento. Ausência de justa causa.

TRANSFERÊNCIA DE CONTA-CORRENTE PARA OUTRA AGÊNCIA

287

0227073-57.2020.8.19.0001

105526 / 2021 - TJ - (AC) - Transferência de conta-corrente para outra agência. Ausência de comunicação. Acesso à conta. Impossibilidade. Falha na prestação do serviço. Dano moral.

TRANSMISSÃO DO DIREITO MATERIAL

61

1962113 / 2021 - STJ - (RESP) - Ação regressiva de ressarcimento. Dano em carga durante transporte internacional. Seguradora. Sub-rogação. Transmissão do direito material. Cláusula de eleição de foro. Matéria processual. Impossibilidade à seguradora sub-rogada. Convenção de Montreal. Súmula 283 do STF.

TRANSPLANTE DE FÍGADO

261

0513656-37.2015.8.19.0001

69962 / 2021 - TJ - (AC) - Plano de saúde. Transplante de fígado. Cirurgia de urgência. Recusa de autorização. Abusividade. Dano moral.

USUÁRIO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA

141

0020943-07.2019.8.19.0054

52280 / 2020 - TJ - (AC) - Acessibilidade em estação de trem. Usuário portador de deficiência física. Direito individual homogêneo. Legitimidade passaiva *ad causam*.

VALORAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA

247

0020973-49.2020.8.19.0202

101585 / 2021 - TJ - (AC) - Empresa Brasileira de Corrreios e Telegráfos. Contrato de saúde coletivo. Falecimento do titular. Cancelamento de plano. Valoração dos princípios da boa-fé e da confiança. Dano moral.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MIN. JOEL ILAN PACIORNIK

80
(662690/2021) - STJ
HABEAS CORPUS

MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO

124
(1694984/2017) - STJ
RECURSO ESPECIAL - CÍVEL

MIN.ª MARIA ISABEL GALLOTTI

73
(1391954/2013) - STJ
RECURSO ESPECIAL - CÍVEL

MIN.ª NANCY ANDRIGHI

61
(1962113/2021) - STJ
RECURSO ESPECIAL - CÍVEL

MIN. PAULO DE TARSO SANSEVERINO

64
(1976741/2020) - STJ
RECURSO ESPECIAL - CÍVEL

MIN. ROGERIO SCHIETTI CRUZ

91
(712781/2021) - STJ
HABEAS CORPUS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DES. CÉZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA

287
0227073-57.2020.8.19.0001
(105526/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DESª. CÍNTIA SANTARÉM CARDINALI

146
0000338-89.2019.8.19.0070
(14638/2022) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. CLAUDIO LUIS BRAGA DELL`ORTO

233
0083307-53.2014.8.19.0001
(94031/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DESª. CONCEIÇÃO APARECIDA MOUSNIER TEIXEIRA DE GUIMARÃES PENA

165
0033194-54.2021.8.19.0000
(42280/2021) - TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME

217
0275081-02.2019.8.19.0001
(96376/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DESª. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE

266
0341120-93.2010.8.19.0001
(29271/2013) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO

261
0513656-37.2015.8.19.0001
(69962/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO

269
0393864-55.2016.8.19.0001
(62649/2019) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DESª. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO

173
0046722-22.2016.8.19.0004
(39628/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DESª. LÚCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHÃES

223
0000948-39.2019.8.19.0076
(75688/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DESª. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA

257
0007563-07.2018.8.19.0003
(88237/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DESª. MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS SANTOS

247
0020973-49.2020.8.19.0202
(101585/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DESª. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES

181
0000683-42.2010.8.19.0047
(83240/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. MAURÍCIO CALDAS LOPES

272
0043709-85.2020.8.19.0000
(150/2020) - TJ
REPRES. POR INCONSTITUCIONALIDADE

DES. MAURO DICKSTEIN

284
0018112-52.2018.8.19.0011
(73552/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. MAURO PEREIRA MARTINS

252
0006537-52.2012.8.19.0045
(99208/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DESª. NÁDIA MARIA DE SOUZA FREIJANES

213
0048431-94.2022.8.19.0000
(66618/2022) - TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. PAULO WUNDER DE ALENCAR

169
0334035-41.2019.8.19.0001
(21685/2022) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO

192
0465463-25.2014.8.19.0001
(60814/2018) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DESª. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES

141
0020943-07.2019.8.19.0054
(52280/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS

186
0059880-47.2013.8.19.0038
(68733/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

73
(1391954/2013) - STJ (RESP)
Min.ª MARIA ISABEL GALLOTTI

124
(1694984/2017) - STJ (RESP)
Min. LUIS FELIPE SALOMÃO

64
(1976741/2020) - STJ (RESP)
Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO

80
(662690/2021) - STJ (HC)
Min. JOEL ILAN PACIORNIK

91
(712781/2021) - STJ (HC)
Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ

61
(1962113/2021) - STJ (RESP)
Min.ª NANCY ANDRIGHI

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

266
(29271/2013) - TJ (AC)
0341120-93.2010.8.19.0001
REL. DES. FLÁVIA ROMANO DE REZENDE

192
(60814/2018) - TJ (AC)
0465463-25.2014.8.19.0001
REL. DES. SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO

269
(62649/2019) - TJ (AC)
0393864-55.2016.8.19.0001
REL. DES. HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO

272
(150/2020) - TJ (RI)
0043709-85.2020.8.19.0000
REL. DES. MAURÍCIO CALDAS LOPES

173
(39628/2020) - TJ (AC)
0046722-22.2016.8.19.0004
REL. DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO

141
(52280/2020) - TJ (AC)
0020943-07.2019.8.19.0054
REL. DES. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES

252
(99208/2020) - TJ (AC)
0006537-52.2012.8.19.0045
REL. DES. MAURO PEREIRA MARTINS

165
(42280/2021) - TJ (AI)
0033194-54.2021.8.19.0000
REL. DES. CONCEIÇÃO APARECIDA MOUSNIER TEIXEIRA DE GUIMARÃES

186
(68733/2021) - TJ (AC)
0059880-47.2013.8.19.0038
REL. DES. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS

261
(69962/2021) - TJ (AC)
0513656-37.2015.8.19.0001
REL. DES. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO

284
(73552/2021) - TJ (AC)
0018112-52.2018.8.19.0011
REL. DES. MAURO DICKSTEIN

223
(75688/2021) - TJ (AC)
0000948-39.2019.8.19.0076
REL. DES. LÚCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHÃES

181
(83240/2021) - TJ (AC)
0000683-42.2010.8.19.0047
REL. DES. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES

257
(88237/2021) - TJ (AC)
0007563-07.2018.8.19.0003
REL. DES. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA

233
(94031/2021) - TJ (AC)
0083307-53.2014.8.19.0001
REL. DES. CLAUDIO LUIS BRAGA DELL`ORTO

217
(96376/2021) - TJ (AC)
0275081-02.2019.8.19.0001
REL. DES. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME
247
(101585/2021) - TJ (AC)
0020973-49.2020.8.19.0202
REL. DES. MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS SANTOS
287
(105526/2021) - TJ (AC)
0227073-57.2020.8.19.0001
REL. DES. CÉZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA
146
(14638/2022) - TJ (AC)
0000338-89.2019.8.19.0070
REL. DES. CÍNTIA SANTARÉM CARDINALI
169
(21685/2022) - TJ (AC)
0334035-41.2019.8.19.0001
REL. DES. PAULO WUNDER DE ALENCAR
213
(66618/2022) - TJ (AI)
0048431-94.2022.8.19.0000
REL. DES. NÁDIA MARIA DE SOUZA FREIJANES

REVISTA DE
DIREITO

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO