

TJRJ

REVISTA DE
DIREITO

VOLUME 121

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

ECA - 30 anos

DOCTRINA

A Mediação como Resolução de Conflitos:
Breve Estudo sobre sua Relevância
na Era Hipermoderna

Os Positivismos Jurídicos

A Destituição do Poder Familiar à Luz
dos Princípios do Direito das Famílias



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 121

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

TJRJ

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

2020
SET/DEZ

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

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

Solange Rezende Carvalho Duarte

DEPARTAMENTO DE GESTÃO E DISSEMINAÇÃO DO CONHECIMENTO – DECCO

Marcus Vinicius Domingues Gomes

DIVISÃO DE ORGANIZAÇÃO DE ACERVOS DE CONHECIMENTO – DICAC

Ana Claudia Elsuffi Buscacio

PROJETO GRÁFICO

Thais Gallart

EDITORAÇÃO

Fernando Braga

ÍNDICE DA REVISTA DE DIREITO

www.tjrj.jus.br

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

sejur@tjrj.jus.br

34 (815.3)

R 454

Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro n° 1 – jun. 1985 – Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, 1985 – v. semestral

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

TÍTULOS ANTERIORES: n° 1-33, 1962-74: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**; segunda fase, n° 34-50, 1975-84: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**.

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

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..

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRESIDENTE

Des. Cláudio de Mello Tavares

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Des. Bernardo Moreira Garcez Neto

1º VICE-PRESIDENTE

Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho

2º VICE-PRESIDENTE

Des. Paulo de Tarso Neves

3º VICE-PRESIDENTE

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

REVISTA DE DIREITO

DIREÇÃO DA REVISTA

Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

EQUIPE TÉCNICA

Andréa de Assumpção Ramos Pereira (Chefe de Serviço)

Vera Lúcia Barbosa

Wanderlei Barreiro Lemos

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

ÓRGÃO ESPECIAL

Luiz Zveiter
Antônio Eduardo Ferreira Duarte
Nilza Bitar
Maria Inês da Penha Gaspar
Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo
Reinaldo Pinto Alberto Filho
Milton Fernandes de Souza
Otávio Rodrigues
Nildson Araújo da Cruz
Nagib Slaibi Filho
Adriano Celso Guimarães
Bernardo Moreira Garcez Neto
Elisabete Filizzola Assunção
Cláudio de Mello Tavares
Marco Antonio Ibrahim
Leila Maria R. P. de Carvalho e Albuquerque
Rogério de Oliveira Souza
Paulo de Tarso Neves
Elton Martinez Carvalho Leme
Katya Maria de Paula Menezes Monnerat
Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes
Antônio Iloízio Barros Bastos
Adolpho Correa de Andrade Mello Júnior
Sandra Santarém Cardinali

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Cláudio de Mello Tavares
Bernardo Moreira Garcez Neto
Reinaldo Pinto Alberto Filho
Paulo de Tarso Neves
Elisabete Filizzola Assunção
Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco
Renata Machado Cotta
Fábio Dutra
Sidney Rosa da Silva
Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Des. Fernando Antônio de Almeida
Des. Cairo Ítalo França David
Des^a. Claudia Pires dos Santos Ferreira
Des. Plínio Pinto Coelho Filho
Des^a. Maria Isabel Paes Gonçalves

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO E NORMAS

Des. José Muiños Piñeiro Filho
Des. Antônio Carlos Nascimento Amado
Des^a. Inês da Trindade Chaves de Melo
Des. Marcelo Lima Buhatem
Des. Marcos André Chut

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

CÂMARAS CÍVEIS

1ª CÂMARA CÍVEL

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho
Des. Camilo Ribeiro Rulière
Des. Custódio de Barros Tostes
Des. Fábio Dutra
Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

2ª CÂMARA CÍVEL

Des. Jessé Torres Pereira Júnior
Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos
Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara
Des^a. Maria Isabel Paes Gonçalves
Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho

3ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. Helda Lima Meireles
Des. Fernando Foch de Lemos Arigony Silva
Des. Mário Assis Gonçalves
Des^a. Renata Machado Cotta
Des. Peterson Barroso Simão

4ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo
Des. Marco Antonio Ibrahim
Des. Antônio Iloízio Barros Bastos
Des^a. Myriam Medeiros da Fonseca Costa
Des^a. Maria Helena Pinto Machado Martins

5ª CÂMARA CÍVEL

Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira
Des^a. Cristina Tereza Gaulia
Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes
Des^a. Cláudia Telles de Menezes
Des^a. Denise Nicoll Simões

6ª CÂMARA CÍVEL

Des. Nagib Slaibi Filho
Des. Rogério de Oliveira Souza
Des^a. Teresa de Andrade Castro Neves
Des^a. Inês da Trindade Chaves de Melo
Des^a. Cláudia Pires dos Santos Ferreira

7ª CÂMARA CÍVEL

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

8ª CÂMARA CÍVEL

Des. Adriano Celso Guimarães
Des^a. Mônica Maria Costa Di Piero
Des^a. Norma Suely Fonseca Quintes
Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa
Des. Augusto Alves Moreira Júnior

9ª CÂMARA CÍVEL

Des. Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco
Des. Adolpho Correa de Andrade Mello Júnior
Des. Carlos Azeredo de Araújo
Des. José Roberto Portugal Compasso
Des^a. Daniela Brandão Ferreira

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

10ª CÂMARA CÍVEL

Des. José Carlos Varanda dos Santos
Des. Celso Luiz de Matos Peres
Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos
Des^a. Patrícia Ribeiro Serra Vieira
Des. Juarez Fernandes Folhes

11ª CÂMARA CÍVEL

Des. Otávio Rodrigues
Des. Fernando Cerqueira Chagas
Des. Cesar Felipe Cury
Des. Luiz Henrique Oliveira Marques
Des. Sérgio Nogueira de Azeredo

12ª CÂMARA CÍVEL

Des. Mário Guimarães Neto
Des. Cherubin Helcias Schwartz Júnior
Des^a. Geórgia de Carvalho Lima
Des. Jaime Dias Pinheiro Filho
Des. José Acir Lessa Giordani

13ª CÂMARA CÍVEL

Des. Fernando Fernandy Fernandes
Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho
Des^a. Sirley Abreu Biondi
Des. Gabriel de Oliveira Zefiro
Des. Mauro Pereira Martins

14ª CÂMARA CÍVEL

Des. José Carlos Paes
Des. Cléber Ghelfenstein
Des. Gilberto Campista Guarino
Des. Plínio Pinto Coelho Filho
Des. Francisco de Assis Pessanha Filho

15ª CÂMARA CÍVEL

Des. Milton Fernandes de Souza
Des. Ricardo Rodrigues Cardozo
Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto
Des^a. Maria Regina Fonseca Nova Alves
Des. Gilberto Clóvis Farias Matos

16ª CÂMARA CÍVEL

Des. Mauro Dickstein
Des. Lindolpho de Moraes Marinho
Des. Carlos José Martins Gomes
Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo
Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto

17ª CÂMARA CÍVEL

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos
Des. Elton Martinez Carvalho Leme
Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas
Des^a. Márcia Ferreira Alvarenga
Des^a. Flávia Romano de Rezende

18ª CÂMARA CÍVEL

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

19ª CÂMARA CÍVEL

Des. Ferdinaldo Nascimento
Des. Guaraci de Campos Vianna
Des^a. Valéria Dacheux Nascimento
Des. Lúcio Durante
Des. Lucia Regina Esteves De Magalhães

20ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. Maria Inês da Penha Gaspar
Des^a. Conceição Aparecida Mousnier T.
Guimarães Pena
Des^a. Marília de Castro Neves Vieira
Des^a. Maria da Glória Oliveira Bandeira
de Mello

21ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. Denise Levy Tredler
Des. Pedro Freire Raguenet
Des. André Emílio Ribeiro Von Melentovytsch
Des^a. Regina Lúcia Passos
Des^a. Mônica Feldman de Mattos

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

22ª CÂMARA CÍVEL

Des. Benedicto Ultra Abicair
Des. Carlos Santos de Oliveira
Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva
Des. Marcelo Lima Buhatem
Des. Mônica de Faria Sardas

23ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. Sônia de Fátima Dias
Des. Murilo André Kieling Cardona Pereira
Des. Antônio Carlos Arrabida Paes
Des. Marcos André Chut
Des. Celso Silva Filho

24ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. Nilza Bitar
Des. Alcides da Fonseca Neto
Des^a. Andréa Fortuna Teixeira
Des^a. Cíntia Santarém Cardinali
Des. Andre Luiz Cidra

25ª CÂMARA CÍVEL

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

26ª CÂMARA CÍVEL

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

27ª CÂMARA CÍVEL

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

SEÇÃO CÍVEL

Reinaldo Pinto Alberto Filho (Presidente)
Nagib Slaibi Filho
Edson Aguiar de Vasconcelos
José Carlos Maldonado de Carvalho
Cristina Tereza Gaulia
Cherubin Helcias Schwartz Junior
Marcos Alcino de Azevedo Torres
Sirley Abreu Biondi
Norma Suely Fonseca Quintes
Horácio dos Santos Ribeiro Neto
Alexandre Freitas Câmara
Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto
Marcelo Lima Buhatem
André Emilio Ribeiro Von Melentovytsch
Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho
Plínio Pinto Coelho Filho
Juarez Fernandes Folhes
José Roberto Portugal Compasso
Peterson Barroso Simão
Margaret de Olivaes Valle dos Santos
Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira
Maria Helena Pinto Machado
Luiz Henrique Oliveira Marques
Werson Franco Pereira Rêgo
Antônio Carlos Arrabida Paes
Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello
Andre Luiz Cidra
Lucia Regina Esteves de Magalhães

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

CÂMARAS CRIMINAIS

1ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Luiz Zveiter
Des. Marcus Henrique Pinto Basílio
Des. Antônio Jayme Boente
Des^a. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat
Des^a. Maria Sandra Rocha Kayat Direito

2ª CÂMARA CRIMINAL

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

3ª CÂMARA CRIMINAL

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

4ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Antônio Eduardo Ferreira Duarte
Des^a. Gizelda Leitão Teixeira
Des. Francisco José De Asevedo
Des^a. Márcia Perrini Bodart
Des. João Zivaldo Maia

5ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Cairo Ítalo França David
Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez
Des^a. Denise Vaccari Machado Paes
Des. Luciano Silva Barreto
Des. Marcelo Castro Anátocles
da Silva Ferreira

6ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Nildson Araújo da Cruz
Des^a. Rosita Maria de Oliveira Netto
Des. Luiz Noronha Dantas
Des. José Muiños Piñeiro Filho
Des. Fernando Antonio de Almeida

7ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Siro Darlan de Oliveira
Des^a. Maria Angélica Guimarães
Guerra Guedes
Des. Sidney Rosa da Silva
Des. José Roberto Lagranha Távora
Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto

8ª CÂMARA CRIMINAL

Des^a. Suely Lopes Magalhães
Des. Gilmar Augusto Teixeira
Des^a. Elizabete Alves de Aguiar
Des. Cláudio Tavares de Oliveira Júnior
Des^a. Adriana Lopes Moutinho 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 07 de dezembro de 2020)

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

Sumário

DOCTRINA

A Mediação como Resolução de Conflitos: Breve Estudo sobre sua Relevância na Era Hipermoderna SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA	12
--	-----------

Os Positivismos Jurídicos ANA PAULA COUTO E MARCO COUTO	36
---	-----------

A Destituição do Poder Familiar à Luz dos Princípios do Direito das Famílias NATHÁLIA MOREIRA NUNES DE SOUZA	52
--	-----------

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça	82
-------------------------------------	-----------

Temática – ECA – 30 Anos	136
---------------------------------	------------

Cível	180
--------------	------------

Criminal	234
-----------------	------------

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

Por Assunto	289
--------------------	------------

Por Relator	298
--------------------	------------

Por Ordem Numérica	301
---------------------------	------------

DOCTRINA

A mediação como resolução de conflitos: breve estudo sobre sua relevância na era hipermoderna

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA*

1. INTRODUÇÃO

O presente texto desenvolve estudo no sentido de destacar a importância da mediação na Era hipermoderna – época em que as relações jurídicas se constituem e se extinguem em velocidade acima do razoável – como método consensual de solução de controvérsias. Nos tempos atuais os indivíduos participativos se mostram parcimoniosos e hesitantes quando necessitam deflagrar ação judicial, mesmo após a vigência da nova Lei Processual, que se propõe a agilizar a marcha procedimental, para atender ao princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal; art. 139, II, do Código de Processo Civil). O litigante réu não tem interesse na rápida solução do conflito, ao reverso do autor, que além de interessado na entrega da prestação jurisdicional favorável, enfrenta a morosidade do processo decorrente das formalidades e prazos estabelecidos em lei. Tratando-se de direitos disponíveis, jurisdicionados perfilham a arbitragem ou contam com a conciliação na audiência preliminar ou de instrução e julgamento para solucionar o litígio. Outros resistem e se mostram indispostos a transigir. Surge, destarte, a mediação como método consensual de solução de conflitos, em que um Auxiliar da Justiça – dotado de conhecimentos técnicos, sem poder decisório – se encarrega de promover a aproximação dos litigantes para que eles próprios, discursivamente, abandonem a desavença e emitam declaração de vontade comum, de modo a solucionar a controvérsia ou a obter o consenso nos autos da demanda deflagrada. Procurando enfatizar alguns aspectos desse método consensual de solução de conflitos, dá-se início à investigação com o surgimento da mediação no Brasil, na Era contemporânea, prosseguindo com a análise do conteúdo da mediação, seus métodos para solucionar o conflito, pressupostos para o alcance da autocomposição, concluindo com o destaque da sua relevância.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Decano e Vice-Diretor. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais e Pós-Doutor em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA. Doutor em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

2. MODERNIDADE, PÓS-MODERNIDADE, HIPERMODERNIDADE E MEDIAÇÃO

Malgrado não se possa afirmar que o marco inicial da modernidade é a Revolução Francesa cumpre ressaltar a relevância desse fato social, que pôs fim ao Antigo Regime. Kumar (2006, p. 119)¹ entende que “a Revolução Francesa tornou-se comum dizer, levava o mundo para uma nova era da história. Marcou o nascimento da modernidade – isto é, de uma época que está em constante formação e reformação diante de nossos olhos”. De fato, há um rompimento com o período em que os benefícios eram aproveitados apenas por certos grupos sociais, uma vez que o indivíduo era visto como um mero integrante da coletividade, sem direito de atuar por si. Estudos impregnados de registros históricos asseveram que a modernidade é proveniente de fatos sociais que antecederam à Grande Revolução.

Sem estabelecer fato social relevante, ela teria início por ocasião das mudanças de estilo, hábito renovado de vida e de organização social ocorridas na Europa, no século XVII, que se espargiram pelo mundo Giddens (1991, p. 11)² prefere conceituar a modernidade sem aludir ao seu marco inicial, com esteio em Weber, afirmando que se cogita de um “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”. Bauman (1999, p. 299-300)³ entende que a modernidade se identifica com:

Um período histórico que começou na Europa Ocidental no século XVII com uma série de transformações socioestruturais e intelectuais profundas e atingiu sua maturidade primeiramente como projeto cultural, com avanço do Iluminismo e depois como forma de vida socialmente consumada, com o desenvolvimento da sociedade industrial (capitalista e, mais tarde, também a comunista).

Essas mudanças estruturais de antanho foram incisivas. O comportamento socioeconômico ocorreu de modo aprofundado. O mesmo se diga das transformações do capitalismo. Fridman (2000, p. 9-10)⁴, no mesmo direcionamento de Bauman, assevera que a modernidade inclui “uma série de mudanças materiais, sociais, intelectuais e políticas iniciadas no século XVII na Europa, com a emergência e a difusão

1 KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

2 GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: ed. Unesp, 1991.

3 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

4 FRIDMAN, Luis Carlos. **Vertigens Pós-Modernas**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

do Iluminismo e que acabaram por se misturar com a Revolução Industrial e com as transformações trazidas pelo capitalismo”.

De um ângulo objetivo, encampando a Revolução Francesa como termo inicial ou *dies a quo* da modernidade, é inequívoco que ela é responsável pela modificação do comportamento social, adotando novos princípios e carreando para a época moderna características, atributos e consectários diferenciados. Cumpre observar que as mudanças provenientes da Grande Revolução vêm se protraindo até os dias coevos, embora com uma nova roupagem. Bonavides (2007, p. 36)⁵ registra que “aquela Revolução prossegue, assim, até chegar aos nossos dias, com o Estado social cristalizado nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade”. Os efeitos da modernidade se acentuam entre 1789 e 1799 na França, com fortes mudanças na sua estrutura econômica, política e social, o que também se espargue pelos diversos Estados soberanos.

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

Quanto às características da modernidade avulta a valorização da razão, com uma dimensão cognitiva prática, na expressão kantiana, e emancipatória, além do desenvolvimento da autonomia e da liberdade. Outro não é o pensamento de Hansen (1999, p. 37)⁶:

“O juiz que subestima as normas da Lei da Mediação, entendendo que a audiência de conciliação não é própria para instaurar o procedimento desse método consensual de solução de conflitos, dará como ultrapassada a oportunidade para a mediação ou ficará insistindo na conciliação para granjear o acordo e somente após o insucesso, dar início ao processo”.

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

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

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

No avanço do tempo, sem discutir se ocorreu o termo final da modernidade, exsurge a “pós-modernidade”, designação popularizada nos meandros das ciências sociais por Jean-François Lyotard, ao editar a obra *“The Post-Modern Condition”*, em 1979. Trata-se de uma Era correspondente ao espaço de tempo posterior ao da modernidade – compreendida entre um pouco mais da segunda metade do século XX e a atualidade – que em velocidade empreendida acima do razoável caminha rumo à busca do novo, contribuindo ainda mais para a modificação do comportamento social. Para ele, citado por Giddens (1991, p. 12)⁷, a pós-modernidade se traduz numa época de “deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia, e da fé no progresso planejado humanamente”.

A pós-modernidade é um novo tempo, sucessor da modernidade, no entendimento de respeitáveis pensadores. Tempo em que se identifica uma crise da razão moderna, com conseqüências negativas que atingiram o final do século XX e atingem o século XXI. Levando em conta o significado do prefixo “pós”, a era da pós-modernidade pode ser entendida como o período *post mortem* da modernidade, ou seja, uma época posterior ao decesso da modernidade. Como diz Kumar (2006, p. 106)⁸, a pós-modernidade pode ser entendida como a época das “exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecação de um cadáver” ou de acordo com Hansen (1999, p. 140)⁹ “a amarga despedida de um defunto que criou muitas expectativas, mas sucumbiu aos efeitos de suas próprias ilusões”.

7 GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: ed. Unesp, 1991.

8 KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

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

Na fase de transição entre a modernidade e a pós-modernidade, com a paradoxal ruptura e prolongamento da primeira, na originalidade da segunda, Lipovetsky (2004, p. 56-57)¹⁰ escreve que “a primeira modernidade era extrema por causa do ideológico-político; a que chega o é aquém do político, pela via da tecnologia, da mídia, da economia, do urbanismo, do consumo, das patologias individuais”. Para ele a pós-modernidade chegou ao final, fazendo eclodir a hipermodernidade, com predomínio “do consumismo, do hedonismo, do psicologismo e da comunicação” sobre os valores da modernidade. Segundo Lipovetsky (2004, p. 61)¹¹ nos tempos hipermodernos “nasce toda uma cultura hedonista e psicologista que incita à satisfação imediata das necessidades, estimula a urgência dos prazeres, enaltece o florescimento pessoal, coloca no pedestal o paraíso do bem-estar, do conforto e do lazer”.

Consequentemente é certo afirmar que não mais se vive em tempos da modernidade e sim numa época que lhe é após, ou seja, do “fim da história”, da “pós-modernidade”, da “segunda modernidade”, da “sobremodernidade”, da “modernidade líquida” ou dos “tempos líquidos”, nas designações de Bauman (2001, p. 17)¹². Este mesmo autor (2007, p. 16)¹³, ao se referir à Era pós-moderna, acentua que o progresso que já foi otimista e promessa de felicidade “agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que haja um momento de descanso”. A Era da modernidade líquida é a Era hipermoderna ou contemporânea em que se encontram os indivíduos participativos as relações jurídicas se constituem e se desconstituem rapidamente, necessitando eles

“A mediação tem que ser tratada de acordo com sua natureza jurídica, que é de um negócio jurídico processual preparatório de encaminhamento das partes para a autocomposição, posto à disposição dos litigantes, como meio de solução consensual de conflitos e não como mais um modo de reduzir o número de processos em trâmite nos órgãos jurisdicionais”.

10 LIPOVETSKY, Gilles. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004, 3. Reimp. 2007.

11 LIPOVETSKY, Gilles. *Op. cit.*

12 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

13 BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

de uma solução de conformidade com a velocidade em que os fatos jurídicos ocorrem e as manifestações de vontade dos atos e negócios jurídicos são postas no mundo da vida.

Via de consequência, em razão dessa velocidade, os indivíduos participativos anelam por meios de solução de conflito que não sejam provenientes exclusiva ou integralmente da resolução judicial. Outras vezes, buscam por estímulo da solução da controvérsia para que cheguem à autocomposição, através da intervenção de uma autoridade informal, dotada de conhecimento técnico, sem poder decisório, que os faça alcançar o consenso, de modo a prevenir ou, em regra, encerrar o litígio. A mediação surge como método de solução e instrumento da Era hipermoderna para a solução amigável da controvérsia.

Diferentemente da arbitragem, que dela se tem notícia desde o período Pré-clássico de Roma (753 a 510 a.C.) – em que o processo civil tramitava de acordo com as *actiones legis*, prosseguindo, na 2ª fase perante o *iudex*, ou seja, o árbitro, com poder de decidir a demanda – a mediação surge na Era pós-moderna. Os estudos e os projetos de lei foram deflagrados na década de 90, em decorrência da edição da *Ley* nº 24.573/95, na Argentina, mais a frente revogada pela *Ley* nº 26.589/10. No caso brasileiro, surge na Era hipermoderna com a edição da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de 29/11/2010, que se traduz no marco histórico da mediação, através de norma regulamentar.

O Projeto de Lei nº 517/11, na Câmara nº 7.169/14, foi aprovado, vindo a se convolar na Lei nº 13.140/15, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias. O par. único do art. 1º considera a mediação como a “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Os arts. 2º e 3º tratam dos princípios que a mediação perfilha e os direitos que podem ser objeto de aproximação das partes, respectivamente, conforme se verá no capítulo concernente ao seu conteúdo.

A Lei nº 13.105/15 (Código de Processo Civil), diferentemente dos diplomas processualísticos editados nas Eras moderna e pós-moderna (DL nº 1.608/39 e Lei nº 5.869/73, respectivamente) – reconhece a mediação como método de solução consensual de controvérsias, após dispor que o Estado promoverá, sempre que possível, esse meio de resolução amigável de conflitos (art. 3º §§ 2º e 3º). Mais adiante a Lei Processual vigente dedica-se à mediação nos arts. 165 e ss., aclamando que ela deve porfiar pelo restabelecimento da comunicação entre as partes de modo que venham a identificar, por si próprias, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (§ 3º

do precitado art. 165). Ao comentar sobre a mediação e a conciliação, procedendo ao estudo referente à política pública de tratamento adequado aos conflitos jurídicos e o princípio do estímulo da solução do litígio por autocomposição, DIDIER JR. (2016, p. 271)¹⁴ destaca que “institui-se no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo à solução por autocomposição (Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça)”.

3. A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

A jurisdição é atividade estatal, uma vez que se cogita da principal função de um dos Poderes da República, na conjugação dos arts. 2º e 3º, da Carta Federal com o art. 16, do Código de Processo Civil. Embora não se perceba de pronto, exatamente em razão da sua função primordial, a atividade do Poder Judiciário é desempenhada na mesma direção da atividade desenvolvida pelo Poder Executivo. Acerca dessa tema, destaca VIEIRA (2010, p. 184)¹⁵ que “a diferença reside apenas na natureza da função que ditos Poderes exercem. Ao Executivo compete administrar; ao Judiciário compete julgar, às vezes contra a própria Administração Pública, através da jurisdição administrativa.

Ao prestar o serviço público, ambos os poderes objetivam alcançar as recomendações do art. 3º, da Lei Maior, quais sejam: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esse último objetivo, isto é, promover o bem de todos, muito se ajusta à atividade jurisdicional, eis que se trata de função exercida por um dos Poderes da República, para solucionar conflitos de interesses.

A Emenda Constitucional nº 45/04, ao alterar multifários dispositivos da Lei Fundamental, instituiu, no art. 5º, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Este passou a integrar o Poder Judiciário como órgão máximo da Administração Judiciária, com poderes administrativos, em âmbito nacional, referentes à atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, ficando constitucionalmente autorizado a expedir atos regulamentares, como se deduz da leitura dos arts. 92, I-A, 103-B e § 4º, do Pacto Fundamental da Nação. Tão logo instalado, o CNJ deu início à expedição de seus atos regulamentares, através de resoluções.

14 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

15 VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, vol. 13 nº 51, p. 178-229, 2010.

Atento ao fato de que é órgão integrante do Poder Judiciário – cujos membros estão estritamente vinculados a cumprir a Constituição e as leis do País – sem olvidar da sobredita recomendação de que também deve promover o bem de todos, imbuído de arremedo de jurisdição administrativa, o CNJ emitiu a Resolução nº 125/10, deflagrando a “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”, de acordo com o art. 1º, com lastro no terceiro considerando que, dentre outros, reconhece a mediação e a conciliação como mecanismos consensuais de solução de conflitos, coadjuvantes dos serviços judiciários prestados nos processos judiciais. A jurisdição se ressentia de coadjuvantes procedimentais, destituídos das formalidades processuais que possibilitassem, ao menos, o encaminhamento das partes para o consenso. Oficializou-se a mediação, já que a conciliação estava inclusa em diversas etapas dos procedimentos de jurisdição contenciosa.

Essas formas alternativas de solução de conflitos integram o que se denomina autocomposição, procedimento em que as próprias partes compõem a lide, resolvendo o conflito de interesses, resolvendo a questão com julgamento de mérito. A autocomposição abarca a transação, a submissão (reconhecimento da procedência do pedido e renúncia ao direito sobre que se funda a ação), a conciliação e a mediação. Segundo a doutrina a autocomposição constitui um novo caminho para se chegar ao fim da controvérsia com a mesma resolução de mérito da sentença, muitas vezes homologatória. THEODORO JUNIOR (2008, vol. I, p. 5)¹⁶ relembra preleção de CAPPELLETTI, que afirma se tratar de atividade da justiça coexistencial:

Em lugar de contar apenas com a força da autoridade legal do juiz, as partes poderiam, muitas vezes, obter melhores resultados na solução de seus conflitos, recorrendo à experiência e à técnica de pessoas capacitadas a promover a mediação e a conciliação, e chegando, assim, a resultados práticos mais satisfatórios do que os decretados pela justiça tradicional.

A doutrina processual espanhola classifica a autocomposição em unilateral e bilateral. Na unilateral a solução da controvérsia só é alcançada pela concessão de uma das partes como ocorre com a renúncia e o reconhecimento. Na bilateral a solução advém do acordo de ambas as partes, através de concessões recíprocas, como a transação, a desistência, a conciliação e a mediação. A propósito anotação de ROBLES GARZÓN (2008, p. 33)¹⁷:

16 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I. 49. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2008.

17 ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. **Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Tecnos, 2008.

Los sistemas autocompositivos pueden clasificarse en unilaterales y bilaterales. En los unilaterales, la solución se alcanza por la concesión de alguna de las partes. Son manifestaciones de ésta la renuncia o el allanamiento. Serán bilaterales aquellas que llevan a la solución por el acuerdo de ambas partes, entre otras, la transacción, el desistimiento, la conciliación y la mediación. De entre estas últimas, tanto la conciliación como la mediación suponen la participación de un tercero que actuará inter partes, sin capacidad resolutoria alguna. La diferencia entre una y otra figura es que mientras el conciliador solo acerca a las partes, el mediador podrá realizar propuestas de soluciones concretas.

Espécie do gênero autocomposição, a mediação é o procedimento em que as partes chegam ao consenso para, numa etapa seguinte, por fim à controvérsia, com a intervenção de terceiro, o conciliador, com autoridade para presidir os trabalhos de aproximação, mas sem poder decisório. Conceituada como atividade técnica exercida por terceiro que conduz as partes, as auxilia e estimula a prosseguir em etapa mais avançada da autocomposição, objetiva a aproximação dos litigantes para que eles cheguem à vontade consensual e, conseqüentemente, à resolução judicial ou extrajudicial do conflito instalado, advindo de uma relação jurídica (par. único do art. 1º, da Lei nº 13.140/15).

A mediação é uma das espécies de solução alternativa de controvérsias, ao lado da conciliação, integrando a autocomposição. Não se cogita de um método de pronta obtenção de solução do conflito. É a primeira etapa de um procedimento para que as partes – que já não se entendem e que estão litigando, em regra –, alcancem, numa segunda etapa, a resolução judicial ou extrajudicial do conflito. Sobre o tema, anotam MARINONI, ARENHART E MITIDIERO (2016, p. 292)¹⁸:

Consiste na inclusão de um terceiro imparcial para auxiliar na negociação das partes. Sua finalidade é colaborar para que as partes cheguem, por sua própria iniciativa, a um acordo. O mediador não deve, em regra, sugerir soluções para o problema das partes, mas auxiliá-las a encontrar, sozinhas, tais soluções. Para tanto, deve ajudar a restabelecer o diálogo entre as partes, para que elas possam encontrar os pontos de divergência e consigam resolver sua controvérsia.

Para demandantes que não admitiam qualquer aproximação para conversar sobre o tema litigioso, a mediação se apresenta como um caminho para eliminar

18 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

a resistência à comunicação para que sejam levados ao entendimento e ao consenso. Ao reverso da conciliação da doutrina espanhola – em que o conciliador não pode sugerir soluções para dar fim ao litígio e o mediador pode – no caso brasileiro a mediação se esgota com o esclarecimento que é levado aos demandantes pelo conciliador no sentido de que devem se entender para que eles próprios, através do consenso, abandonem a ausência de diálogo e procurem solucionar a controvérsia, tomando o segundo caminho. É uma conversa jurídico-social para a abertura da porta para uma autocomposição definitiva, pelo meio judicial ou extrajudicial que os litigantes vão eleger.

Trata-se de um voo com escala, em que o avião sai de um aeroporto para outro que os levará ao destino final, ainda que este segundo voo não seja tão rápido quanto o primeiro. Também pode ser dito que é um negócio jurídico preliminar não solene ou informal ajustado pelos próprios litigantes, com a direção e o auxílio de um terceiro técnico e experto em temas de conflitos, que restabelecerá o entendimento e será solucionado com a celebração do negócio jurídico definitivo de matiz judicial ou extrajudicial. E tudo se deve à atividade desenvolvida pelo mediador. Sobre essa atividade registra DIDIER JR. (2016, vol. 1, p. 274)¹⁹:

Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito.

Por se tratar de um caminho consensual a ser percorrido pelas partes, conduzido pelo mediador, para que elas busquem o entendimento e o consenso e cheguem à autocomposição, nos termos do art. 4º § 1º, da Lei nº 13.140/15, ao procedimento da mediação foram vinculados, inicialmente, os princípios que estão insculpidos no art. 1º, do Anexo III, (Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais) da Resolução CNJ nº 125/10. Cumpre ao mediador, ao exercer a atividade, reverenciar os princípios da confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. Os incisos I a VIII, do referido art. 1º, em arremedo de

19 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

interpretação autêntica ou legislativa, conceitua cada um desses princípios, a maioria de conhecimento geral, merecendo destaque os dois últimos: empoderamento e validação. Este é definido como o dever do mediador estimular os litigantes a se repararem como seres humanos, permutando atenção e respeito; aquele, como o dever de estimular os litigantes a aprenderem a resolver melhor seus conflitos futuros em vista da experiência na autocomposição. São princípios éticos e processuais dirigidos à autoridade informal que vai presidir o procedimento de restabelecimento da comunicação entre as partes.

A Lei nº 13.140/15 recepcionou a maior parte dos princípios da indigitada Resolução nº 125/10. De acordo com o rol do art. 2º da precitada Lei nº 13.140/15 alguns princípios da Resolução apresentam nova roupagem. Cuida-se de um rol contendo princípios mais voltados para o desempenho procedimental do mediador. Encartados em lei recebem um novo *status*. ALEXY (1994, p. 162)²⁰ chama esse *status* de “mandamentos de otimização”, ao registrar que “*en tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas*”. Os “mandamentos de otimização” de que trata o sobredito preceptivo legal são: imparcialidade do mediador, isonomia dos litigantes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Para a validade do procedimento mediatório faz-se mister que ditos princípios sejam observados, notadamente os que dizem respeito aos impedimentos do mediador (arts. 5º a 7º, da Lei da Mediação).

O Estatuto Processualístico apresenta os princípios que informam a mediação. Conforme dispõe o art. 166, a independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e a decisão informada se traduzem nos sete princípios que dão validade ao procedimento da mediação. Ditos princípios estão direcionados no mesmo sentido dos que constam do art. 2º, da Lei nº 13.140/15. Não se conflitam e por pouco não são comuns aos dois diplomas legais. São aplicáveis ao procedimento e, da mesma forma, devem ser reverenciados pelo mediador.

Consoante anuncia o art. 3º, da Lei nº 13.140/15, a mediação pode recair em direitos disponíveis ou indisponíveis que admitem transação. Direitos disponíveis, como o próprio nome está a indicar, são aqueles em que o seu titular deles pode dispor, transferindo sua titularidade através da celebração de negócios jurídicos, a qualquer tempo, como ocorre com o direito à herança, à indenização por acessões e benfeitorias, a repetição do indébito, a evicção, a reparação civil do dano e tantos

20 ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1994.

outros. Direitos indisponíveis que admitem transação são os que embora seu titular não tenha liberdade para negociá-los, o resultado de sua violação ou o prejuízo a eles causado pode ser objeto de composição, como o direito às prestações de alimentos vencidas, à reparação por ofensa aos direitos da personalidade, o advindo do abandono material do incapaz ou do abandono afetivo e outros. Relevante é que ditos direitos, malgrado litigiosos, possam ser objeto de qualquer um dos meios alternativos de resolução de conflitos, judicial ou extrajudicialmente, depois das partes serem aproximadas e alcançarem o consenso.

Os arts. 4º a 13, da Lei nº 13.140/15 e 165 a 173, da Lei Processual Civil, dedicam-se à atuação e ao funcionamento dos órgãos da atividade de mediação (centros judiciários de solução consensual de conflitos, mediadores e câmaras privadas de mediação). Os arts. 14 a 20, da Lei nº 13.140/15 cuidam do procedimento mediatório, o que já não é tratado pelo Código de Processo, ficando exclusivamente a cargo do diploma de regência o seu desenvolvimento. Entrementes, o novel diploma processualístico não se olvidou de encartar, dentre os auxiliares da justiça – ao lado dos conciliadores – os mediadores e os órgãos destinados a esse método de solução consensual de conflitos. Os arts. 165 a 175 compõem a Seção V, do seu Capítulo III, consagrando a mediação como atividade coexistencial à atividade judiciária. Isso se deve ao Conselho Nacional de Justiça, que expedindo à época a Resolução nº 125/10, antecipou-se aos diplomas processuais. Dando um passo de vanguarda, o único órgão administrativo do Poder Judiciário, de âmbito nacional, instituiu, ainda que de modo experimental, uma espécie de Justiça Administrativa informal, no interesse dos jurisdicionados em conflito, que ávidos por uma justiça simples, rápida e eficiente, clamavam por um caminho procedimental diverso do acesso à jurisdição estatal, para levá-los ao entendimento e ao consenso.

Os métodos da mediação para se alcançar o consenso são o administrativo e o judicial. O método administrativo ou extrajudicial é utilizado quando há previsão para a deflagração da mediação no instrumento do negócio jurídico que deu origem à relação jurídica que se tornou conflituosa. Se as partes estão em litígio é porque há relação jurídica fundada, em regra no contrato, espécie de negócio jurídico que lhe é mais próximo. Esse método conta com cláusula inserta no instrumento do negócio jurídico em que as partes já tinham se comprometido a alcançar o consenso com o auxílio do mediador por elas indicado.

Também se vislumbra o método extrajudicial quando uma das partes apresenta policação à outra para iniciar o procedimento de mediação, por qualquer meio de comunicação, estipulando o seu fim, a data e o local da primeira reunião. Se a proposta

não for aceita em até trinta dias do seu recebimento será considerada rejeitada. Na inexistência de cláusula contratual que faça previsão da mediação, qualquer uma das partes poderá enviar à outra a proposta de mediação.

No caso de o método contar com pacto inserido em instrumento do negócio jurídico o procedimento administrativo tem início desde logo. As partes em litígio já tinham assumido o compromisso de alcançar o consenso, uma vez que esclarecidas sobre os consectários de uma eventual desavença contratual, haja vista a experiência de ambas. Nessas condições, a policitação e a aceitação se reuniram por ocasião da lavratura do instrumento que deu origem ao negócio jurídico, ora em desalinho. No caso de o método não contar com cláusula prevendo a mediação, tudo depende da aceitação da proposta. Sem a conjugação das vontades do policitante e do oblato, o método extrajudicial não pode ser utilizado para se alcançar o consenso. Esse método com ou sem previsão contratual da mediação é tratado nos arts. 21 a 23, da Lei nº 13.140/15.

O método técnico ou judicial é utilizado quando não há previsão para a deflagração da mediação em instrumento do negócio jurídico que deu origem à relação jurídica que se tornou conflituosa. As partes, no entanto, esboçam que querem tentar o entendimento, resolvendo se submeter ao procedimento. Esse método conta com a estrutura dos centros jurídicos de solução consensual de conflitos, instituídos pela jurisdição estatal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça, constantes da indigitada Resolução nº 125/10. As partes não elegem o mediador, pois ele integra o quadro oficial da mediação técnica. Nem podem recusá-lo, salvo se houver impedimento para o exercício do múnus.

Após a vigência da Lei Processual Civil, ocorrida no primeiro semestre de 2016, a escolha do mediador judicial passou a ser admitida, ainda que não inscrito no cadastro do Tribunal de Justiça local, de acordo com o art. 168 e seu § 1º. Como se trata de lei posterior, que revoga a anterior, nos termos do art. 2º § 1º, do DL nº 4.657/42, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pode ser dito que ocorreu revogação tácita do art. 25, da Lei nº 13.140/15, que é norma anterior à disposta no diploma processualístico. Se as partes podem escolher o mediador, também estão credenciadas a recusá-lo.

O método judicial, por se tratar de um método técnico, é menos informal que o extrajudicial. O método judicial é utilizado pelo mediador na audiência prévia ou na audiência de instrução e julgamento. Seu instrumento é o processo judicial, daí imprescindir de algumas formalidades como, *exempli gratia*, o prévio recebimento da petição inicial por despacho liminar positivo do juiz, assistência às partes por

advogado ou pela Defensoria Pública quando comprovarem insuficiência de recursos, término do procedimento em sessenta dias e maior empenho do mediador na condução dos trabalhos, objetivando obter, desde logo, não só a aproximação e o entendimento como também o acordo.

Ao tratar dos conciliadores e mediadores, o Código de Processo Civil reservou a atuação do conciliador para aproximar as partes sem vínculo anterior e a do mediador para os litigantes com vínculo anterior que, em regra, advém de um contrato, como foi analisado. A reserva de atividades assemelhadas de que cuida o § 1º, do art. 165, é bem providencial. Existindo vínculo entre as partes – máxime em razão do ajuste de um negócio jurídico que gerou obrigações – o método técnico é o mais adequado para alcançar o restabelecimento da comunicação, identificando, os próprios litigantes, soluções consensuais que venham a produzir benefícios mútuos, como previsto no § 3º, do sobredito art. 165, da Lei de Ritos Civis.

Cumprе ressaltar que o método técnico para alcance do consenso na Lei da Mediação não é o mesmo da Lei Processual. Os arts. 14 a 20, da Lei nº 13.140/15 apresentam um procedimento comum para os dois métodos (extrajudicial e judicial), que devolve aos litigantes a autonomia da vontade – pressuposto da mediação – no sentido de alcançar o consenso para se chegar à autocomposição. É mais liberal, espontâneo e destituído de imposição jurisdicional, apesar de judicial. Os arts. 334 e 359, do Cód. Proc. Civil, ao tratar da audiência de conciliação e mediação e da audiência de instrução e julgamento, respectivamente, deixam entrever um método técnico impositivo a ser adotado pelo mediador, que cerceia a espontaneidade que deve nortear todo procedimento mediatório.

Em primeiro lugar, a audiência preliminar de mediação é realizada em conjunto com a conciliação, como se ambas traduzissem os mesmos métodos consensuais de solução de conflitos, o que *permissa venia* não é de boa técnica. Como também restou investigado, as duas não se confundem, apesar da semelhança e da natureza jurídica de ambas.

Em segundo lugar, quando o §§ 2º e 11, do art. 334, dispõem que poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e que a autocomposição granjeada será reduzida a termo, o Estatuto Processualístico dá a impressão que o método adotado porfia por um resultado imediato, fundindo a conciliação, a mediação e a transação. Ditos parágrafos abalroam todo o procedimento do método judicial da Lei da Mediação, editada como diploma legal específico para esse método consensual de solução de litígios, a cargo exclusivo de um mediador, designado para uma tranquila atuação de aproximação dos litigantes. O método processual não. É afoito

e açodado, estando direcionado exclusivamente no sentido da obtenção – de plano e a qualquer preço – de uma transação conciliatória ou compositiva para encerrar o processo de conhecimento e incluí-lo nas estatísticas mensais de produtividade da jurisdição estatal.

Desde o método judicial perfilhado na audiência preliminar de conciliação e mediação da Lei Processual vai se constatando um desvirtuamento de ambos os métodos de consenso tratados na Lei da Mediação. Por ocasião da realização da audiência de instrução e julgamento não se infere qualquer empenho do legislador processual em reverenciar o método adequado para o alcance do consenso. O art. 359 alude à mediação apenas para incutir no leitor que está prestigiando o método de consenso. Na verdade esse preceptivo processual quer dizer que se não houve conciliação, nem a mediação alcançou a autocomposição, só resta prosseguir. Ultrapassada a oportunidade – pensa o legislador “porque as partes não aproveitaram” – deve a audiência de instrução e julgamento ser realizada “independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem”.

Vale enfatizar que o art. 18, da Lei nº 13.140/15, ao tratar do procedimento desse método judicial, tem o zelo de detalhar que a audiência que dá início à mediação é, na verdade, a primeira de uma série de reuniões destinadas a alcançar o consenso. Ambas as partes devem estar presentes. A seguir o art. 19 dispõe que ditas reuniões são realizadas com presenças das partes, juntas ou separadamente, buscando o mediador as informações indispensáveis para facilitar o entendimento entre elas. É o método mais indicado para o alcance da autocomposição. O método judicial da Lei Processual nem de longe deposita esforços no sentido de facilitar o entendimento entre as partes. Portanto, a qualquer tempo, antes da composição da lide e enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença, as partes poderão se servir da mediação da lei de regência, como verdadeiro método consensual de solução de suas controvérsias.

4. PRESSUPOSTOS PARA O ALCANCE DA AUTOCOMPOSIÇÃO PELA MEDIAÇÃO

O alcance da autocomposição pela mediação pressupõe a autonomia da vontade, o esclarecimento das partes, a confiança no sistema perito e a adoção do procedimento discursivo fundado na teoria do agir comunicativo. As partes que já demonstraram capacidade para celebrar o negócio jurídico que deu origem à controvérsia, ainda perseguem os efeitos das declarações de vontade que emitiram. Com fulcro na liberdade de contratar e na autonomia privada, mesmo em situação de conflito, mantêm

a mesma autonomia no anseio de que ditas declarações prevaleçam, ainda que tenham que se socorrer da via judicial. Quando optam pela via extrajudicial também buscam a solução para a controvérsia instalada.

A autonomia da vontade garante aos litigantes o direito à autocomposição. Quer na via judicial, quer na extrajudicial, as autoridades que presidem o processo ou o procedimento deflagrado pelas partes para resolução do conflito, devem respeitar as pretensões dirigidas à continuidade da contenda judicial ou à autocomposição. Se for o caso desta, aí se vislumbra o funcionamento da mediação. Respeitando ainda mais a autonomia da vontade, o mediador – notando uma remota possibilidade de comunicação – envida esforços procedimentais, para que voltem a se comunicar, incentivando-as para que alcancem o entendimento e o consenso, facilitando a resolução do conflito. Não se olvide de que a autonomia da vontade das partes é um dos princípios que norteia a mediação (arts. 2º, V e 4º § 1º, da Lei nº 13.140/15).

O esclarecimento se refere à avaliação prévia que as partes devem fazer sobre as vantagens e desvantagens entre continuar litigando até a demorada entrega da prestação jurisdicional ou se submeter a um dos métodos consensuais de solução do conflito extrajudicial ou mesmo judicial. Esse esclarecimento é específico quanto aos modos postos à disposição dos litigantes pelo ordenamento positivo vigente, traduzido na aquisição de conhecimentos adquiridos antes do conflito eclodir. Os litigantes devem sopesar – porque estão sendo esclarecidos – se vale a pena suportar, até o final do processo, o esgotamento das multifárias formalidades procedimentais ou adotar o caminho aberto pelo mediador, posto à sua disposição pelo Estado, sem formalidades excessivas e hábil a levá-los, em pouco espaço de tempo, ao ajuste da autocomposição, após a realização de reuniões dedicadas inteiramente à solução consensual do conflito.

Se os litigantes não têm esclarecimento (*aufklärung*) para se submeter à mediação, ainda se encontram na menoridade procedimental. Consequentemente, não podem fazer uso do entendimento da condução dos trabalhos do mediador. A falta de esclarecimento para se vergar à mediação traduz, implicitamente, a ausência de capacidade e da própria autonomia da vontade, afastando o consenso imprescindível ao alcance da autocomposição. Como diz Kant (2008, p. 63)²¹: “a menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção do outro indivíduo”. Ainda assim o mediador experiente deve tentar suprir a ausência de conhecimento dos litigantes, “esclarecendo-os” sobre as reuniões que serão realizadas na tentativa da aproximação que leve ao consenso e até à autocomposição, nos termos dos arts. 14, 18 e 19, da Lei nº 13.140/15.

21 KANT, Immanuel. **Textos Seletos**. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

A confiança no “sistema perito” consiste no fato de que sendo a mediação uma atividade estatal, mesmo quando exercida por particular a quem o Estado delega a função, sua atuação merece credibilidade. Os litigantes dotados de autonomia da vontade, credores de esclarecimento, têm à sua disposição um corpo de profissionais capacitados pelo Tribunal de Justiça para dirigir o procedimento com observância das formalidades mínimas para a busca do entendimento e do consenso. Se os mediadores são técnicos em restabelecer a comunicação entre os litigantes, por meio de um procedimento especial, a ponto de levá-los à autocomposição, eles podem confiar no sistema.

Hodiernamente o mediador ocupa a posição de perito responsável pela aproximação dos litigantes esclarecidos que, no entanto, encontram-se juridicamente desajustados. São peritos em aproximação e busca do consenso entre as partes, porque deles se exige curso superior completo há mais de dois anos, curso de capacitação para a atividade, ministrado pela Administração Judiciária para que possam atuar, e imparcialidade (arts. 1º, par. único, 2º, I, 5º, 11 e 12, da Lei nº 13.140/15). Além disso, os peritos mediadores são reconhecidos como auxiliares da justiça pelo Capítulo III, do Título IV, da Lei Processual, que trata do Juiz e seus Auxiliares (arts. 165 e ss.).

A confiabilidade no sistema é um dos efeitos da modernidade, como destaca Giddens (1999, p. 91)²²: “a *confiança em sistemas* assume a forma de *compromissos sem rosto*, nos quais é mantida a fé no funcionamento do conhecimento em relação ao qual a pessoa leiga é amplamente ignorante”. Sendo a mediação uma atividade da justiça coexistencial que eclodiu na pós-modernidade nos sistemas jurídicos estrangeiros mais avançados e na hipermodernidade no sistema jurídico nacional, o grau de confiabilidade é elevado. É o pressuposto técnico desse método de solução consensual de conflitos.

Para se alcançar a autocomposição na segunda etapa desse método de solução de conflitos, é mister a adoção de procedimento discursivo fundado na teoria do agir comunicativo. Trata-se de se perfilhar um modo de agir discursivo dentro do procedimento mediatório. Aberta a primeira reunião, o presidente dos trabalhos deve, desde logo, ouvir as partes. Outras reuniões poderão ser realizadas, sempre com a presença de ambas, que poderão ser novamente ouvidas em conjunto ou separadamente, delas solicitando informações necessárias para facilitar a aproximação e o entendimento (arts. 14, 17, 18 e 19, da Lei nº 13.140/15). Através dessas informações o árbitro vai tomando cognição dos principais pontos divergentes que vêm impedindo a comunicação entre as partes.

22 GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: ed. Unesp, 1991.

Malgrado a lei de regência não detalhe, ao ouvir os litigantes o mediador fará com que elas apresentem suas pretensões para o restabelecimento da comunicação, rompida pela desavença, e também do entendimento, que se mostram distantes, para tentar chegar ao consenso, preliminar da autocomposição. De bom alvitre que o mediador recomende às partes que adotem uma ética discursiva, abstendo-se de considerações pessoais nas suas exposições, para se manterem focados exclusivamente nos pontos divergentes que afastam a comunicação e o entendimento. Em seguida, deve ouvir a discussão travada entre os litigantes, a essa altura transcorrendo sob o pálio da indigitada ética, típica do agir comunicativo. A formação técnica do mediador possibilita que assim atue para incentivá-los a buscar o consenso.

As regras da ética do discurso também deverão ser apresentadas aos litigantes pelo mediador, notadamente a que atine ao dever de um falante não interromper o outro, nem exercer coerção a qualquer pretexto para impedir que exponha seus motivos favoráveis ou desfavoráveis ao consenso. Sobre a necessária ausência de pressão para o sucesso, *in casu*, da mediação, anota Habermas (2003, p. 110)²³:

A partir de pontos de vista *procedurais*, as argumentações aparecem, em seguida, como processos de entendimento mútuo que são regulados de tal maneira que proponentes e oponentes possam, numa atitude hipotética e liberados da pressão da ação e da experiência, examinar as pretensões de validade que se tornaram problemáticas.

A adoção da teoria do agir comunicativo é o último e mais relevante pressuposto para que as partes atinjam o consenso. Chegando ao restabelecimento da comunicação e iniciado o entendimento entre elas, já se terá percorrido 70% do caminho de uma mediação positivada. A habilidade e a técnica do mediador, condutor do procedimento, respondem pelos 30% restantes para o alcance autocomposição.

5. A RELEVÂNCIA DA MEDIAÇÃO NA ERA HIPERMODERNA

Nos dias coevos as relações jurídicas se constituem e se extinguem numa velocidade que antanho nunca se verificou. Como corolário, surge a mediação como método de solução consensual de conflitos, dentre as alternativas da autocomposição. A população brasileira cresceu assustadoramente. Após a promulgação da Carta Política de 1988, os indivíduos participativos, como se diz popularmente “descobriram a Justiça”. Outros, entretantes, se mostram parcimoniosos e hesitantes quando necessitam deflagrar ação judicial, vale dizer, aforar a *res in judicio deducta*, mesmo na vigência de uma nova Lei Processual, editada com o propósito de agilizar a marcha dos seus

23

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

atos para a entrega da prestação jurisdicional e o atendimento do princípio da razoável duração do processo, na recomendação dos arts. 5º, LXXVIII, da Lei Suprema e 139, II, do Código de Processo Civil.

Para quem deixou de cumprir um dever ou uma obrigação e pode vir a figurar ou já figura no pólo passivo de demanda judicial pouco importa que a solução do conflito venha a ser apresentada com rapidez. No entanto, para quem não recebeu ou obteve o proveito do dever ou da obrigação e vai figurar ou já figura no pólo ativo, a morosidade processual decorrente das suas excessivas formalidades pode levá-lo ao cansaço. Às vezes a parte se acostuma com a demora e termina por se conformar com a lentidão processual. Não é incomum constatar-se o ajuste de transação em que o litigante renuncia à grande parte do seu direito, o que não faria se não fossem o excesso de solenidades e a vagarosa marcha procedimental.

Tratando-se de direitos disponíveis, jurisdicionados perfilham a arbitragem; outros, entendendo que se trata de método de resolução de conflitos oriundos de negócios jurídicos exclusivamente patrimoniais não a adotam. Alguns demandantes não acreditam na conciliação da audiência preliminar ou da audiência de instrução e julgamento para solucionar o conflito; demandados resistem e se mostram indispostos a transigir. Muitas vezes seus patronos assumem comportamento beligerante e procrastinatório, com o objetivo de valorizar seus serviços para justificar os honorários, preferindo acenar para a perpetuidade da contenda judicial e transigir somente no final do processo. Resta eleger um dos métodos consensuais de solução de conflitos remanescentes: a mediação.

Como método de solução consensual de conflitos, a mediação conta com a participação de terceiro, dotado de conhecimentos técnicos, sem poder decisório. Esse experto se encarrega de promover a aproximação dos litigantes, para que eles próprios, discursivamente, se afastem da desavença e emitam declaração de vontade comum, evitando o ajuizamento da ação ou obtendo o consenso nos autos da demanda deflagrada. Sua relevância reside no incentivo estatal para o restabelecimento da comunicação entre as partes litigantes, na busca do entendimento e do consenso, em época de alarmante número de ações que diariamente são intentadas nos órgãos do Poder Judiciário.

Desde a edição da Resolução CNJ nº 125/10, da Lei nº 13.140/15 e do Código de Processo de 2015, a mediação vem obtendo bons resultados no âmbito do Poder Judiciário, devido ao grande empenho administrativo das Cortes de Justiça direcionado à realização de cursos de formação de mediadores, criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos e câmaras voltadas para a mediação.

Os litigantes podem contar com uma estrutura administrativo-judiciária capaz de proporcionar a instauração do procedimento mediatório, ficando isentos do pagamento de custas, quando alcançam a autocomposição antes da citação do réu (art. 29, da Lei da Mediação). E tudo se desenvolve respeitando a autonomia das partes que se encontravam sem comunicação, envolvidas em controvérsias.

6. CONCLUSÃO

Conforme restou investigado, a Lei nº 13.140/15, dotada de técnica adequada e em consonância com as exigências do mundo da vida e do mundo jurídico da era hipermoderna – dando prosseguimento à inauguração da regulamentação de mais um método consensual de solução de litígio, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução CNJ nº 125/10 – regulamentou, com maestria, a mediação. Apresentando sua natureza jurídica e seu conceito, explicitando os princípios da mediação, definindo a escolha dos mediadores, estabelecendo o procedimento da mediação nas suas espécies e a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, a Lei nº 13.140/15 foi elaborada, votada e editada especificamente para tratar desse método de solução de litígios. Prescindia, portanto, de normas complementares, que vieram no projeto de lei que se converteu na Lei nº 13.105/15, que institui o novel Código de Processo Civil.

A elaboração, as emendas, a aprovação perante as comissões, a votação, a sanção e a *vacatio legis* de uma nova lei processual de âmbito nacional se protraí no tempo. Ao entrar em vigor o Ordenamento Processualístico promoveu um retrocesso no que diz respeito às normas do procedimento da mediação ao imiscuí-las com as normas da conciliação, como se os métodos consensuais de solução de conflitos fossem iguais, na busca frenética de compelir as partes a ajustar a transação, quer sob o rótulo de conciliatória, quer sob a capa de compositiva. Com isso, se afastou da *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*, implantada pela Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça.

O magistrado que reverencia a Lei nº 13.140/15 e não está preocupado com o número de processos que serão julgados no mês para incluir na sua produtividade – ao perceber na audiência preliminar de conciliação e mediação que as partes não querem se comunicar, mas que há possibilidade de entendimento e consenso – deve conjugar os arts. 16 e 27, do diploma específico com o art. 334 § 1º, da Lei Processual e suspender não só a audiência como também o processo e convocá-las a se submeter à mediação. O juiz que subestima as normas da Lei da

Mediação, entendendo que a audiência de conciliação não é própria para instaurar o procedimento desse método consensual de solução de conflitos, dará como ultrapassada a oportunidade para a mediação ou ficará insistindo na conciliação para granjear o acordo e somente após o insucesso, dar início ao processo. Não é esse o papel de quem exerce a atividade jurisdicional, pois dentre os deveres do juiz figura o de “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”, nos termos do art. 139, V, do Código de Processo Civil.

Por se emoldurar dentre os meios de autocomposição, a mediação não deve ser vista como mais uma alternativa destinada a reduzir o número de processos na jurisdição estatal, tal como divulgado pelos meios de comunicação desde a edição da Resolução nº 125/10, do Conselho Nacional de Justiça, máxime por ocasião da votação, aprovação e edição da Lei nº 13.140/15. Tal como ocorreu com a Lei nº 9.307/96 – alterada pela Lei nº 13.129/15, que trata da arbitragem – assim que a Lei da Mediação deixou a *vacatio legis* foi taxada de mais um diploma legal destinado a “desafogar” o Judiciário. Não é esse o objetivo primário desse método consensual de solução de litígios.

Da leitura do terceiro considerando da Resolução nº 125/10 do CNJ, vê-se que a mediação, ao lado da conciliação, mereceu o prestígio do órgão administrativo máximo do Poder Judiciário, instituído pela Emenda Constitucional nº 45/04, por se tratar de eficiente mecanismo de solução consensual de conflitos. O objetivo primordial da mediação ali anunciado é colocar à disposição dos jurisdicionados em conflito mais um método de solução consensual de aproximação das partes em litígio ou que se encontram na iminência de intentar ação para que elas próprias alcancem a autocomposição. Até a edição dessa relevante resolução administrativa não se dava atenção à mediação no País, o que se iniciou como *política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade*, que deu certo, tendo atingido excelentes resultados nas comarcas de grande, médio e de pequeno porte. Registra PINHO (2015, p. 107)²⁴:

Não obstante, o marco legal da mediação no ordenamento brasileiro foi amplamente discutido pelas Casas Legislativas e sua aprovação final no Senado ocorreu em 02 de junho de 2015. Em 29 de junho foi publicada a Lei nº 13.140/15. Dessa forma, embora esse mecanismo

24 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Histórico da Lei de Mediação Brasileira: do P.L. 94 à Lei nº 13.140/15. **Direito em Debate: da Teoria à Prática**. Rio de Janeiro: AMPERJ – CONAMP, 2015.

de solução de conflitos já venha sendo amplamente utilizado tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial, a institucionalização legal da mediação deve ser priorizada e concretizada, garantindo que a disseminação ocorra de forma correta e que a sua prática ganhe legitimidade social, fazendo do Brasil mais uma referência mundial no estudo do tema.

Como objetivo secundário e com certa relevância, consoante se constata da leitura do quinto considerando da sobredita Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, a mediação tem servido para reduzir o número de demandas que são aforadas na jurisdição estatal, quando afirma que *sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças*. Tem-se conhecimento, no entanto, que a redução do número de ações não é tão significativa. Paralelamente, o número de demandas judiciais cresce anualmente, em virtude do aumento desenfreado da população e dos conflitos oriundos das mais variadas relações jurídicas da era contemporânea, que não existiam ao tempo da modernidade. Basta comparar a distribuição de processos durante um exercício com o anterior.

A mediação tem que ser tratada de acordo com sua natureza jurídica, que é de um negócio jurídico processual preparatório de encaminhamento das partes para a autocomposição, posto à disposição dos litigantes, como meio de solução consensual de conflitos e não como mais um modo de reduzir o número de processos em trâmite nos órgãos jurisdicionais. Acerca da autocomposição da qual a mediação é espécie, vale ressaltar mais uma anotação de FREDIE DIDIER (2016, p. 280)²⁵:

A autocomposição não pode ser encarada como panaceia. Posto indiscutivelmente importante, a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no judiciário ou como técnica de aceleração dos processos. São outros os valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração de uma norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento. É perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais, Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de mediador ou conciliador.

25 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

A relevância da mediação reside no fato de se traduzir em negócio jurídico processual preparativo de condução dos litigantes à autocomposição. É mais um meio posto à disposição dos jurisdicionados para não desencorajá-los a exercer os direitos decorrentes de suas relações jurídicas, máxime se estiverem na dúvida se vale ou não a pena ingressar em juízo. Ao lado de outros, o processo se rege pelo princípio da utilidade. Em razão disso, os jurisdicionados podem ver na mediação maior utilidade processual. Anota VIEIRA (2010, p. 213)²⁶ “que o fim do processo é solucionar conflitos para que se retorne a paz jurídica”. O objeto do processo é a composição da lide, isto é resolver o litígio de acordo com a vontade da lei ou, acrescente-se, consoante a vontade das partes, por meio das facetas da autocomposição, aí se incluindo a mediação.

26 VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, vol. 13 n° 51, p. 178-229, 2010.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **El Concepto y la Validez del Derecho**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1994.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização As Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- _____. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- FRIDMAN, Luis Carlos. **Vertigens Pós-Modernas, Configurações Institucionais Contemporâneas**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. São Paulo: ed. Unesp, 1991.
- _____. **Mundo em Descontrole**. Rio de Janeiro: Record, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**, vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.
- HANSEN, Gilvan Luiz. **Modernidade, Utopia e Trabalho**. Londrina: Edições Cefil, 1999.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 1ª Reimp. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- _____. **Textos Seletos**. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.
- KUMAR, Krishan. **Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio Ensaio sobre o Individualismo Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2005.
- _____. **A Sociedade Pós-Moralista**. Barueri: Manole, 2005, 1. Reimp. 2009.
- _____. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004, 3. Reimp. 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Histórico da Lei de Mediação Brasileira: do PL. 94 à Lei nº 13.140/15. **Direito em Debate: da Teoria à Prática**. Rio de Janeiro: AMPERJ – CONAMP, 2015.
- ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. **Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Tecnos, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I. 49. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2008.
- VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A Relevância da Função Jurisdicional e do Processo como seu Instrumento. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, vol. 13 nº 51, p. 178-229, 2010.

Os positivismos jurídicos

Legal positivisms

ANA PAULA COUTO* E MARCO COUTO**

SUMÁRIO: RESUMO. ABSTRACT. 1. INTRODUÇÃO. 2. ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL. 2.1. A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. 2.2. A ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. 3. ABORDAGEM DOUTRINÁRIA. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Este trabalho tem como objeto o positivismo jurídico, englobando algumas das suas diversas concepções. Pauta-se a investigação pelo seguinte problema: de que forma a jurisprudência e a doutrina vem enfrentando o positivismo jurídico? A fim de analisar essa questão, propõe-se examinar alguns importantes julgados e compará-los com as posições adotadas por doutrinadores. A justificativa para este trabalho decorre do fato de caber à academia o importante papel de refletir sobre esse assunto. A pesquisa pode contribuir para um melhor esclarecimento do tema, retirando da zona de conforto alguns profissionais que se apegam ao chamado positivismo jurídico clássico, ignorando a evolução que ocorreu ao longo do tempo. A metodologia de pesquisa utilizada consiste na análise de casos julgados, de dispositivos legais em vigor no Brasil e de textos doutrinários que abordam o tema. O objetivo do trabalho é demonstrar a complexidade que envolve a correta definição do positivismo jurídico, ou melhor, dos positivismos jurídicos. Os resultados da pesquisa indicam que parte da doutrina pouco tem trabalhado corretamente este tema instigante. A conclusão é no sentido de que é superficial o entendimento, por muitos adotados, segundo o qual existem dois tipos de juízes: aqueles que aplicam a letra fria da lei e aqueles que julgam de acordo com princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo jurídico. Jurisprudência. Doutrina.

ABSTRACT: *This paper aims at legal positivism, encompassing some of its diverse conceptions. It seeks to address the following issue: how have been case law and*

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

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

doctrine dealing with legal positivism? In order to analyze this question, some important judgments are examined and compared to positions adopted by legal scholars. The importance of this study stems from the fact that the academy has the important role of reflecting on the topic. This research can contribute to shed some light on the matter, pushing some professionals who cling to the so-called classic legal positivism out from the comfort zone, ignoring evolution has occurred over time. The methodology used is the analysis of previously decided cases, legal provisions in force in Brazil and theoretical texts that address the topic. The purpose of this paper is to demonstrate the complexity involved in the correct definition of legal positivism, or rather, of legal positivisms. The results of this research show that part of the doctrine has not worked properly on this riveting topic. The conclusion points to the superficial understanding, adopted by many, according to which there are two types of judges: those who apply the cold letter of the law and those who judge according to principles.

KEYWORDS: Legal positivism. Case law. Doctrine.

1. INTRODUÇÃO

Muito é dito sobre o chamado positivismo jurídico. Em muitos casos, alguns intérpretes são chamados de positivistas como se possuíssem algum defeito gravíssimo. Utiliza-se até mesmo o termo positivista quando se pretende diminuir a capacidade intelectual de alguém ou qualificá-lo como retrógrado.

O que pretende este estudo é justamente revelar o equívoco muitas vezes cometido por pessoas que apenas aplicam a mencionada expressão em um sentido único, desconhecendo o fato de o positivismo jurídico possuir muitas facetas.

Normalmente, aqueles que desconhecem as facetas do positivismo jurídico usam a expressão para se referir ao chamado positivismo clássico, também chamado de positivismo primevo ou paleojuspositivismo.

Esse é, portanto, o desafio que nos foi imposto neste artigo: buscar esclarecer os principais sentidos dos diversos positivismos jurídicos existentes, tendo como pano de fundo dois importantes julgados do Supremo Tribunal Federal.

2. ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL

O positivismo jurídico tem sido abordado, direta ou indiretamente, em alguns importantes julgados proferidos pelas cortes superiores no Brasil, de modo que é importante ressaltarmos os principais aspectos neles tratados.

Nesse sentido, é conveniente registrar que, em alguns casos, os tribunais têm buscado, de maneira expressa, definir propriamente a ideia de positivismo jurídico,

sendo certo que, em outros casos, não se consigna nos acórdãos a sua definição, embora se desenvolva a sua ideia, deixando implícito o entendimento dos julgadores quanto ao que representa o positivismo jurídico.

Buscando identificar tal preocupação jurisprudencial, entendemos conveniente, neste momento, registrar e explicitar dois julgados cuja importância levou o Supremo Tribunal Federal a se posicionar sobre delicadas questões. É importante registrar que ambos os julgados já foram examinados por textos escritos pelo professor LENIO LUIZ STRECK, o que enfatiza a importância dos mesmos.^{1 2}

O primeiro acórdão a ser examinado – proferido nos autos do *habeas corpus* de nº 126.292 – diz respeito à opção feita pelo Supremo Tribunal Federal quanto à chamada prisão em segunda instância, ou seja, quanto ao fato de o réu ser encarcerado como decorrência de sua condenação em segunda instância, mesmo havendo recursos pendentes a serem julgados no Superior Tribunal de Justiça ou mesmo na Suprema Corte Brasileira.

O segundo acórdão a ser examinado – proferido nos autos do *habeas corpus* de nº 103.525 – diz respeito à aplicação da atual redação do art. 212, *caput* e parágrafo único, do CPP, o qual inverteu a ordem das perguntas a serem feitas às testemunhas, determinando que o juiz apenas formule os seus questionamentos, se necessário, após as partes terem concluído a inquirição da testemunha.

Um primeiro esclarecimento a ser feito decorre do fato de o chamado positivismo jurídico não possuir um único aspecto, ou seja, é preciso reconhecer que não existe um único positivismo jurídico, mas sim diversos positivismos jurídicos.

2.1. A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

O *habeas corpus* de nº 126.292 foi julgado no Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 17 de fevereiro de 2016, tendo como relator o ministro TEORI ZAVASCKI, sendo importante destacar a ementa do acórdão neste momento para melhor visualização do tema. A Suprema Corte assim decidiu.

- 1 STRECK, Lenio Luiz. E a Professora disse: “Você é um positivista”. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso em: 09 abr. 2019.
- 2 STRECK, Lenio Luiz. E se a opinião pública fosse contra a prisão após a segunda instância? **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opiniao-publica-fosse-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado.

A história desse julgamento é a seguinte. O paciente Marcio Rodrigues Dantas foi condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do CP, tendo sido a sua pena fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, além de multa. Todavia, por ocasião do seu julgamento em primeira instância, o juiz prolator da sentença reconheceu a ausência de todos os fundamentos previstos no art. 312, *caput*, do CPP, razão pela qual reconheceu o direito do acusado de aguardar o trânsito em julgado em liberdade.

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual permitiu que o réu aguardasse em liberdade todo o trâmite processual afeto ao recurso, mas, no momento do seu julgamento, sem examinar a presença dos fundamentos previstos no art. 312, *caput*, do CPP, determinou a prisão do réu como consequência da manutenção da sua condenação.

Em outras palavras, a justiça do Estado de São Paulo disse ao réu que a sua prisão cautelar era desnecessária, tanto que ele aguardou em liberdade o julgamento da apelação, mas determinou a sua prisão no julgamento de segunda instância sem qualquer preocupação com o fato de ainda estar pendente a interposição de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça ou a interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Inconformada com o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, cujo pedido liminar foi indeferido, não obstante a relevância do tema, chancelando o ministro relator a necessidade de encarceramento do paciente.

Como decorrência do indeferimento do pedido liminar, antes mesmo que o Superior Tribunal de Justiça julgasse o mérito propriamente dito do *habeas corpus*, houve a impetração do *habeas corpus* de nº 126.292 perante o Supremo Tribunal Federal.

Foram basicamente quatro os fundamentos utilizados no *habeas corpus* sob análise: o afastamento da súmula 691 do STF³, que impede a impetração de *writ* contra a decisão proferida por relator em *habeas corpus* impetrado perante tribunal superior; a impossibilidade de o tribunal impetrado determinar a prisão do paciente antes do trânsito em julgado sem reconhecer a presença de qualquer dos fundamentos previstos no art. 312, *caput*, do CPP; o fato de o paciente estar em liberdade por três anos, sendo determinada a sua prisão sem a ocorrência de qualquer fato novo e sem o trânsito em julgado da condenação; a necessidade do trânsito em julgado para ensejar a prisão do réu.

O ministro relator deferiu liminar, diante da magnitude do tema, autorizando que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento do *habeas corpus*, suspendendo os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No seu voto, o ministro TEORI ZAVASCKI, relator do *habeas corpus* sob análise, enfatizou que o Supremo Tribunal Federal, em muitas oportunidades⁴, havia decidido pela possibilidade da execução provisória da sentença, ou seja, pelo encarceramento cautelar do réu, sem a presença dos fundamentos previstos no art. 312, *caput*, do CPP, mesmo estando pendente o julgamento de recursos perante os tribunais superiores.

De outro lado, o ministro relator ressaltou que a alteração de tal jurisprudência tradicional – que afirmava a legitimidade da execução da pena como efeito da decisão condenatória recorrível – ocorreu através do julgamento do *habeas corpus* de nº 84.078, realizado no dia 5 de fevereiro de 2009, oportunidade em que a maioria dos ministros decidiu que a presunção de inocência era incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

Todavia, em seu voto, para flexibilizar a presunção de inocência, o ministro TEORI ZAVASCKI, com base em estudo doutrinário que tratou do tema⁵, enfatizou que muitos países⁶ permitem a segregação do acusado, mesmo não tendo sido

3 Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

4 HC 71.723, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 16/6/1995; HC 79.814, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ de 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. CARLOS VELLOSO, DJ de 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ de 7/12/2007; HC 70.662, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 4/11/1994.

5 FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* nº 84.078. In: CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo; FISCHER, Douglas (Coord.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 411-430.

6 O ministro TEORI ZAVASCKI referiu-se expressamente aos seguintes países: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

esgotados todos os recursos.

Além disso, utilizando argumento de caráter pragmático para afastar a presunção da inocência prevista expressamente no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o ministro relator fez alusão a estudo realizado pelo então ministro JOAQUIM BARBOSA, no qual concluiu que um número mínimo de recursos extraordinários é provido⁷.

Após o voto do ministro TEORI ZAVASCKI autorizando a prisão como decorrência de julgamento na segunda instância, mesmo pendentes recursos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, proferiu o seu voto o ministro EDSON FACHIN seguindo a mesma linha de raciocínio.

Igualmente adotando argumento de ordem prática, inclusive citando palavras de Robert Jackson⁸, juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954, em que se reconhece a falibilidade da última instância, o ministro EDSON FACHIN acompanhou o voto do ministro relator afirmando que interpreta o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, “sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os tribunais superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu”.

Por sua vez, o ministro LUÍS ROBERTO BARROSO igualmente concluiu pela possibilidade de prisão como decorrência de julgamento em segunda instância, mesmo pendentes de julgamento os recursos interpostos perante os tribunais superiores, utilizando, dentre alguns outros, o argumento de ordem prática, diante do número mínimo⁹ de recursos providos pelo Supremo Tribunal Federal.

Não se pode deixar de registrar que o mencionado ministro também traz argumento de ordem prática para afastar a aplicação do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, destacando o tempo decorrido desde a data do crime até a data do trânsito em

7 Em seu estudo, o então ministro JOAQUIM BARBOSA assim consignou: “Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política. Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de recursos extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE’s julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por *habeas corpus*, foram providos menos de 4% dos casos”.

8 As palavras de ROBERT JACKSON, juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954, referidas pelo ministro EDSON FACHIN em seu voto, foram as seguintes: “não há dúvida de que, se houvesse uma super Suprema Corte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra”.

9 O ministro LUÍS ROBERTO BARROSO assim registrou em seu voto: “No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões”.

julgado¹⁰, como se fosse culpa exclusiva do réu, e não do sistema judiciário como um todo, o retardamento do desfecho processual.

A ministra ROSA WEBER, por sua vez, em voto objetivo composto por três laudas, divergiu dos votos até então proferidos, afirmando o seguinte: “há questões pragmáticas envolvidas, não tenho a menor dúvida, mas penso que o melhor caminho para solucioná-las não passa pela alteração, por esta Corte, de sua compreensão sobre o texto constitucional”.

O ministro DIAS TOFFOLI também posicionou-se de maneira favorável à prisão como decorrência da condenação em segunda instância.

O ministro LUIZ FUX, seguindo o entendimento do ministro relator, enfatizou o fato de a interpretação constitucional até então realizada no Supremo Tribunal Federal, prestigiando a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não encontrar mais ressonância no meio social.

Além disso, o mencionado ministro afirmou que “essa presunção de inocência não corresponde mais àquilo que se denomina de sentimento constitucional”, muito embora não seja tão simples compreender o verdadeiro significado de tal sentimento.

A ministra CÂRMEN LÚCIA, de seu lado, em voto composto por duas laudas, ressaltou que já havia votado anteriormente no sentido de autorizar a prisão como decorrência do julgamento em segunda instância, razão pela qual basicamente aderiu ao voto do ministro relator.

Por sua vez, o ministro GILMAR MENDES, para aderir ao posicionamento do ministro relator, chegou a questionar o significado da palavra “culpado”, afirmando que é possível interpretá-la de maneira distinta. Nesse contexto, o citado ministro afirmou o seguinte: “A garantia impede, de uma forma geral, o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. No entanto, a definição do que vem a ser tratado como culpado depende de intermediação do legislador”.

O ministro MARCO AURÉLIO, em seu voto, lamentou a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, à luz do mesmo texto constitucional, registrando que a sua interpretação é “ato de vontade”, mas é ato vinculado ao Direito positivo.

10 O ministro LUÍS ROBERTO BARROSO consignou assim no seu voto: “Alguns exemplos emblemáticos auxiliam na compreensão do ponto. No conhecido caso “Pimenta Neves”, referente a crime de homicídio qualificado ocorrido em 20.08.2000, o trânsito em julgado somente ocorreu em 17.11.2011, mais de 11 anos após a prática do fato. Já no caso Natan Donadon, por fatos ocorridos entre 1995 e 1998, o ex-Deputado Federal foi condenado por formação de quadrilha e peculato a 13 anos, 4 meses e 10 dias de reclusão. Porém, a condenação somente transitou em julgado em 21.10.2014, ou seja, mais de 19 anos depois. Em caso igualmente grave, envolvendo o superfaturamento da obra do Fórum Trabalhista de São Paulo, o ex-senador Luiz Estêvão foi condenado em 2006 a 31 anos de reclusão, por crime ocorrido em 1992. Diante da interposição de 34 recursos, a execução da sanção só veio a ocorrer agora em 2016, às vésperas da prescrição, quando já transcorridos mais de 23 anos da data dos fatos”.

Além disso, o mencionado ministro ressaltou que a clareza do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, dispensa qualquer interpretação, afirmando o seguinte: “O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional”.

O ministro CELSO DE MELLO, em seu voto, afasta a possibilidade da prisão como decorrência do julgamento em segunda instância, enfatizando que “a presunção de inocência não se esvazia, progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição”, ou seja, mesmo confirmada a condenação em segunda instância, continuará o condenado a ser presumivelmente inocente.

Por último, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro RICARDO LEWANDOWSKI, manteve o seu anterior entendimento, registrando não conseguir ultrapassar a “taxatividade” do dispositivo constitucional em destaque, ou seja, do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, lembrando que o caso impunha a volta ao ultrapassado preceito da antiga Escola da Exegese, segundo o qual *in claris cessat interpretativo*.¹¹

O referido ministro registrou a sua perplexidade com a mudança de entendimento da Suprema Corte, especialmente porque efetivada logo depois dos julgamentos da ação de descumprimento de preceito fundamental de nº 347¹² e do recurso extraordinário de nº 592.581¹³, nos quais se reconheceu a falência do sistema carcerário,

11 STRECK, Lenio Luiz. Uma pergunta que não quer calar: quando uma lei (não) é clara. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-16/senso-incomum-pergunta-nao-calar-quando-lei-nao-clara>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

12 A ementa do acórdão proferido na ADPF 347, de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, julgado no plenário do STF, no dia 09/09/2015, tem o seguinte teor; “Custodiado. Integridade física e moral. Sistema penitenciário. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema penitenciário nacional. Superlotação carcerária. Condições desumanas de custódia. Violação massiva de direitos fundamentais. Falhas estruturais. Estado de coisas inconstitucional. Configuração. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. Fundo penitenciário nacional. Verbas. Contingenciamento. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. Audiência de custódia. Observância obrigatória. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”.

13 A ementa do acórdão proferido no RE 592.581, de relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado no plenário do STF, no dia 13/08/2015, tem o seguinte teor: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. Recurso conhecido e provido”.

que se encontra em um estado de coisas inconstitucional, sendo certo que a nova orientação do Supremo Tribunal Federal levará ainda mais pessoas às prisões, mesmo sem o trânsito em julgado das suas condenações.

Foi dessa maneira que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, revogou a liminar inicialmente concedida e denegou a ordem de *habeas corpus*. Admitiram a possibilidade de o paciente ser preso como decorrência da sua condenação em segunda instância os ministros TEORI ZAVASCKI, EDSON FACHIN, LUÍS ROBERTO BARROSOS, DIAS TOFFOLI, LUIZ FUX, CÁRMEN LÚCIA e GILMAR MENDES. De outro lado, negando tal possibilidade os ministros ROSA WEBER, MARCO AURÉLIO, CELSO DE MELLO e RICARDO LEWANDOWSKI.

2.2. A ORDEM DE INQUIRAÇÃO DAS TESTEMUNHAS

O *habeas corpus* de nº 103.525 foi julgado na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no dia 03 de agosto de 2010, tendo como relatora a ministra CÁRMEN LÚCIA, sendo importante destacar a ementa do acórdão neste momento para melhor visualização do tema. A Suprema Corte assim decidiu.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA, QUE, SOMENTE DEPOIS, PERMITIU QUE AS PARTES INQUIRISSEM AS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. A magistrada que não observa o procedimento legal referente à oitiva das testemunhas durante a audiência de instrução e julgamento, fazendo suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes inquiram as testemunhas, incorre em vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deve ser arguido oportunamente, ou seja, na fase das alegações finais, o que não ocorreu.

2. O princípio do *pas de nullité sans grief* exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.

3. Ordem denegada.

A história desse julgamento é a seguinte. O paciente Erondino Ramos Valois Filho foi condenado pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei 11343/06,

e no art. 34, *caput*, da Lei 11343/06, na forma do art. 69, *caput*, do CP, sendo a pena fixada em 12 anos de reclusão, em regime fechado, além da multa, sendo negada ao réu a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado em liberdade.

A defesa impetrou *habeas corpus* alegando violação ao sistema acusatório, uma vez que na audiência de instrução e julgamento não foi observada a ordem das perguntas estabelecida pelo art. 212, *caput* e parágrafo único, do CPP. Isso significa que, durante as oitivas das testemunhas, não obstante a clareza do dispositivo legal referido, o juiz formulou as suas perguntas antes de permitir que a acusação e a defesa formulassem as suas respectivas indagações.

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco negou a ordem de *habeas corpus*, no que foi acompanhado posteriormente pelo Superior Tribunal de Justiça que, provocado por outro *habeas corpus*, não reconheceu qualquer vício a ser sanado.

Por isso, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal através do *habeas corpus* agora sob análise. A defesa requereu, portanto, o reconhecimento da nulidade da audiência de instrução e julgamento na qual foram colhidos os depoimentos sem observância do art. 212, *caput* e parágrafo único, do CPP, e, por consequência, o reconhecimento da nulidade dos atos processuais subsequentes, inclusive da sentença condenatória.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o tema ensejava a aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*, exigindo-se a demonstração do prejuízo concreto à parte que suscita a existência do vício. A ministra relatora indicou vários julgados¹⁴ da Suprema Corte que prestigiaram o mencionado princípio.

Nesse panorama, a Primeira Turma da Suprema Corte, por unanimidade de votos, tendo os seus integrantes acompanhado integralmente o voto da ministra relatora, denegou a ordem de *habeas corpus* para concluir que inexistente vício no desrespeito ao texto expresso do art. 212, *caput* e parágrafo único, do CPP.

Em outras palavras, embora a redação atual do art. 212, parágrafo único, do CPP, afirme expressamente que “o juiz poderá complementar a inquirição”, evidenciando que cabe às partes iniciar a inquirição das testemunhas, o Supremo Tribunal Federal afirmou que não há nulidade se, ao contrário do que dispõe a lei que guarda total coerência com o sistema acusatório, o juiz iniciar a inquirição formulando perguntas às testemunhas antes mesmo de qualquer questionamento das partes.

14 HC 81.510, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 12/4/2002; HC 74.671, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 11/4/1997; HC 74.671, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 11/4/2006; HC 74.356, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, DJ de 25/4/1997; HC 73.099, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 17/5/1996.

3. ABORDAGEM DOUTRINÁRIA

Algumas observações devem ser feitas neste momento, antes mesmo de serem definidas importantes questões alusivas ao positivismo jurídico, as quais revelam que, nos julgados acima destacados, os ministros do Supremo Tribunal Federal não conferiram o tratamento adequado ao tema.

Vale destacar alguns questionamentos que surgem como decorrência da leitura dos respectivos acórdãos: por que alguns ministros, como TEORI ZAVASCKI, LUÍS ROBERTO BARROSO e LUIZ FUX, prestigiaram o aspecto pragmático em detrimento do texto expresso do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que guarda total coerência com o arcabouço constitucional, para justificar a prisão antes do trânsito em julgado? por que o ministro EDSON FACHIN criticou aqueles que têm apego à literalidade do texto legal? por que o ministro LUIZ FUX entendeu que a interpretação que vinha sendo dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da inocência não tem atualmente ressonância no meio social? por que o ministro GILMAR MENDES questionou o significado da palavra “culpado” constante a Constituição Federal? por que o ministro MARCO AURÉLIO entendeu que a interpretação é um ato de vontade? por que a ministra CÁRMEN LÚCIA entendeu que o juiz pode iniciar a inquirição das testemunhas, antes de as partes formularem as suas perguntas, embora o art. 212, parágrafo único, do CPP, diga de forma expressa que cabe ao juiz complementar a sua inquirição?

Um primeiro esclarecimento a ser feito decorre do fato de o chamado positivismo jurídico não possuir um único aspecto, ou seja, é preciso reconhecer que não existe um único positivismo jurídico, mas sim diversos positivismos jurídicos.

O positivismo jurídico clássico compreende um material jurídico estabelecido por alguma autoridade humana legitimada. Apenas para que não se ignore a existência de algumas vertentes mesmo no positivismo clássico, não custa lembrar que tal autoridade pode ser exercida pelo legislador racional, como ocorreu na França, pelos conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos professores, como ocorreu na Alemanha, ou pelos precedentes proferidos pela autoridade competente, como ocorreu na Inglaterra.

Nesse panorama, o qual podemos tratar, de uma maneira um tanto quanto genérica, de positivismo clássico, cabe ao juiz conhecer o Direito positivado, seja através do legislador, seja através dos professores, seja através dos precedentes, aplicando-o a cada caso concreto que seja submetido à sua análise.

Portanto, uma primeira crítica pode ser feita àqueles que costumam etiquetar as pessoas como positivistas, limitando, incorretamente, o conceito de positivista

à época do chamado positivismo clássico e ignorando toda a evolução ocorrida quanto ao tema ao longo do tempo.

Além disso, outra questão da maior importância relaciona-se com o fato de o intérprete do texto legal estar atento aos significados dos termos que impõem a sua análise, uma vez que não se pode simplesmente conferir significados aleatórios aos termos dependendo simplesmente da vontade do intérprete.

Em outras palavras, como não há o chamado grau zero de sentido¹⁵, é preciso que o intérprete tenha a humildade de reconhecer os limites dos termos a serem interpretados, uma vez que os vocábulos já têm em si um sentido próprio.

Em verdade, raciocínio distinto levaria ao prestígio do chamado sujeito solipsista¹⁶, ou seja, constituiria em autorização ao intérprete a fim de que conferisse qualquer sentido a qualquer termo, atuando com uma indevida e perigosa liberdade¹⁷.

Veja-se que, no julgamento do *habeas corpus* de nº 126.292, o ministro GILMAR MENDES chegou a sustentar que a palavra “culpado” admitia uma interpretação capaz de tratar o réu como culpado, levando-o precocemente à prisão, mesmo antes de atingido o trânsito em julgado da condenação, sem nominá-lo de culpado. Tal raciocínio, em verdade, corresponde a dar ao réu a etiqueta da inocência, impondo-lhe o tratamento como se o mesmo fosse culpado. Isso significa que o ministro GILMAR MENDES entende que pode dar às palavras o sentido que quiser, o que não corresponde, evidentemente, ao poder que lhe foi conferido pela Constituição Federal quando o admitiu na qualidade de ministro da Suprema Corte.

É que um ministro do Supremo Tribunal Federal pode muito, mas não pode tudo.

Partindo, portanto, do chamado positivismo clássico, verificou-se que o movimento codificador conferiu uma nova percepção da realidade, sobretudo com destaque para o Código Civil francês, de 1804, e o para o Código Civil alemão, de 1900. Entretanto, com o passar do tempo, foi possível constatar que os códigos não abarcavam todas as situações que surgiam.

Não custa lembrar que o positivismo clássico, também chamado de positivismo primevo ou paleojuspositivismo, assentou claramente a tese da separação entre Direito e Moral, o que se perpetuou, em termos gerais, até a contemporaneidade. Assim sendo, segundo tal ótica, a existência do Direito independe de qualquer abordagem alusiva à Moral.

15 STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Editora Levantamento, 2017, p. 165.

16 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30.

17 VIANNA, Werneck. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renavam, 1997, p. 295.

Buscando conferir solução a todas as situações que foram surgindo e reconhecendo que os códigos vigentes não conseguiam abarcá-las, houve certa migração do positivismo clássico para o positivismo valorativo, conferindo-se subjetivismo ao intérprete.

A questão mudou radicalmente de foco quando HANS KELSEN inaugurou um novo momento do positivismo jurídico, reconhecendo, sob outra ótica, a inexorabilidade do subjetivismo do intérprete. Isso porque HANS KELSEN cindiu a Ciência do Direito, que deve estar liberta de qualquer conteúdo Moral, e o Direito, este sim acoplado à Moral.

Convém ressaltar, para que não haja dúvida neste aspecto, que HANS KELSEN não é um positivista exegético ou clássico. Ele é um positivista pós-exegético ou normativista. Na ótica do mencionado jurista, o intérprete, ao ser autorizado para usar o subjetivismo, acaba por produzir uma norma jurídica. Veja-se que, na sua ótica, não é suficiente o positivismo se limitar a fazer descrições, sendo necessário que faça verdadeiras prescrições.

Além disso, com o desenvolvimento dos estudos sobre o tema, é possível afirmar que, contemporaneamente, os positivistas se dividiram, pelo menos, em duas importantes vertentes, ou seja, se dividiram entre positivistas exclusivistas e positivistas inclusivistas.

Para o positivismo exclusivista, o Direito é identificado apenas pelas fontes sociais, em um sentido mais forte, enquanto critério neutro de validade do Direito que nada enuncia sobre seus aspectos morais. Há apenas um fato a ser descrito externamente. É o chamado *hard positivism*.

Para o positivismo inclusivista, o Direito, em se tratando de regras de primeira ordem, não é identificado apenas pelas fontes sociais, nada impedindo a incidência de aspectos morais. É o chamado *soft positivism*.

Em outra medida, não se pode fazer menção ao positivismo sem mencionar a contribuição de LUIGI FERRAJOLI, o qual pode ser considerado contemporaneamente um verdadeiro sucedâneo de HANS KELSEN, com algumas adaptações, naturalmente.

O positivismo jurídico crítico, também chamado de constitucionalismo positivista e garantista, idealizado por LUIGI FERRAJOLI, constitui a forma mais extrema e acabada do positivismo jurídico, tendo inegável importância, uma vez que a sua proposta é no sentido de que a validade do Direito dependa da Constituição, separando-se Direito e Moral, tal como pensado no positivismo clássico e no positivismo exclusivista.

Em outras palavras, o que o aludido jurista sustenta é o fato de o constitucionalismo positivista e garantista, em que pese incorpore questões morais, não autorizar a utilização de critérios morais para corrigir o Direito, uma vez que este só tem validade quando em conformidade com a Constituição.

Portanto, o que distingue o positivismo de LUIGI FERRAJOLI dos positivistas exclusivistas e dos positivistas inclusivistas é o deslocamento que faz, no plano da validade, à Constituição. Dessa maneira, não se admite, como já salientado, que o Direito possa ser corrigido por argumentos morais.

De outro lado, também é conveniente mencionar a existência do chamado positivismo jurídico lógico inclusivista, segundo o qual a questão importante não é se o Direito autoriza ou não o emprego de princípios morais como razões jurídicas válidas, mas sim a possibilidade de identificar, objetivamente, quais razões morais foram efetivamente endossadas pelas escolhas dotadas de autoridade.

Entretanto, é preciso reconhecer que, quando se autoriza a discricionariedade ao intérprete, permitindo que sejam utilizados argumentos morais, resta inviável qualquer controle de qualidade da decisão. Isso porque tudo depende da escolha feita pelo intérprete, a qual pode ou não estar juridicamente adequada à Constituição.

Por todas as facetas já expostas do positivismo jurídico – e não temos a pretensão de esgotá-las, em razão da limitação deste estudo –, é possível compreender o perigo que se corre quando o Supremo Tribunal Federal, ignorando expressa norma constitucional que autoriza que o réu aguarde, em regra, o desfecho do seu processo em liberdade, entende que “questões de ordem prática” impõem a interpretação que prevaleceu no julgamento já destacado. Não custa lembrar que, de forma expressa, os ministros TEORI ZAVASCKI, LUÍS ROBERTO BARROSO e LUIZ FUX se manifestaram em tal sentido.

Igual perigo existe quando o ministro EDSON FACHIN afirma que não tem apego à literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, deixando de aplicá-lo, mesmo diante da sua evidentemente compatibilidade com a Carta Magna. O mesmo ocorre quando o ministro LUIZ FUX afasta o texto constitucional por entender que o mesmo não tem ressonância no meio social, sem esclarecer o instituto de pesquisa que lhe conferiu tal certeza e sem sequer esclarecer o que entende como “ressonância social”.

Na mesma medida, é difícil compreender de que maneira o ministro MARCO AURÉLIO acredita que interpretar seja um ato de vontade porque, a persistir a sua ideia, será possível conferir qualquer significado a qualquer texto legal, bastando, para tanto, que o intérprete tenha a vontade de aplicar a lei desta ou daquela maneira.

Por fim, no julgamento do *habeas corpus* de nº 103.525, a ministra CÁRMEN LÚCIA, acompanhada pelos demais ministros que participaram do julgamento, afastou a aplicação de um dispositivo claramente coerente com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal, cuja redação havia sido recentemente

alterada para que as partes formulassem as suas perguntas às testemunhas antes do juiz. Ainda assim, deixando de reconhecer a opção constitucional facilmente perceptível e deixando de considerar a recente opção legislativa, foi simplesmente ignorada a atual redação do art. 212, *caput* e parágrafo único, do CPP.

4. CONCLUSÃO

A ideia deste estudo foi trazer os principais sentidos do positivismo jurídico ou, em outras palavras, evidenciar que não se tem apenas um positivismo jurídico, mas sim diversos positivismos jurídicos.

Assim fizemos analisando dois importantes julgamentos proferidos no Supremo Tribunal Federal, com relação aos quais destacamos os fundamentos dos votos dos ministros com atenção ao que interessava à questão abordada neste estudo.

Percebe-se, com certa clareza, que a ideia inicial de positivismo, ou seja, o chamado positivismo clássico não é aplicado por todos os ministros, os quais buscam justificar as suas opções decisórias de maneiras distintas.

Ainda assim, é importante compreender que os fundamentos expostos acabam por encontrar alguma justificativa em um ou outro positivismo jurídico, não se podendo acreditar que ser positivista é aplicar “a letra fria da lei”, utilizando tal expressão consagrada, porém equivocada.

Em verdade, o fato de os fundamentos encontrarem algum respaldo em alguma faceta do positivismo jurídico, de maneira evidente, não lhe confere o acerto, mas evidencia, em certa medida, a variedade de positivismos jurídicos e, principalmente, a dificuldade de se etiquetar como positivista jurídico algum entendimento sem ter o cuidado de esclarecer de que tipo de positivismo jurídico se fala.

O que não se pode fazer é a leitura que entendemos equivocada, muito comum em peças acadêmicas e em julgados, que peca pela superficialidade e que já mereceu, em vários textos de sua autoria, a crítica pertinente do professor LENIO LUIZ STRECK.

Não é incomum observar reflexões superficiais sobre o tema, como aquelas que dizem: “se o positivismo aplicava a letra da lei, o pós-positivismo se caracterizará por uma abertura interpretativa aos valores” ou “agora, no pós-positivismo, o intérprete não está mais aprisionado pelos textos legais”.¹⁸

18 STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Editora Levantamento, 2017, p.205.

Dessa maneira, expondo os fundamentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em dois importantes julgamentos e trazendo as principais facetas existentes com relação aos positivismos jurídicos, entendemos ter contribuído para o esclarecimento deste importante assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena: um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* n° 84.078. In: CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo; FISCHER, Douglas (Coord.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.
- _____. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Editora Levantamento, 2017.
- _____. **Hermenêutica e jurisdição: diálogos com LENIO STRECK**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2017.
- _____. **Precisamos falar sobre Direito e Moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial**. Florianópolis: Editora Tirant, 2019.
- _____. E a Professora disse: “Você é um positivista”. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso em: 09 abr. 2019.
- _____. E se a opinião pública fosse contra a prisão após a segunda instância? **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-08/senso-incomum-opinioao-publica-fosse-prisao-segunda-instancia>>. Acesso em: 09 abr. 2019.
- _____. Uma pergunta que não quer calar: quando uma lei (não) é clara. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-16/senso-incomum-pergunta-nao-calar-quando-lei-nao-clara>>. Acesso em: 09 abr. 2019.
- VIANNA, Werneck. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renavam, 1997.

A destituição do poder familiar à luz dos princípios do direito das famílias

NATHÁLIA MOREIRA NUNES DE SOUZA*

1. Resumo

Após analisar brevemente o conceito e o conteúdo do poder familiar, o presente artigo discorre sobre a sua perda, analisando as causas que podem justificar a respectiva decretação pelo Judiciário. Indo além das previsões apenas formais, o objetivo do presente trabalho é perquirir até onde os avanços do Direito das Famílias, especialmente na parte principiológica, podem contribuir para uma nova leitura da destituição do poder familiar. Considerando que a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece uma primazia da família biológica e a necessidade de esgotar as tentativas de reintegração, indaga-se de que forma os princípios que regem as famílias contemporâneas podem levar ao afastamento da criança e do adolescente de um núcleo familiar disfuncional, colocando os interesses do filho menor acima das expectativas dos seus responsáveis adultos. Para tanto, são utilizadas principalmente consultas bibliográficas, com alguns apontamentos sobre estatísticas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e decisões judiciais. Ao final, são traçadas breves linhas acerca da Ação de Destituição do Poder Familiar (ADPF), meio processual adequado para que se decrete a perda da autoridade parental.

Palavras-chave: Poder familiar; Criança e adolescente; Princípios.

2. Introdução

O poder familiar tem suas origens históricas no *pater familias* romano, o qual atribuía ao seu detentor um direito de vida e de morte sobre os filhos menores, bem como o direito de vendê-los a credores para suprir eventuais dificuldades financeiras da família (MADALENO, 2017, p. 687). O instituto acompanhou a evolução das relações familiares, afastando-se da função originária, que se voltava para os interesses do chefe da família para adotar uma feição mais protetiva da prole (LÔBO, 2018, p. 297).

A Constituição Federal de 1988 acabou por implodir, social e juridicamente, o antigo modelo de família patriarcal (LÔBO, 2018, p. 297), trazendo novos paradigmas para as famílias modernas, com base num modelo pluralista, democrático e valorizador da pessoa humana. Outrossim, consagrou a Doutrina da Proteção

Integral, colocando crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, e não mais como objeto de intervenção dos adultos.

O *Código Civil*, que se originou de projeto de lei datado de 1975, *não conseguiu acompanhar a grande revolução que já se operava no Direito a partir da Constituição Federal*, levando a doutrina a afirmar que “o *Código Civil já nasceu velho*” (DIAS, 2015, p. 33). Apesar dos traços conservadores que remanesceram na lei civilista, desenvolveu-se uma doutrina inspirada nos princípios expressos e implícitos da Constituição Federal sobre a matéria, seguida de uma arrojada jurisprudência acerca de temas relevantes do Direito das Famílias. O novo modelo pluralizado, democrático, materialmente isonômico, instrumental e afetivo de família (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 42) inspirou a aplicação do Código Civil, por vezes contrariando a sua redação literal. Esta nova leitura também afetou a filiação, pondo em destaque a importância da socioafetividade e dos cuidados diários, de modo a proteger especialmente os direitos das crianças e adolescentes.

Neste cenário, o poder familiar passou a ser entendido como um complexo de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores, a ser desempenhado no interesse destes, haja vista sua situação de especial vulnerabilidade. Não se trata mais de um poder de vida e de morte sobre os filhos, os quais *não podem mais ser concebidos como objeto dos anseios alheios*.

O poder familiar é concedido aos pais na presunção de que estes o desempenharão a contento, visando ao melhor interesse dos filhos. De fato, é esta a regra geral. Dentre os seus erros e acertos, os pais usualmente intentam proteger os filhos menores, zelando pelos seus direitos fundamentais. Mas a prática revela que alguns genitores são incapazes de garantir os cuidados básicos para o desenvolvimento de suas crianças e adolescentes. Por vezes, estes detentores do poder familiar são justamente os grandes algozes dos filhos menores, violando direitos fundamentais e expondo a prole a risco.

Tanto o Código Civil quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) preveem, para tais hipóteses, a destituição do poder familiar, elencando as condutas dos genitores que podem resultar na extinção da autoridade parental por decisão judicial.

Ocorre que o ECA prevê, em diversas passagens, a prevalência da família biológica, concedendo aos genitores inúmeras garantias para permanecer com crianças e adolescentes por eles violados. Esta necessidade de esgotar os recursos para manter os menores em suas famílias biológicas, por vezes, contraria a própria noção constitucionalizada de família, sacrificando a dignidade e direitos basilares das crianças em prol da consanguinidade.

Neste ponto, fica evidente a contradição entre a doutrina e a jurisprudência vanguardistas do Direito de Família – que põem em destaque a filiação socioafetiva e o caráter instrumental da família – e a redação eleita pelo legislador no ECA, que atribui crescentes garantias pela simples existência do parentesco consanguíneo, mesmo quando ausente a relação afetiva entre os envolvidos.

“O melhor interesse deve ser apurado no caso concreto, sempre se indagando de que forma estarão resguardados os direitos fundamentais da criança ou adolescente, que preponderam inclusive sobre os interesses dos genitores.”

Em razão desta proteção reiterada do ECA à família biológica, por vezes as equipes técnicas que atuam no caso concreto insistem em tentar reaproximar a criança ou adolescente já vitimado dos genitores, retardando uma decisão mais enérgica quanto à destituição do poder familiar para inserção em família adotiva.

A *Ação de Destituição do Poder Familiar* (ADPF), que deveria se encerrar em 120 dias (art. 163, ECA), acaba se arrastando por anos (IBDFAM, 2017, p. 8), resultando num prolongamento da instabilidade jurídica e fática do menor. Mesmo após proferida a sentença, a celeuma se estende aos Tribunais, justamente para discutir se está configurada alguma das hipóteses legais para a destituição e se foram esgotados os meios para a manutenção do menor com os pais biológicos.

A ADPF é apontada como um dos grandes fatores de lentidão para assegurar a crianças e adolescentes o direito a uma convivência familiar efetiva (IBDFAM, 2017, p. 5). Apesar das reformas mais recentes operadas no ECA, a legislação continua a prestigiar a consanguinidade, parecendo não ter acompanhado as profícuas discussões que se desenvolveram no Direito das Famílias nos últimos tempos.

A questão é demasiadamente importante. Apesar de a maior parte dos pais exercer com zelo e afetividade o poder familiar, *é preciso se debruçar sobre esta parcela de indivíduos que tiveram os seus direitos vulnerados justamente pela família biológica*, e que aguardam uma solução judicial para o seu caso, por vezes passando anos relevantes de sua vida depositados em instituições de acolhimento, como verdadeiros “meninos invisíveis” (BITTENCOURT, 2014).

Segundo o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas, do Conselho Nacional de Justiça, existem hoje 47.925 crianças, adolescentes e jovens em regime de acolhimento, sendo mais de quarenta mil indivíduos menores. Apesar disto, apenas 8.846 estão inseridos no Cadastro Nacional de Adoção. A diferença significativa

revela um enorme contingente de crianças e adolescentes privados da convivência familiar e que tampouco estão disponíveis para inserção numa família substituta, remanescendo na mais absoluta instabilidade jurídica.

O tempo é prejudicial às crianças acolhidas porque, ao mesmo tempo que significa uma infância sem convivência no seio familiar, também lhes retira gradativamente a chance de serem adotadas. Segundo relatório de dados estatísticos do Cadastro Nacional de Adoção, as crianças perdem significativamente as chances de serem adotadas a partir dos sete anos de idade. Exemplificativamente, aos três anos estima-se que uma criança se enquadre no perfil de mais de 70% dos pretendentes cadastrados. Atingidos os 11 anos de idade, a criança passa a se enquadrar no perfil de apenas 2,75% dos pretendentes à adoção. Em resumo, com o avançar do tempo, a criança perde vertiginosamente as suas possibilidades de ser inserida numa família substituta, podendo resultar num acolhimento prolongado, em flagrante violação ao direito fundamental à convivência familiar.

A proposta do presente trabalho é lançar alguma contribuição sobre o tema, indagando em que medida a leitura constitucionalizada do Direito das Famílias pode lançar novas luzes sobre a destituição do poder familiar. Afinal, o instituto é previsto tanto no Código Civil quanto no ECA, sendo este um microsistema que também trata de relações familiares. Exige-se, portanto, um diálogo das fontes, não sendo possível formular uma leitura isolada e estanque destes diplomas. Daí a proposta de reler a destituição segundo os princípios e novos paradigmas das famílias modernas, na tentativa de conciliar os preceitos do ECA com esse novo perfil constitucional das famílias, sempre à luz da dignidade da pessoa humana.

3. O Poder Familiar

O poder familiar, denominado por alguns autores de autoridade parental, pode ser definido como um “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores” (GONÇALVES, 2017, p. 597). Trata-se de uma “autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos” (LÔBO, 2018, p. 297).

Este complexo de relações decorre de uma necessidade natural do ser humano, que permanece em condição de especial vulnerabilidade durante os seus primeiros anos de vida, dependendo da intervenção alheia para prover suas necessidades básicas, como alimento, educação, direção, amparo e defesa (GONÇALVES, 2017, p. 597).

Presumindo que os pais são pessoas melhor indicadas para atender a estas necessidades naturais dos filhos, a lei lhes confere deveres e responsabilidades. *É patente o caráter protetivo* do instituto, que, por revestir-se de interesse público, constitui um *múnus* imposto pelo Estado aos pais.

MARIA BERENICE DIAS destaca que este poder familiar perdeu o sentido de dominação para ganhar um caráter de proteção, *“com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles”*, sendo menos um poder e mais um dever (2015, p. 461).

Sobre o interesse público no bom desempenho deste poder familiar, merecem destaque as lições de CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

[...] o poder familiar constitui um conjunto de deveres, transformando-se em instituto de caráter eminentemente protetivo, que transcende a órbita do direito privado para ingressar no âmbito do direito público. Interessa ao Estado, com efeito, assegurar a proteção das gerações novas, que representam o futuro da sociedade e da nação. Desse modo, o poder familiar nada mais é do que um *múnus* público, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao *princípio da paternidade responsável* insculpido no art. 226, §7º, da Constituição Federal. (2017, p. 597)

O Estado fixa limites para a atuação dos titulares do poder familiar, até porque a autonomia da família não é irrestrita, legitimando-se a interferência estatal em algumas hipóteses (DIAS, 2015, p. 462). Daí concluímos que o poder familiar não é absoluto, admitindo-se a sua suspensão ou destituição, sempre tendo como objetivo o melhor interesse da criança (MACHADO, 2018, p. 267).

O poder familiar é *irrenunciável, indelegável, imprescritível, incidindo sobre os filhos menores não emancipados* (GONÇALVES, 2017, p. 598). O *múnus* é exercido em *igualdade de condições por ambos os pais* (arts. 21 e 22, p. único, ECA e arts. 1.631 e 1.634, *caput*, CC), independentemente da origem do nascimento. A separação dos pais não afeta o poder familiar (art. 1.632, CC). *Não havendo o reconhecimento da paternidade ou maternidade, o poder familiar será exercido unicamente por aquele que constar do registro* (art. 1.633, CC), já que *“o poder familiar decorre do reconhecimento dos filhos por seus genitores”* (GONÇALVES, 2017, p. 599).

4. Conteúdo do poder familiar

O art. 1.634 CC prevê diversos direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos menores, dentre eles dirigir a sua criação e educação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e exigir obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

A Constituição Federal é também explícita no sentido de que os pais têm dever de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229, CF).

O ECA prevê que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes também cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais no interesse dos filhos (art. 22, *caput*, ECA).

Além destes deveres expressos, é possível encontrar outros espalhados ao longo do sistema jurídico. O art. 227 CF, por exemplo, diz que é um dever da família assegurar à criança e ao adolescente os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

‘A criança é ser dotado de dignidade, o que impede a sua coisificação, não podendo a sua felicidade ser sacrificada em prol do bem-estar alheio, nem para esperar que os adultos resolvam os seus problemas pessoais. A vida da criança, enfim, deve ser decidida segundo o que seja melhor para ela’.

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nesta mesma toada, o ECA elenca direitos dos menores a serem observados inclusive pela sua família (arts. 3º, 4º, 5º, 7º, 15, 16, 17, 18, 18-A, 18-B, 19, dentre outros), tanto que se considera a criança em situação de risco quando haja falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável (art. 98, II, ECA).

Outrossim, há um dever dos pais de matricular os filhos na rede oficial de ensino (art. 55, ECA c/c art. 6º da Lei nº 9.394/96 – LDB).

Em caso de separação dos pais e estabelecimento de guarda unilateral em favor de um deles, existe o dever do outro de supervisionar o interesse dos filhos (art. 1.583, §5º, CC). Mesmo que a guarda seja atribuída a terceiras pessoas, cabe aos pais prestar os alimentos e exercer a visitação (art. 33, §4º, ECA).

Como se nota, existem diversos deveres dos pais em relação aos filhos menores, os quais não podem ser resumidos numa lista fechada e taxativa. Ao contrário,

tais deveres decorrem de uma leitura ampla de todo o sistema jurídico. Como bem recordado por MARIA BERENICE DIAS, o rol legal sequer contempla o mais relevante dos deveres dos pais, que é o afeto:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. [...] (2015, p. 465-466)

No aspecto patrimonial, os pais têm o direito a usufruto e administração dos bens dos filhos menores, conforme arts. 1.689 a 1.693 do Código Civil.

Tratam-se de direitos e deveres que devem ser exercidos em prol da criança e do adolescente, e não no interesse dos genitores. Existe um interesse público no bom desempenho deste múnus e, em casos de irregularidade, surge para o Estado a possibilidade de intervir no núcleo familiar.

Embora a Constituição Federal tenha atribuído à família uma especial proteção do Estado (art. 226, *caput*), também determina a assistência na pessoa de cada um dos seus membros, coibindo a violência no âmbito das suas relações (art. 226, §8º). A Constituição nomeou o Estado como um dos responsáveis por assegurar os direitos das crianças e adolescentes, colocando-os a salvo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, *caput*). Assim, a intervenção estatal se legitima quando existe o descumprimento do poder familiar, vitimando uma pessoa em situação de natural vulnerabilidade.

Cumprindo este mister, o Estado criminaliza diversas condutas que podem ser praticadas pelos detentores do poder familiar. Exemplificativamente, podemos citar os arts. 129, 133, 134, 136, 244, 245, 246 e 247 do Código Penal, todos prevendo condutas que, em tese, podem vitimar crianças e adolescentes.

Além das medidas no campo penal, também existem diversas outras sanções aplicáveis aos pais faltosos. O art. 129 do ECA prevê medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis, que incluem desde medidas assistenciais até advertência, perda da guarda e suspensão ou destituição do poder familiar. Ademais, o art. 249 do ECA cria uma infração administrativa pelo descumprimento dos deveres ligados ao poder familiar, punível com multa de 03 a 20 salários de referência.

No âmbito cível, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo a possibilidade de indenização por danos morais a partir do abandono afetivo. Há até mesmo doutrina defendendo a deserdação e a impossibilidade de pleitear alimentos na velhice, tudo em razão do descumprimento do poder familiar enquanto os filhos ainda eram menores (SOUZA, 2013, p. 12-24).

Conclui-se que os deveres atribuídos aos pais são de interesse público e, por isso, o seu descumprimento os sujeita às mais diversas sanções, de índole penal, administrativa e cível.

5. A Destituição do Poder Familiar

O complexo de poderes e deveres exercidos pelos pais em relação aos filhos menores pode ser extinto por uma variedade de causas, muitas delas naturais decorrências da vida. O art. 1.635 do Código Civil elenca as hipóteses de extinção do poder familiar, quais sejam: morte dos pais ou do filho; emancipação; maioridade; adoção; decisão judicial de destituição do poder familiar. Além destas, pode-se acrescentar a homologação da extinção do poder familiar em razão da entrega voluntária de filho para adoção, de forma regular (arts. 19-A, §4º e 166, §1º, inc. II, ECA)¹.

Tanto a destituição quanto a suspensão do poder familiar podem ser entendidas como as sanções mais graves impostas aos genitores, razão por que se faz necessária a decretação por sentença, em procedimento judicial no qual se assegurem contraditório e ampla defesa (MACIEL, 2017a, p. 246).

Em breves linhas, pode-se afirmar que a suspensão do poder familiar é cabível quando se vislumbra alguma possibilidade de a criança ou adolescente retornar para o convívio da família de origem, ao passo que a destituição é cabível quando tal regresso é inviável (MACHADO, 2018, p. 268). Só a destituição do poder familiar configura hipótese de extinção, já que a suspensão é meramente provisória, podendo ser revista quando superados os fatores que a ensejaram (LÔBO, 2018, p. 308).

A destituição do poder familiar é bastante gravosa e, por isso, “*somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e dignidade do filho*” (LÔBO, 2018, p. 308-309). Se o juiz constatar que basta a suspensão ou outra medida protetiva menos

1 No sentido de que a entrega voluntária de filho para adoção não configura hipótese de destituição do poder familiar, e sim nova forma de extinção, vale conferir o Enunciado nº 02 do FONAJUP (Fórum Nacional da Justiça Protetiva), disponível em: <http://abraminj.org.br/Painel/arquivos/enunciado_2_fonajup_pdf.pdf>, consultado em: 13 jul. 2018.

gravosa, deve evitar a destituição, sobretudo quando se constata a possibilidade de recompor os laços de afetividade. A destituição deve ser imposta no melhor interesse do filho e, se a sua decretação trouxer prejuízos ao mesmo, não deverá ocorrer (LÔBO, 2018, p. 309).

Percebe-se que a destituição do poder familiar não configura apenas uma sanção aos genitores faltosos. Trata-se, antes de tudo, de um instituto de proteção que visa a salvaguardar os interesses da criança vitimada:

A suspensão e a destituição do poder familiar constituem sanções aplicáveis aos genitores por infração aos deveres que lhes são inerentes, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso. O intuito não é punitivo. Visa muito mais a preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar. (DIAS, 2015, p. 470)

Trata-se de medida imperativa, e não facultativa (DIAS, 2015, p. 472). Constatando-se que houve a injustificável violação aos deveres inerentes ao poder familiar e que a destituição atende ao interesse do filho, deve o magistrado aplicá-la.

As hipóteses de destituição do poder familiar vêm previstas, fundamentalmente, nos arts. 1.638 do Código Civil e 24 do ECA, aos quais acresce o teor do art. 23, §2º, ECA.

A primeira causa de destituição do poder familiar, na literalidade do Código Civil, é o castigo imoderado ao filho. Cumpre esclarecer que apesar do termo “imoderado”, a doutrina mais moderna vem entendendo pela inadmissibilidade de qualquer forma de castigo físico, considerando as normas constitucionais e legais que garantem o respeito e a dignidade à criança, protegendo-a contra a violência. Sob esta ótica, o sistema jurídico não admite mais os castigos físicos como forma de correção, os quais podem culminar em punição aos pais (GONÇALVES, 2017, p. 609).

Apesar da inadmissibilidade do castigo moderado, este não será suficiente para a destituição do poder familiar, podendo redundar em outras sanções previstas em lei (sobretudo aquelas previstas no art. 18-B do ECA). O intento do legislador, no art. 1.638, inc. I, do CC, foi punir a “*correção insequente, brutal, covarde, senão criminosa*” (MADALENO, 2017, p. 705). Ou seja, punem-se com a destituição os castigos imoderados que vulnerarem de forma mais gravosa os direitos fundamentais do filho.

A segunda causa para a destituição do poder familiar é o abandono. Tal abandono pode consistir na falta de assistência material, que sujeita a criança a riscos para a sua sobrevivência, ou ainda na falta de assistência moral e intelectual (GONÇALVES, 2017, p. 610). Sobre o tema, leciona ROLF MADALENO:

Deixar o filho em abandono é privar a prole da convivência familiar e dos cuidados inerentes aos pais de zelarem pela formação moral e material dos seus dependentes. É direito fundamental da criança e do adolescente usufruir da convivência familiar e comunitária, não merecendo ser abandonado material, emocional e psicologicamente, podendo ser privado do poder familiar o genitor que abandona moral e materialmente seu filho [...] Têm os pais o dever expresso e a responsabilidade de obedecerem às determinações legais ordenadas no interesse do menor, como disso é frisante exemplo a obrigação de manter o filho sob a efetiva convivência familiar. (2017, p. 705-706)

A família é local privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana e, portanto, para a formação de um adulto psiquicamente saudável. Os pais que abandonam material e moralmente a prole podem ser destituídos do poder familiar, inclusive quando o abandono se dê nas instituições de acolhimento. Ou seja, quando após o acolhimento os pais deixam de exercer visitação ou manter contato com o filho menor, privando-o de qualquer resquício de convivência familiar, cabível a destituição.

No entanto, deve-se atentar que o art. 23 do ECA veda a destituição do poder familiar unicamente pela falta ou carência de recursos financeiros. Se, analisando o caso concreto, o juiz perceber que o problema familiar é unicamente a falta de recursos, deve inserir seus integrantes em serviços e programas de proteção, apoio e promoção (arts. 23, §1º, 19, §3º, 101, inc. II a VI, e 129, inc. I a V, todos do ECA), como forma de manter ou reintegrar a criança junto à família biológica.

Sobre o tema, PAULO LÔBO pontua que

Em primeiro lugar, são os laços de afetividade e o cumprimento dos deveres impostos aos pais que determinam a preservação do poder familiar. Em segundo lugar, pobreza não é causa de sua perda forçada, porque o prevailecimento das condições materiais seria atentatório da dignidade da pessoa humana. (2018, p. 311)

Contudo, o art. 23 do ECA não constitui um salvo-conduto para as famílias

hipossuficientes abandonarem os filhos menores. Se a pobreza vier acompanhada de violações aos direitos fundamentais da criança ou adolescente, expondo-os a situação de risco (art. 98, inc. II, ECA), não há óbice à perda do poder familiar, como forma de proteger os filhos vitimados. Negar a possibilidade de destituição, unicamente pela condição socioeconômica dos genitores, significaria uma violação à isonomia (art. 5º, *caput*, CF c/c art. 3º, p. único, ECA), aceitando que crianças pobres poderiam ser sujeitas a determinadas violações de direitos, a que não estariam sujeitas as crianças de famílias abastadas, em total violação da dignidade humana (art. 1º, III, CF).

A terceira hipótese de destituição do poder familiar, segundo o Código Civil, é a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, previsão que visa a preservar a formação psíquica da criança e do adolescente:

Visa o legislador evitar que o mau exemplo dos pais prejudique a formação moral dos infantes. O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles. A falta de pudor, a libertinagem, o sexo sem recato podem ter influência maléfica sobre o posicionamento futuro dos descendentes na sociedade, no tocante a tais questões, sendo muitas vezes a causa que leva as filhas maiores a se entregarem a prostituição. (GONÇALVES, 2017, p. 610)

Podem incluir-se na previsão do art. 1.638, inc. III, CC o uso imoderado de bebidas alcoólicas, de entorpecentes, os abusos físicos e sexuais ou as agressões morais e pessoais para com os filhos, parceiros ou cônjuge.

Os atos contrários à moral e aos bons costumes devem ser aferidos objetivamente, sempre tendo em mira o superior interesse da criança ou do adolescente:

A moral e os bons costumes são aferidos objetivamente, segundo standards valorativos predominantes na comunidade, no tempo e no espaço, incluindo as condutas que o direito considera ilícitas. Não podem prevalecer os juízos de valor subjetivos do juiz, pois consistiriam abuso de autoridade. Em qualquer circunstância, o supremo valor é o melhor interesse do menor, não podendo a perda da autoridade parental orientar-se exclusivamente no sentido de pena ao pai faltoso. (LÔBO, 2018, p. 310)

Destacando a importância desta hipótese de destituição do poder familiar, as magistras lições de KÁTIA MACIEL:

Não há como negar a forte influência do comportamento parental no desenvolvimento da personalidade dos filhos e o impacto que pode causar em sua formação moral, já que é natural que a prole se espelhe nos pais e repita o mesmo exemplo de vida e valores. Sendo assim, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes também poderá ensejar a penalidade máxima de retirada da autoridade familiar. Deste modo, poderão ser destituídos do poder parental os pais, por exemplo, que utilizam entorpecentes ou ingerem bebidas alcoólicas usualmente, a ponto de tornarem-se drogados e alcoólatras; permitem que os filhos convivam ou sejam entregues a pessoas violentas, drogadas ou mentalmente doentes [...] permitem que os filhos frequentem casas de jogatina, espetáculos de sexo e prostituição, ou, ainda, que mendiguem ou sirvam a mendigo para excitar a comiseração pública [...] dentre outras situações imorais, que atentem contra os bons costumes ou caracterizem crimes [...] é inegável que a vida desregrada dos pais, cujos comportamentos são imorais ou criminosos, pode expor o filho menor a situações e a ambientes promíscuos e inadequados à sua idade ou à condição de um ser em processo de formação. Tal conduta desrespeitosa para com o desenvolvimento biopsíquico do filho poderá acarretar a perda da autoridade parental, que se revestirá não somente de punição para os pais, mas servirá de medida protetiva necessária a assegurar condições de crescimento ideais para o filho. (2017a, p. 259-260)

Como se nota, a destituição do poder familiar dos pais que pratiquem atos contrários à moral e aos bons costumes serve para proteger os filhos contra a influência nociva dos pais. A criança, afinal, é um ser em desenvolvimento (art. 6º, ECA), e a sua formação psíquica deve ocorrer num ambiente salutar.

O art. 19 do ECA consagra expressamente o direito da criança e do adolescente de viver em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. A Lei nº 13.257/2016 alterou a redação do *caput*, passando a prever o direito do menor de conviver num ambiente que garanta o desenvolvimento integral. Esta última redação é mais ampla e decerto contempla o direito a não conviver com pessoas viciadas em entorpecentes.

Considerando que o art. 4º, inc. II, alínea “c” da Lei nº 13.431/2017 positivou que constitui violência psicológica contra o filho menor expô-lo a crime violento contra membro da família ou da rede de apoio, sobretudo quando isso o converta em testemunha dos fatos, parece-nos fora de dúvida que a violência doméstica praticada contra a mãe (art. 7º, Lei nº 11.340/2006) na presença da prole também justifica a destituição do poder familiar do agressor, sobretudo quando ocorrer de forma reiterada. Não se pode negar que o ambiente familiar violento, que sujeita as crianças e adolescentes a presenciar recorrentemente a utilização de força física em

detrimento da genitora, viola a moral e bons costumes, afetando a formação psíquica das crianças, além de corporificar ambiente que não garante o desenvolvimento integral (art. 19, *caput*, ECA).

Outrossim, o art. 1.638, inc. III, do CC engloba os abusos sexuais. O art. 227, §4º, da Constituição determina que a lei puna severamente o abuso, a violência e a exploração sexual de criança e adolescente. O *Código Penal prevê, no art. 217-A, o delito de estupro de vulnerável, punível com até 15 anos de reclusão, bastando a prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos, não sendo sequer necessária a conjunção carnal*. Os arts. 218 a 218-B do CP, bem como arts. 240 a 241-D e art. 244-A do ECA, também visam a proteger a integridade sexual de crianças e adolescentes.

Percebe-se, assim, um grande esforço do legislador para proteger crianças e adolescentes contra abusos de ordem sexual. A questão não enseja punição apenas na seara cível, mas também no campo penal, visando à proteção integral destes vulneráveis.

A quarta hipótese de destituição do poder familiar, segundo a lei cível, é o reiterado abuso de autoridade parental, quando os pais faltam aos deveres inerentes a tal múnus (arts. 1.637 c/c art. 1.638, IV, CC). Pune-se a repetição de condutas que poderiam ensejar, isoladamente, a medida mais branda de suspensão do poder familiar (GONÇALVES, 2017, p. 610). Vale recordar que a suspensão pode ser decretada a partir de um único acontecimento, dispensando uma causa permanente, bastando que haja um justo receio de repetição futura, a acarretar risco para a segurança do menor (LÔBO, 2018, p. 307).

Quando se percebe que a violação aos deveres ligados ao poder familiar ocorre de forma reiterada, nada obsta que o magistrado decrete a sua perda, como modo de salvaguardar a prole. Cremos dispensável, assim, que primeiro tenha sido decretada a suspensão para só depois ocorrer a destituição do poder familiar com base nesta hipótese. Havendo riscos concretos às crianças e adolescentes em razão do descumprimento reiterado dos deveres ligados ao poder parental, cabível a destituição com vistas ao superior interesse e à proteção integral dos filhos menores.

O termo “abusar de sua autoridade”, utilizado pelo legislador, deve ser lido em consonância com o art. 187 do CC, que prevê a figura do abuso de direito como ato ilícito sempre que o exercício do direito violar seu fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes. Destarte, mesmo que o genitor esteja exercendo algum poder-dever previsto no art. 1.634 do CC ou no art. 22 do ECA, se tal exercício contrariar a função social, a boa-fé e os bons costumes, surge o ato ilícito a justificar a suspensão ou a destituição do poder familiar (conforme o caso concreto).

Exemplificativamente, podemos pensar numa representação judicial (art. 1.634, inc. VII, CC) exercida em verdadeiro prejuízo da criança ou do adolescente, ou para satisfazer sentimentos pessoais do representante legal contra aquele inserido no polo passivo; ou ainda quando o genitor reclama a criança de guardiões de fato que não cederam à pressão para lhe conferir vantagens financeiras (art. 1.634, inc. VIII, CC); ou quando o genitor transforma o dever de obediência da criança em tirania, exigindo-lhe serviços domésticos que deveriam estar sendo prestados pelo próprio adulto (art. 1.634, inc. IX, CC).

A nosso ver, tratam-se de algumas hipóteses de abuso de direito ligado ao poder familiar, em que os poderes conferidos aos pais são deturpados no caso concreto, contrariando a sua função social, a boa-fé objetiva e os bons costumes. Em todos esses casos, há ato ilícito que pode ser sancionado até mesmo com a suspensão ou destituição do poder familiar, justamente porque os pais abusaram de sua autoridade (art. 1.637, *caput*, CC), em prejuízo dos filhos menores. Ainda que a atitude paterna ou materna pareça se adequar ao art. 1.634 do Código Civil, a ilicitude surge pela forma como foi exercido o poder, contrariando a *ratio* da autoridade parental, que deve sempre visar à proteção das crianças e adolescentes. Qualquer desvio no exercício deste complexo de direitos e deveres pode configurar o abuso de direito e, portanto, enquadrar-se no art. 1.637 do CC. Havendo reiteração destes abusos, justificável a perda do poder familiar.

Como lembra KÁTIA MACIEL, pode incorrer no art. 1.638, IV, CC o pai ou mãe que for conivente com a violação de direitos da prole, perpetrada pelo seu cônjuge ou companheiro. O silêncio proposital do corresponsável impede a cessação da violação dos direitos do filho, a justificar a destituição do poder familiar (2017a, p. 263).

Esta inação do corresponsável não pode ser subestimada, já que, sendo detentor do poder familiar, ele possui um dever legal de proteção dos filhos menores, o que o coloca numa posição de garante (art. 13, §2º, alínea “a”, CP). Como lembra ROGÉRIO SANCHES da CUNHA, tanto se mata uma criança por asfixia quanto por se deixar de socorrê-la quando o omitente tinha dever jurídico de impedir o evento morte, e em ambos os casos o crime será de homicídio (2014, p. 202-204).

Isto é, aquele pai ou mãe que se omite propositalmente quando podia e devia agir para impedir a lesão aos direitos fundamentais do filho comete um crime omissivo impróprio, também respondendo pelo delito perpetrado pelo corresponsável. Daí por que não se pode minorar este comportamento omissivo do pai ou mãe conivente, a quem se atribui um dever de agir em prol do filho menor, mesmo quando isso significa se opor e denunciar as atitudes ao companheiro ou cônjuge.

A quinta hipótese de destituição do poder familiar prevista no Código Civil foi acrescentada pela Lei nº 13.509/2017. Trata-se da entrega de forma irregular do filho a terceiros para fins de adoção, sem a intervenção do judiciário e sem seguir a normatização legal para tal entrega (LÔBO, 2018, p. 310). A norma tem evidente propósito de prestigiar o Cadastro de Adoção (art. 50, ECA) e o procedimento de entrega voluntária fixado no art. 19-A do ECA, além de proteger o interesse da criança ou adolescente, evitando que seja confiado a pessoas inidôneas.

Outra hipótese de destituição é a prática de crime doloso cometido contra a pessoa do filho (art. 92, inc. II, CP e art. 23, §2º, ECA), sendo indispensável que o juízo declare motivadamente a medida na sentença penal. O delito cometido precisa ser gravíssimo e causar prejuízos evidentes à criança vitimada, revelando que a condenação é incompatível com o exercício do poder familiar. Porém, a absolvição no juízo criminal não vincula o juízo da Infância, salvo quando reconhecer inexistência do fato ou a negativa de autoria, nos termos do art. 935, CC (MACIEL, 2017a, p. 263-264).

Como se nota, as hipóteses de destituição do poder familiar são bastante abertas, sobretudo se considerarmos que o art. 24 do ECA a prevê quando houver descumprimento injustificado dos deveres de sustento, guarda e educação. Existe uma ampla margem de liberdade para o juiz identificar os fatos que levam ao afastamento das funções parentais (DIAS, 2015, p. 471). Com efeito, o rol de causas ensejadoras da destituição não deve ser considerado taxativo (*numerus clausus*), considerando a tendência do Direito Privado em entender as relações legais como exemplificativas (TARTUCE, 2013, p. 1225-1226). Também é este o entendimento de MARIA BERENICE DIAS, para quem as hipóteses de suspensão e destituição do poder familiar não são taxativas, mas meramente exemplificativas, devendo prevalecer em cada caso o interesse dos filhos (2015, p. 472).

A perda do poder familiar é permanente, mas isso não significa que seja irreversível, porquanto se admite a recuperação em procedimento judicial de caráter contencioso, desde que fique comprovado que cessaram as causas que determinaram a destituição (GONÇALVES, 2017, p. 614). Trata-se do restabelecimento do poder familiar, que deve contar com a inequívoca aceitação do filho quanto ao retorno para o convívio dos pais biológicos (MACIEL, 2017a, p. 267).

Parte da doutrina entende que a perda do poder familiar abrange toda a prole, por significar um reconhecimento judicial de que o titular do poder familiar não está capacitado para o seu exercício (GONÇALVES, 2017, p. 614; DIAS, 2015, p. 474). Existe posicionamento divergente, no sentido de que a destituição só afeta a relação jurídica entre o genitor e o filho vitimado (MACIEL, 2017a, p. 878), sendo esta

a corrente que vem sendo aplicada pelo Judiciário, onde são recorrentes as ações pedindo a perda do poder familiar apenas em relação a um ou alguns dos filhos menores dos réus.

6. A Destituição do Poder Familiar à Luz dos Princípios do Direito das Famílias

Ao passo que as famílias mudaram, também teve que se alterar o Direito, a fim de abarcar as mudanças sociais neste dinâmico setor da vida humana. De unidade econômica e de reprodução, a família passou a se voltar para a busca da realização pessoal dos seus membros, ficando alicerces sobre o afeto, a ética, a solidariedade entre os membros do grupo e a preservação da dignidade destes. A família, enfim, passa a se fundar no afeto, como um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana, e assume um caráter instrumental, pelo qual se protege não a instituição em si, mas sim a dignidade da pessoa humana. Este arranjo social passa a ser visto como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 36-37).

Fala-se então numa família eudemonista, realçando o aspecto instrumental da entidade familiar e a sua importância enquanto comunhão de afetos. Sobressaem as funções afetivas da família, que se volta a realizar os interesses afetivos e existenciais dos seus integrantes (DIAS, 2015, p. 53).

Com uma mudança tão radical de paradigmas, a família passou a ser regida por uma miríade de novos princípios, alguns deles positivados e outros implícitos no sistema jurídico. Esta principiologia revolucionou a forma de interpretar as regras consagradas no texto legal e também a forma como se viam os próprios casos concretos.

A base mais relevante para esta mudança é a consagração, na Constituição Federal, do supraprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Apesar de possuir uma difícil conceituação, compreende-se a partir deste princípio que, enquanto as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. Por isso, não podem ser transformadas em instrumento para a ação alheia (PEREIRA, 2016, p. 114-115). Daí se poder afirmar que *“viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude, que coisifique ou objetive a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível, ou a um objeto”* (LÔBO, 2018, p. 56).

No âmbito do Direito das Famílias, a dignidade significa considerar e respeitar a autonomia dos sujeitos que compõem o núcleo familiar, bem como a sua liberdade (PEREIRA, 2016, p. 121). Especificamente no que tange à criança, a Constituição Federal estabeleceu no art. 227 um *bill of rights*, sendo dever da família assegurar

estes direitos fundamentais, que são oponíveis a cada membro da própria família (LÔBO, 2018, p. 56). Vale transcrever as lapidares lições de PAULO LÔBO:

Atualmente, a família converteu-se em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades. Dessa forma, os valores coletivos da família e os pessoais de cada membro devem buscar permanentemente o equilíbrio, “em clima de felicidade, amor e compreensão”, como enuncia a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. [...] A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, mas como instrumento de realização existencial de seus membros. (2018, p. 57)

Igualmente, é reconhecida a existência de um Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, consagrado no Artigo 3º da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças e no art. 100, p. único, inc. IV, do ECA. Em suma, os menores de 18 anos são considerados como sujeitos de direitos, gozando de uma proteção especial, inclusive com absoluta prioridade sobre os demais interesses envolvidos (PEREIRA, 2016, p. 149):

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Interesse superior ou melhor interesse não é o que o Julgador ou aplicador da lei entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como pessoa em desenvolvimento, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. [...] Indispensável que todos os atores da área infanto-juvenil tenham claro para si que o destinatário final da sua atuação é a criança e o adolescente. Para eles é que se tem que trabalhar. É o direito deles que goza de proteção constitucional em primazia, ainda que colidente com o direito da própria família. (AMIN, 2017, p. 75-76).

Por não possuírem maturidade e ainda estarem formando a sua personalidade, estes seres em situação de natural vulnerabilidade ocupam uma posição especial dentro da família. Eles precisam de um adulto que exerça as funções materna ou paterna para conduzi-los, de forma saudável, para uma futura autonomia (PEREIRA, 2016, p. 152). O melhor interesse deve ser apurado no caso concreto, sempre se

indagando de que forma estarão resguardados os direitos fundamentais da criança ou adolescente, que preponderam inclusive sobre os interesses dos genitores.

Conforme assevera SÁVIO BITTENCOURT, somente é possível harmonizar o interesse da criança com interesses alheios quando isso não a expõe a risco ou lesão aos seus direitos:

Por este motivo, o único direito que se forma, realmente, é o de defesa do interesse da criança. Os interesses das demais pessoas, quando contrários ao da criança, não chegam a ser juridicamente protegidos, o que impede a formação de direitos subjetivos. São, no máximo, interesses legítimos, que sucumbem juridicamente diante de um interesse maior e prioritário, que é o da criança, principal sujeito de direitos das relações jurídicas que vivencia. (2013, p. 48-49).

O art. 227, *caput*, CF assegura diversos direitos às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade. O artigo consagrou a Doutrina da Proteção Integral, reconhecendo que todas as crianças são sujeitos de direitos exigíveis, e não objeto da intervenção alheia.

À luz dos princípios acima, conclui-se pela necessidade de ler com ressalvas os arts. 39, §1º, 92, inc. II, 136, inc. XI, do ECA, dentre outros artigos que preveem a necessidade de esgotar as tentativas para manter a criança junto à família natural. A criança e o adolescente possuem uma dignidade intrínseca e, por isso, não podem servir de objeto para os anseios alheios. Isto significa que a sua felicidade e o seu bem-estar não podem ser sacrificados para preservar o interesse dos adultos.

Constatando-se que a família não exerce a sua função social de proteção dos filhos menores, não sendo um *locus* apropriado para o desenvolvimento da personalidade destes, é imperioso resguardar em primeiro lugar o interesse da criança e do adolescente. Independentemente das tragédias pessoais que possam assolar os adultos, a criança possui um valor próprio, titularizando direitos absolutamente prioritários, e por isso ela não pode ser sacrificada por piedade de terceiros, nem mesmo dos próprios genitores.

Reintegrações familiares quando os pais evidentemente não reúnem condições de exercer os cuidados inerentes ao poder familiar, ou a manutenção das crianças e adolescentes em acolhimento institucional unicamente para tentar não sacrificar os pais adultos significam uma inversão das prioridades. A família não pode ser protegida por si mesma, já que se trata de um instrumento para a promoção das dignidades individuais dos seus membros. Quando esta função não é atendida, o Estado tem o

dever de proteger as crianças e adolescentes, garantindo o superior interesse destes, inclusive em detrimento dos pais. O que não se pode é tratar a criança como objeto, aguardando que os pais possam e queiram exercer adequadamente o poder familiar sobre ela, como se a certidão de nascimento representasse uma certidão de propriedade.

A ponderação é relevante, já que *“embora os discursos digam que ela é o principal sujeito de direitos de suas relações, a criança é, muitas vezes, compreendida como uma coisa, propriedade da família biológica”* (BITTENCOURT, 2013, p. 12). E mais:

Já falamos antes em “coisificação” da criança. Na demora em se definir sua situação jurídica reside o aspecto mais cruel desta prática. Todas as chances são dadas a pessoas adultas e pouquíssimas à criança. A criança está em insegurança jurídica absoluta. É exatamente isso que ocorre quando para se destituir o poder familiar de uma mãe se espera em demasia e a mão covarde da condescendência permite que ela não se esforce para ter o filho em sua companhia. Para se romper o vínculo, exige-se segurança absoluta de que aquela pessoa não teria condições para criar. Mas para chegarmos a esta constatação, precisamos invariavelmente traumatizar a criança com anos de espera ou tentativas desastradas de reintegração que geram novos e dilacerantes abandonos. Para a mãe segurança jurídica absoluta, para a criança a insegurança absoluta. Não é necessário, repita-se, julgar e condenar o adulto, que é reconhecidamente fruto de uma circunstância social injusta. O que não pode ocorrer é que, em função desse fato, se permita o padecimento da criança, que é o principal sujeito de direitos para a Constituição Federal, numa espécie de martírio solidário. Na dúvida, que se erre a favor da criança. [...] Vivemos ainda sob a égide da criança-objeto, propriedade mal disfarçada de sua família biológica que pode por diversas vezes sonegar direitos essenciais sob o beneplácito das autoridades públicas [...] Para esta família, em nome do princípio da proteção integral (!), garante-se toda a segurança jurídica, com a compreensão sem fim daqueles que justamente deviam evitar a institucionalização da criança. [...] Toda vez que se pretende dar a um determinado sujeito segurança jurídica absoluta, como é o caso da proteção integral não confessada da família biológica, se coloca outro sujeito na perversa situação de insegurança jurídica absoluta, como se encontra toda criança ou adolescente abrigado, com a certeza que não há certezas sobre o seu futuro [...] (BITTENCOURT, 2013, p. 43-44).

O Direito das Famílias contemporâneo reconhece o valor jurídico do afeto, que é erigido a princípio, de modo que *“sem afeto, não se pode dizer que há família. Ou seja, se falta o afeto, a família é uma desordem ou uma desestrutura”* (PEREIRA,

2016, p. 218). Não se está aqui retratando o mero sentimento, que é inapreensível para o Direito, mas sim uma dimensão objetiva, pela qual se valoram os fatos representativos tidos como relevantes para o ordenamento, os quais permitiriam presumir a afetividade (CALDERÓN, 2017b, p. 145). Sob este aspecto, “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles” (LÔBO, 2018, p. 71).

A questão ganhou maior relevo após o julgamento do REsp 1159242 / SP pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, cujo voto reconheceu a existência de um dever legal de cuidado por parte dos pais. Como assentado naquele julgado, existe um dever legal de cuidado dos pais em relação à prole, independentemente do sentimento entre os envolvidos, o qual não é mensurável pelo Direito. Isto significa que, independentemente do real afeto que os pais nutram em relação aos filhos menores, incumbe-lhes garantir todos os direitos fundamentais destes, inclusive à convivência familiar e à assistência moral.

A questão está intimamente ligada ao princípio da parentalidade responsável, assentada nos arts. 226, §7º, 227, *caput* e 229 da Constituição Federal, assim como art. 100, p. único, IX, ECA. Significa que os pais devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham eles sido planejados ou não, observando todos os deveres criados para atender ao melhor interesse do filho, sobretudo aquele referente à convivência familiar (PEREIRA, 2016, p. 251-252).

A paternidade responsável não se resume à assistência material. Muito pelo contrário, exige uma conduta de cuidado, independentemente do sentimento dos pais em relação àquele filho menor, até porque “a ausência desse sentimento não exclui a necessidade e obrigação de condutas paternas / maternas. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo Judiciário, presente ou não o sentimento” (PEREIRA, 2016, p. 253). Inclusive, a ausência destes cuidados representa ilícito, passível de punição pelo Estado, seja através da indenização por danos morais, seja pela aplicação da multa do art. 249 do ECA, seja pela destituição do poder familiar.

O sentimento, manifestado através de atos concretos, sobrepõe-se aos laços formais e mesmo biológicos entre duas pessoas, devendo prevalecer a afetividade sobre a realidade genética. Admite-se, enfim, que se faça uso do sentimento, como aspecto natural a todo ser humano, assumindo relevo o aspecto sociológico da filiação, o qual, aliado ao afeto, sobrepõe-se ao vínculo biológico, sobretudo quando presente o superior interesse da criança (COLTRO, 2017, p. 94-95).

A verdadeira paternidade assume um aspecto social, sendo certo que o dever de cuidado está implícito na Constituição Federal. Em suma, “o dever de cuidado

nas relações familiares pode ser entendido como o conjunto de atos que devem ser praticados pelos integrantes da família para proteção daqueles que são suscetíveis de vulneração, em razão de circunstâncias individuais” (BARBOZA, 2017, p. 184).

O descumprimento do dever de cuidado permite entrever a ausência do afeto, já que o cuidado é elemento robusto para comprovar a existência do *vínculo afetivo* (BARBOZA, 2017, p. 186). Como ensina Calderón, judicialmente deve-se atentar para atividades exteriorizadoras de afeto (afetividade), já que o sentimento anímico em si é inapreensível pelo sistema jurídico (2017a, p. 516).

Outro valor que atualmente ganha relevo no cenário das famílias é a boa-fé objetiva, cujo fundamento é um dever de confiança no outro, ligada a uma ideia de lealdade e respeito à expectativa alheia. O exercício irregular de um direito gera a quebra da confiança e frustra legítimas expectativas (DIAS, 2015, p. 59). Dentre as suas várias facetas, está a proibição do comportamento contraditório, a qual impede que uma das partes da relação jurídica adote determinada postura e depois aja de forma diametralmente oposta, frustrando expectativas legítimas quanto à continuidade daquela primeira postura.

Apesar de ter nascido no campo das obrigações, a boa-fé objetiva se alastrou por todas as relações jurídicas, não se podendo negar a sua incidência nas relações familiares, inclusive nos aspectos existenciais. A boa-fé acarreta o dever das partes de se pautarem com honestidade, lealdade e cooperação, e, especificamente no campo das relações existenciais, materializa-se no afeto (DIAS, 2015, p. 60).

Como se nota, a família moderna tem novos paradigmas, valorizando as relações afetivas, o cuidado, a proteção aos vulneráveis e a lealdade dos seus integrantes. Estes novos valores podem e devem servir de norte para as destituições do poder familiar.

É certo que o art. 1.638 do Código Civil e o art. 24 do ECA, em leitura conjunta, já trazem um rol bem aberto de hipóteses para a destituição. A interpretação daquelas causas deve sempre se pautar pelos princípios acima listados, dentre diversos outros que regem as relações familiares.

Deve-se sempre indagar a forma de conferir uma proteção integral à criança, lembrando que ela é sujeito prioritário de direitos, que prevalecem inclusive sobre as expectativas dos adultos. A criança é ser dotado de dignidade, o que impede a sua coisificação, não podendo a sua felicidade ser sacrificada em prol do bem-estar alheio, nem para esperar que os adultos resolvam os seus problemas pessoais. A vida da criança, enfim, deve ser decidida segundo o que seja melhor para ela.

Ao interpretar as hipóteses de destituição, deve-se sempre indagar a existência de laços afetivos. Como não cabe ao Direito adentrar na subjetividade dos sujeitos,

sendo o amor um sentimento não apreensível por tal ciência, a afetividade será concluída a partir de exteriorizações, especialmente através de atos de cuidado. Não basta que o detentor do poder familiar afirme a existência do sentimento, que por si só não é aferível juridicamente. É preciso que ele adote medidas de cuidado e proteção, estas sim capazes de demonstrar a afetividade de modo objetivo. Havendo afetividade objetiva, pode não ser caso de destituição, mas de proteger o *núcleo familiar através de outras medidas previstas no ECA*. Já se ausentes os atos de cuidado, o mero discurso dos genitores no sentido de que nutrem sentimentos pela criança não basta para impedir a destituição.

Da mesma forma, deve-se exigir uma conduta leal e coerente do genitor em relação à criança, sobressaindo a importância da boa-fé objetiva. Aquele que num momento diz que deseja exercer o cuidado, mas logo em seguida adota posturas totalmente incompatíveis que frustram as expectativas da criança, gerando-lhe sofrimento psíquico, não merece proteção do ordenamento.

A família deve sempre ser um *locus* para o afeto e para o desenvolvimento da personalidade dos seus membros. A despeito das dificuldades materiais que esta família possa enfrentar, deve-se perquirir se ela preserva a dignidade dos seus integrantes. Se, apesar de alguma limitação financeira ou social, esta família é local de amor e parceria, favorecendo a formação individual das crianças, decerto não é caso de promover uma destituição do poder familiar, mas de investir na promoção social dos seus membros. Mas se a família não consegue exercer, na prática, qualquer de suas funções sociais, não trazendo felicidade, desenvolvimento pessoal e nem dignidade para as suas crianças, é descabido protegê-la unicamente pelos laços biológicos, como se a instituição em si fosse o mais relevante. É poder-dever do Estado intervir para a proteção dos vulneráveis. A certidão de nascimento não pode significar uma certidão de propriedade, numa espécie de fatalismo onde a criança que nasce numa família problemática deve aceitar o seu próprio destino naquele ambiente.

Dentre as aplicações práticas dos princípios acima, gostaríamos de citar três exemplos. O primeiro deles é o caso em que os pais não conseguem promover todos os cuidados necessários para a prole e, por isso, as crianças *vão para acolhimento institucional*. As equipes técnicas promovem esforços para estruturar a família, mas os pais passam à condição de meros visitantes e se acomodam com isso. A criança possui um direito fundamental à convivência familiar (art. 227, *caput*, CF c/c arts. 4º, *caput*, e 19 do ECA), que está sendo violado dia após dia, enquanto ela permanece na instituição.

A permanência prolongada em instituições de acolhimento gera efeitos nefastos para a personalidade da criança. Ali, sua memória se perde no tempo, assim como se perde a identidade narrativa (CARVALHO, 2017, p. 373), podendo gerar uma série de distúrbios psiquiátricos (MACIEL, 2017c, p. 215-217). A criança cresce e se forma psicologicamente num ambiente coletivo, em prejuízo à sua autoestima e à formação da sua personalidade (BITTENCOURT, 2013, p. 08), de modo que a violação do direito à convivência familiar traz consigo danos colaterais que serão suportados pela criança ao longo de toda a sua vida.

Por outro lado, à medida que o tempo passa, vão se esvaindo as possibilidades de a criança ser inserida em família substituta. O tempo da criança e do adulto são inteiramente diferentes, e o período que poderia ser curto para o adulto se torna determinante na vida da criança abrigada, que vai perdendo pouco a pouco as suas chances de uma inserção familiar, depositada numa instituição impessoal e a ali esquecida, como um ser invisível.

Assim, ainda que os pais visitem os filhos na instituição de acolhimento, cremos imprescindível a destituição do poder familiar quando não ficar demonstrado que aqueles efetivamente estão se esforçando para, a curto prazo, passarem a exercer os cuidados sobre a criança. Porque esta é dotada de dignidade, não pode ficar num abrigo aguardando a recuperação alheia. Não se sacrifica a felicidade e convivência familiar deste sujeito prioritário de direitos, revitimizando-o, para a proteção dos adultos envolvidos. A família deve ser um *locus* privilegiado de dignidade e desenvolvimento para a criança, uma referência de afetividade e cuidado, e os pais que não se mobilizam para exercer tal papel devem ser destituídos do poder familiar.

O acolhimento é uma medida meramente temporária (art. 19, §§ 1º e 2º, ECA), de modo que a preferência da reintegração familiar não pode significar a permanência indefinida da criança no abrigo. É sob esta perspectiva que devem ser interpretados os arts. 39, §1º, e 92, II, e 136, XI, e 100, p. único, X, ECA, que preveem um esgotamento das tentativas de manter a criança e adolescente na família de origem e a prevalência da família biológica.

Deixe-se claro: a prioridade é da família biológica porque, em regra, esta exerce adequadamente as suas funções. Presume-se que os pais cuidam adequadamente dos filhos, porque esta é a realidade de grande parte das famílias. Verificando-se que esta família não cumpre a sua função social, sobretudo quando a criança está depositada num abrigo sem perspectivas sérias de uma reintegração familiar breve, segura e bem sucedida, é descabido sacrificar o bem estar da criança para dar novas chances aos parentes consanguíneos.

Uma segunda aplicação dos princípios em tela seria no caso em que a própria genitora “doa” a criança para algum conhecido, em grande parte das vezes desaparecendo depois disso, sem exercer qualquer direito ou dever ligado à autoridade parental por anos. Esta criança permanece com os guardiões de fato, passando a tê-los como referência de pai e mãe, chamando os filhos destes de irmãos e sentindo-se parte integrante da nova família.

Se estes guardiões de fato posteriormente resolvem regularizar a situação movendo uma Ação de Destituição do Poder Familiar c/c Adoção, não nos parece possível que a genitora recuse o pleito. Além da função social, da afetividade e do cuidado, aqui se tem a incidência da boa-fé objetiva, que não pode ser separada das relações familiares.

Ora, foi uma conduta anterior da genitora que propiciou o nascimento da afetividade e a formação da nova família. O art. 226, *caput*, da CF é uma norma de inclusão, albergando todos os tipos familiares, sem distinção. O socioafetividade é forma de filiação que goza de proteção legal (art. 1.593, CC e Enunciados nº 103, 108, 256, 339 CJF) e, como todos os filhos são iguais (art. 227, §6º, CF, art. 1.596, CC e art. 20, ECA), não se pode diminuir o valor desta filiação formada no mundo dos fatos.

Não se olvide que, apesar de ser reconhecida a possibilidade de multiparentalidade (RE 898060/SC), esta só é *admissível quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambas as paternidades*. Se a criança não se identifica com os pais biológicos e não deseja o contato com os mesmos, ou quando se verifica que representam ameaça ao menor, descabe a fixação da multiparentalidade.

Quando o detentor do poder familiar se torna um verdadeiro estranho para a criança, a qual adota como referencial familiar terceiras pessoas para as quais foi entregue por gesto livre e espontâneo dos genitores, a recusa à adoção em momento posterior constitui um *venire contra factum proprium*. Se os direitos e deveres inerentes à autoridade parental não foram exercidos por vontade livre dos pais biológicos, que permitiram o nascimento de uma nova família afetiva para aquela criança, é contraditória, destituída de boa-fé objetiva e, portanto, ilícita (art. 187, CC) a recusa da adoção, que serve unicamente para manter o nome formal dos genitores ausentes na certidão da criança. Neste caso, a falta de cuidados e de convivência é que esvaziaram a relação com os pais biológicos, e a sentença que reconhece a destituição e adoção nada mais faz senão regularizar a situação da criança, emprestando efeitos jurídicos a uma família formada no mundo dos fatos.

Uma terceira aplicação dos princípios ocorre quando algum dos pais, que está sendo destituído do poder familiar, é pessoa que sofre de uma doença mental. Se fosse a destituição unicamente uma sanção, seria forçoso reconhecer que ela não

poderia ser decretada contra aquele que não reúne condições para compreender os fatos ou se reger segundo tal entendimento. Afinal, a doença mental exclui até mesmo a imputabilidade penal (art. 26, CP) e, se fosse a destituição do poder familiar apenas uma sanção civil, com maior razão não poderia ser usada para sancionar o desprovido de entendimento.

Quando se percebe que a destituição, mais do que uma sanção, é uma medida de proteção à criança e adolescente, na condição de sujeito de direitos prioritários, aí sim se conclui que é viável a perda do poder familiar quando, por qualquer razão, surgir a situação de risco. Se a doença mental dos pais fizer com que a criança vivencie uma situação de desproteção, inviabilizando a convivência familiar segura, cabe a destituição. Porque a criança é dotada de dignidade e não pode ser tratada como objeto dos anseios alheios, conclui-se que os direitos fundamentais do filho menor não poderão ser sacrificados para preservar o adulto, ainda que deficiente. Se a doença é contornável, se existe afetividade e algum modo de prestar os cuidados, decerto não é caso da destituição. Mas se a doença dos pais expuser a criança a risco, numa situação de indignidade e insegurança, deve-se encarar a destituição do poder familiar e a inserção em família substituta como formas de proteção – e não como sanção civil dos pais.

O mesmo se diga quando os pais forem menores de idade. Embora haja divergência sobre a possibilidade de destituir os pais adolescentes do poder familiar (MACIEL, 2017a, p. 854-856), tal destituição será possível quando se mostrar como única forma de proteger a criança em questão. É a conclusão que se extrai não apenas de uma ponderação de interesses, mas também da constatação de que o bebê também é sujeito prioritário de direitos, não passível de ser tratado como objeto dos interesses alheios, de modo que a condição pessoal dos genitores, ainda que menores de idade, não pode significar o sacrifício dos direitos fundamentais da respectiva prole.

7. Breves Notas sobre a Ação de Destituição do Poder Familiar (ADPF)

A ADPF é regulada entre os arts. 155 e 163 do ECA, sendo de competência da Vara da Infância e da Juventude quando houver situação de risco (art. 148, p. único, “b”, ECA) ou quando estiver cumulada com a adoção (art. 148, III, ECA). A competência territorial observará o art. 147 do ECA. A legitimidade ativa é não apenas do Ministério Público, mas de quem tenha legítimo interesse. Caso não seja o MP o autor da ação, deverá ele atuar como fiscal da ordem jurídica.

Admite-se a decretação liminar da suspensão do poder familiar, como forma de resguardar a criança durante o trâmite processual. Para tanto, exige-se um motivo grave. Também se admite o afastamento do agressor da moradia comum, com fixação de alimentos para o filho menor (art. 130, ECA), ou mesmo a suspensão de visitas dos genitores.

Ao ter contato com a petição inicial, o magistrado determinará a realização de estudo psicossocial, de modo a averiguar a situação da criança e do núcleo familiar. O detentor do poder familiar será citado para oferecer uma resposta escrita no prazo de 10 dias, sendo a citação, como regra, pessoal. Apesar de o art. 158, §1º, ECA exigir o esgotamento das tentativas de citação pessoal, admite-se a citação por hora certa (§3º) e a citação por edital dos pais com paradeiro incerto ou não sabido, mediante publicação única, dispensando-se os ofícios para a localização².

Admite-se a produção probatória, inclusive com oitiva de testemunha e dos réus. Sendo possível, ouve-se a criança, sobretudo quando o pedido importar a modificação da guarda e/ou inserção em família substituta, respeitado o estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as consequências da medida (arts. 28, §1º, 161, §3º, 100, inc. XII, e 168, ECA). Percebendo que há notória inviabilidade de reintegração familiar, o juiz deve desde já preparar o menor para colocação em família substituta, a fim de minorar os impactos da medida ou o risco de insucesso.

Dispensa-se a nomeação de curador especial para a criança quando o Ministério Público tiver proposto a ação, no papel de legitimado extraordinário. O entendimento já havia sido consagrado no STJ e foi posteriormente positivado no art. 162, §4º, ECA.

O prazo máximo para encerramento da ADPF é de 120 dias. Aos processos da Infância, no geral, é assegurada a prioridade absoluta de tramitação (art. 152, §1º, ECA c/c art. 1.048, II, CPC). O Provimento nº 36 do CNJ prevê punições para o retardamento injustificado deste processo.

A sentença que decretar a perda do poder familiar é anotada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente. Não se extinguem os vínculos de parentesco, nem os genitores são retirados da certidão de nascimento. Tão somente cessa o poder familiar e, para dar publicidade a esta circunstância, é averbada a informação no registro de nascimento. A retirada do nome dos pais da certidão somente ocorre em caso de adoção (art. 41, ECA).

2 O art. 125, §4º, ECA foi alterado pela Lei nº 13.509/2017. Embora a novidade exija cautela, coaduna-se com uma interpretação sistemática que alguns aplicadores já vinham fazendo, já que a ADPF possui um prazo exíguo para ser encerrada, visando a definir a situação jurídica e familiar da criança. A Súmula nº 292 do TJRJ já dispensava a expedição de ofícios para a citação por edital.

Eventual recurso contra a sentença independerá de preparo, terá preferência de julgamento e dispensará revisor, devendo ser imediatamente distribuído (arts. 198, I e III c/c 199-C, ECA). O prazo recursal será de 10 dias (exceto no caso de embargos de declaração), que será contado em dias corridos e, para o Ministério Público, não será em dobro (arts. 198, II c/c 152, §2º, ECA). O recurso será recebido apenas no efeito devolutivo (art. 199-B, ECA), de modo que a sentença produz efeitos desde logo.

8. Conclusões

Visando à proteção do filho menor, são conferidos aos pais diversos direitos e deveres em relação à pessoa e aos bens de suas crianças e adolescentes. Presume-se que tais direitos e deveres serão exercidos em benefício da prole. No entanto, a realidade demonstra que alguns pais não são capazes de assegurar os direitos fundamentais dos filhos menores. Ao contrário, por vezes tornam-se os seus grandes algozes, praticando severas violações aos direitos destes indivíduos em formação.

Para estas hipóteses excepcionais, tanto o Código Civil (art. 1.638) quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 24 e 129, inc. X) preveem a perda do poder familiar. O rol contido nestes dispositivos legais não deve ser considerado taxativo, nem deve receber uma interpretação restritiva.

É imperioso um diálogo das fontes, pelo qual ECA e Código Civil conversem entre si e com a própria Constituição Federal, permitindo que a leitura constitucionalizada das famílias modernas influencie as causas da destituição. A família deixou de ser protegida como instituição e, atualmente, é reconhecida como um local privilegiado para o desenvolvimento da dignidade e da personalidade dos seus componentes. Trata-se, enfim, de um local de afeto. Os membros da família assumem deveres recíprocos, devendo observar a solidariedade, o respeito e a lealdade entre si. Ao Estado cabe não apenas respeitar a família, mas também proteger os seus membros vulneráveis quando os seus direitos fundamentais sejam violados pelos demais.

A criança e o adolescente possuem uma prioridade absoluta, inclusive face aos adultos componentes da família. Além disso, são dotados de uma dignidade intrínseca, impedindo que sejam tratados como objeto de satisfação dos anseios alheios. As questões relevantes da sua vida devem ser decididas para proteção da própria criança, sempre buscando a sua proteção integral.

Diante de toda esta mudança de paradigmas nas famílias, percebe-se que a destituição do poder familiar não é apenas uma sanção estatal para os pais faltosos, mas principalmente um meio de proteção da criança e do adolescente. Em suma, ela viabiliza que estes seres vulneráveis sejam retirados de entidades familiares que

não cumprem o seu papel de proteção e cuidado. Por vezes, a destituição é caminho inevitável para consagrar o direito à convivência familiar, inserindo o menor de idade numa família substituta por meio de adoção.

Sobretudo quando se trata de crianças acolhidas, a destituição do poder familiar dos pais faltosos pode se tornar medida indispensável de proteção, evitando que a convivência familiar seja sacrificada e o menor perca toda a sua infância num ambiente impessoal. Apesar de a lei prever uma prioridade da família de origem e a necessidade de esgotar os meios de manutenção e/ou reintegração da criança junto aos genitores, a previsão legal deve ser lida em consonância com os deveres de cuidado, afeto, dignidade, solidariedade, boa-fé e absoluta prioridade da criança, impedindo que preciosos anos da infância sejam perdidos enquanto se aguardam as tentativas de cura das mazelas adultas. Ou seja, a prioridade da família natural não pode significar o esgotamento das chances da criança de conviver em alguma família. O tempo corre sempre contra a criança acolhida e, por isso, os atores da Infância precisam ter pressa, sempre focando nos interesses do menor de idade e não dos pais.

REFERÊNCIAS

- AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BARBOZA, Heloísa Helena. O perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e afetividade: projeto Brasil / Portugal** – 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2017.
- BITTENCOURT, Sávio. **A nova Lei de Adoção: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013.
- _____. **Nino e a casa dos meninos invisíveis**. Rio de Janeiro: SRB Estudos, 2014.
- CALDERÓN, Ricardo. Afetividade e cuidado sob as lentes do Direito. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e afetividade: projeto Brasil / Portugal** – 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2017.
- _____. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CARVALHO, Márcia Lopes. O cuidado, a afetividade e a alienação parental em instituição de acolhimento. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e afetividade: projeto Brasil / Portugal** – 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2017.
- COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Cuidado e afetividade: uma análise do art. 1.593 do Código Civil e seu conteúdo. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e afetividade: projeto Brasil / Portugal** – 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas**: quantidade de acolhidos por idade. Disponível em: <www.cnj.jus.br/cnca/publico/>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- _____. **Cadastro Nacional de Adoção**: relatório de dados estatístico. Disponível em: <www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em: 20 jun. 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: Parte geral**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2014.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil, 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- IBDFAM. Crianças invisíveis: por que elas estão depositadas, esquecidas em abrigos brasileiros? **Revista Brasileira do Direito de Família**. Edição 31, fev./mar. 2017.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder familiar. *In*: _____. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. *Ação de suspensão e de destituição do poder familiar*. *In*: _____. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. Reflexões sobre as referências afetivas da criança e do adolescente institucionalizados a partir de sua própria narrativa. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO,

- Antônio Carlos Mathias. **Cuidado e afetividade: projeto Brasil / Portugal** - 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2017.
- MACHADO, Rafael. Direito da criança e do adolescente. *In*: ANDRADE, Adriano *et al.* **Interesses difusos e coletivos**, volume 2. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/sancoes-decorrentes-da-irresponsabilidade-parental/>>. Data de acesso: 10 jul. 18
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**, volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. INVESTIDURA DAS AUTORAS NO CARGO DE PSICÓLOGO, VINCULADO À SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, PASSANDO A EXERCER SUAS ATIVIDADES JUNTO À FUNLAR (FUNDAÇÃO MUNICIPAL LAR ESCOLA SÃO FRANCISCO DE PAULA), QUE, POSTERIORMENTE, VEIO A INTEGRAR A SECRETARIA MUNICIPAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – SMPD. DIREITO À PERCEPÇÃO DA GRATIFICAÇÃO PREVISTA NA LEI MUNICIPAL Nº 3.343/2001 E TODOS OS SEUS REFLEXOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. INCONFORMISMO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. LIMITES OBJETIVOS DA LIDE RESPEITADOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de Ação de Cobrança c/c Obrigação de fazer, proposta por Gisele de Motta Mesquita e outro em desfavor do Município do Rio de Janeiro, objetivando a condenação do réu ao pagamento da Gratificação prevista no art. 5º c/c Anexo I da Lei municipal nº 3.343/2001 (denominada SIMAS), equivalente a 320% do vencimento básico das autoras, devida a todos os funcionários em exercício na Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência, com os reflexos devidos.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão

deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Segundo entendimento desta Corte, “não há violação do art. 535, II, do CPC/73 quando a Corte de origem utiliza-se de fundamentação suficiente para dirimir o litígio, ainda que não tenha feito expressa menção a todos os dispositivos legais suscitados pelas partes” (STJ, REsp nº 1.512.361/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 22/09/2017).

V. Na forma da jurisprudência do STJ, o alegado julgamento *extra petita* não subsiste, se o *decisum* não ofende os limites objetivos da pretensão, tampouco concede à parte providência jurisdicional diversa do pedido formulado na inicial, respeitando, assim, o princípio processual da congruência (STJ, AgInt no AREsp nº 1.316.749/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe de 19/12/2018). Segundo o entendimento do STJ, “o pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento *extra petita*” (AgRg no REsp nº 1.384.108/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKI-NA, Primeira Turma, DJe de 03/02/2015). Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp nº 322.510/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 25/06/2013; AgInt no REsp nº 1.327.487/GO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, DJe de 19/09/2018.

VI. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos AgInt no AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.046.201, em que são Agravante: Município do Rio de Janeiro e Agravados: Gisele da Motta Mesquita e Luciana de Magalhães, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros FRANCISCO FALCÃO, HERMAN BENJAMIN, OG FERNANDES e MAURO CAMPBELL MARQUES votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 05 de março de 2020 (data do julgamento).

**MIN. ASSUSETE MAGALHÃES
RELATORA**

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES:

Trata-se de Agravo interno, interposto pelo Município do Rio de Janeiro, em 08/10/2018, contra decisão de minha lavra, publicada em 28/08/2018, assim fundamentada, *in verbis*:

“Trata-se de Agravo interno, interposto por Gisele da Motta Mesquita e outro, em 07/03/2017, contra decisão de minha lavra, publicada em 20/02/2017, que com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, c, do RISTJ, conheceu do Agravo e deu provimento ao Recurso Especial, para anular o acórdão referente aos Embargos de Declaração, a fim de que o Tribunal de origem se pronunciasse, de maneira motivada e atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, sobre a questão suscitada como omissa (f. 742/750e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

‘Por conta desta decisão, o Município do Rio de Janeiro apresentou REsp e RE em 16

de janeiro de 2015. Todavia, ambos foram inadmitidos em 24 de março de 2015 pela Terceira Vice-Presidência do Tribunal Regional. Da decisão foram interpostos agravos para os respectivos STJ e STF.

Destes recursos, apenas o AREsp nº 712.116, relatado pelo i. Ministro HUMBERTO MARTINS foi desta forma decidido: ‘Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, inciso II, ‘c’, do CPC, conheço do agravo para dar provimento em parte ao recurso especial, a fim de que os autos retornem ao Tribunal *a quo* para julgamento completo dos embargos de declaração opostos’.

Neste diapasão, foi proferido novo acórdão pelo Exmo. Relator Des. ANTÔNIO ILOÍZIO BARROS BASTOS nos autos dos embargos de declaração esclarecendo quaisquer pontos obscuros, contraditórios ou omissos, conforme se vê a f. 412/417 e-STJ.

Novamente a Municipalidade, após a prolação do acórdão, interpôs REsp e RE em face da decisão, buscando a reforma do julgado pelos Tribunais Superiores. Mais uma vez, agora na data de 13 de janeiro de 2016, a c. Terceira Vice-Presidência assim asseverou: ‘À conta de tais fundamentos, DEIXO DE ADMITIR o recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do STJ e impositiva a aplicação do disposto no artigo 543-B, § 2º, do Código de Processo Civil, pelo que CONSIDERO AUTOMATICAMENTE NÃO ADMITIDO o recurso extraordinário’ (grifos no original).

Desta segunda decisão proferida pela Terceira Vice-Presidência nestes autos foram interpostos dois agravos, um nos próprios autos do REsp e um agravo regimental em face do RE com fulcro nos art. 200, § 1º e

203 do RITJ-RJ c/c 188, CPC. Com base no disposto pelos art. 1.042, *in fine* c/c 1.021, ambos do novo Código de Processo Civil, o agravo regimental foi recebido como agravo interno e assim julgado na data de 25 de julho de 2016, sendo negado provimento por maioria.

Os autos só vieram a ser remetidos de volta à Terceira Vice na data de 07 de outubro de 2016, ocorrendo a intimação para apresentação de contrarrazões no ARE somente no dia 11 de outubro de 2016.

Este último recurso fora apreciado pela i. Ministra Relatora que o conheceu e deu-lhe provimento. Inconformadas, as Autoras vêm através do presente agravo interno buscar a reforma do julgamento monocrático pelo Pleno da Segunda Turma.

O Agravado alega, resumidamente, violação aos art. 128, 460, 458, II e 535, I e II, todos do CPC/73, por suposto julgamento *extra petita*, violação ao princípio da congruência e omissão na análise factual, apesar da Municipalidade já ter tido dois embargos de declaração apreciados pelo Tribunal de Justiça estadual.

A Ministra Relatora, na decisão monocrática que conheceu e deu provimento ao AREsp, utilizou-se como argumento genérico a violação ao antigo art. 535, II, CPC/73 para dar provimento ao AREsp, entendendo não estar devidamente fundamentada a decisão do Tribunal de origem. Não merecem prosperar tais alegações.

Destarte, como já salientado, é preciso ressaltar que este é o segundo Recurso Especial interposto pela Municipalidade nestes autos, já tendo o primeiro, o AREsp nº 712.116, de relatoria do i. Ministro HUM-

BERTO MARTINS, determinado o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que fosse a decisão devidamente fundamentada. Também já salientado, tanto adiante nesta peça, como nas contrarrazões no AREsp, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em decisão proferida pelo Exmo. Desembargador ANTÔNIO ILOÍZIO BARROS BASTOS (f. 412/417), exaustivamente fundamentou sua decisão, não deixando qualquer margem para dúvidas e pré-questionamentos do Ente Público.

O que se pretende aqui, assim como se pretendia no anterior Recurso Especial, é unicamente retardar o trânsito em julgado do processo em epígrafe e a formação da coisa julgada material, buscando, pela via transversa, a reanálise do mérito da questão, valendo-se de uma '3ª Instância'.

(...)

2. DA INADMISSIBILIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Primeiramente, não merece prosperar a alegação de julgamento *extra petita* e violação ao princípio da congruência como alega o Agravado ao dizer que 'não houve pedido do autor de incorporação da aludida benesse (gratificação do SIMAS) aos proventos de aposentadoria' haja vista a presença expressa na exordial de pedido de incorporação aos proventos de aposentadoria, conforme se retira do pedido I da inicial: '[...] requerem seja o Réu condenado a pagar a gratificação devida pelo art. 5º c/c Anexo I, da Lei nº 3.343/2001 (denominado SIMAS), no equivalente à 320% do vencimento básico das Autoras, devidos a todos os funcionários em exercício na Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência, com os reflexos previdenciários devidos;' (grifou-se).

Neste diapasão, fica claro que o pedido feito na peça inicial, de leitura rápida e clara, não deixa qualquer dúvida quanto a incorporação de tais proventos a aposentadoria das Apelantes, assim como entendeu com maestria a E. Câmara, em trecho trazido à discussão pela própria parte Ré: ‘Por fim, se as Autoras pediram os reflexos previstos no art. 6º da Lei nº 3.343/01, evidentemente que está incluída a repercussão na aposentadoria [...]’.

(...)

Seguindo na argumentação, a Agravada ainda menciona que erraram os Juízos de primeiro e segundo grau ao entender que houve desvio de função das servidoras, o que resultaria na aplicação da Súmula nº 378, STJ. Ora, a inicial das Autoras deixa bem clara a situação destas perante a Municipalidade carioca a respeito de seu ingresso nos quadros do funcionalismo público municipal ao dizer:

‘As Autoras prestaram concurso público para o cargo de psicólogo mediante o Edital Conjunto SMS/FJV nº 14 de 08/12/2003, cujo objetivo era atender a demanda de profissionais na Secretaria Municipal de Saúde. Em janeiro de 2007 as Demandantes foram convocadas para a nomeação e investidura no cargo de psicólogo. Entretanto, se surpreenderam pelo fato de serem convocadas para atuar na FUNLAR, ligada à Secretaria Municipal de Assistência Social’.

O fato de prestar concurso público para determinado órgão da Administração Pública e, sem qualquer aviso-prévio, desrespeitando a legítima expectativa das partes, a Municipalidade simplesmente as lota em órgão diverso, privando-as de gratificação que incrementa vultuosamente seus

vencimentos demonstra a clara má-fé da Administração Pública e o desvio de função das servidoras.

(...)

Como já dito acima e, agora, reiterado, o Tribunal proferiu novo acórdão, rebatendo todos os argumentos suscitados pelo Município e, desta nova decisão, surge o presente Recurso Especial, que a Terceira-Vice nega seguimento ao STJ, mas que, com a devida vênia, foram erroneamente acolhidos’ (f. 754/763e).

Impugnação a f. 767/776e).

Tendo em vista a relevância dos argumentos esposados pela parte agravante, reconsidero a decisão de f. 742/750e.

Passo, então, a novo exame do Recurso Especial.

Trata-se de Agravo, interposto pelo Município do Rio de Janeiro, em 01/02/2016, contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que inadmitiu o Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado:

‘APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO AOS VALORES REFERENTES AO CARGO OCUPADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELO DA PARTE AUTORA OBJETIVANDO O DIREITO À PERCEPÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DEVIDA COM TODOS OS REFLEXOS DEVIDOS, E NÃO APENAS A DIFERENÇA ENTRE A GRATIFICAÇÃO E O ENCARGO JÁ RECEBIDO. APELO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO REQUERENDO A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ANÁLISE DE AMBOS OS RECURSOS CONJUNTAMENTE. INVESTIDURA DAS AUTORAS NO CARGO

DE PSICÓLOGO, VINCULADO A SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE, PASSANDO A EXERCER SUAS ATIVIDADES JUNTO À FUNLAR (FUNDAÇÃO MUNICIPAL LAR ESCOLA SÃO FRANCISCO DE PAULA), QUE POSTERIORMENTE VEIO A INTEGRAR A SECRETARIA MUNICIPAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – SMPD. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DE HIPÓTESE DE DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO ÀS DIFERENÇAS VENCIMENTAIS DEVIDAS EM DECORRÊNCIA DO DESEMPENHO DE CARGO DIVERSO DAQUELE PARA O QUAL FOI NOMEADO. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 378/STJ: ‘Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes’. DIREITO DE PERCEBER AS DIFERENÇAS ESTIPENDIAIS DECORRENTES DO DESVIO DE FUNÇÃO. SERVIDOR QUE DESEMPENHA FUNÇÃO DIVERSA DAQUELA INERENTE AO CARGO PARA O QUAL FOI INVESTIDO, NÃO TEM DIREITO A REENQUADRAMENTO, TENDO EM VISTA A OBRIGATORIEDADE DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PARA INVESTIDURA DE CARGO PÚBLICO – ART. 37, II, DA CRFB, MAS A PERCEBER EVENTUAIS DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE AUTORA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO’ (f. 214/215e).

Opostos Embargos de Declaração, foram eles rejeitados.

Em seguida foi interposto Recurso Especial, que foram providos por violação ao art. 535 do CPC/73, e determinado o seu retorno ao Tribunal de origem.

Em nova análise dos Embargos Declaratórios, o acórdão foi assim ementado:

‘EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. DIREITO RECONHECIDO À PERCEPÇÃO DA GRATIFICAÇÃO PREVISTA NA LEI MUNICIPAL Nº 3.343/2001.

1. Recurso Especial provido para determinar nova apreciação de embargos de declaração opostos em relação ao acórdão que deu parcial provimento ao recurso das autoras e negou provimento ao recurso do Município.

2. Pretensão, acolhida, de receber gratificação que é paga às demais psicólogas que trabalham no mesmo local e exercem as mesmas funções.

3. Aclaratórios providos para esclarecer os pontos considerados omissos e obscuros, nos seguintes termos: não houve violação dos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, não houve ofensa à Constituição Federal e não há comprovação das alegações do Município, no sentido de que as autoras recebem de fato a remuneração prevista na Lei Municipal nº 3.343/01.

4. Igualmente providos para esclarecer o objeto da condenação e rechaçar as teses do Município,

5. Recurso, assim, provido para esclarecer o alcance do julgado’ (f. 412/417e).

Sustenta a parte agravante, nas razões do Recurso Especial, negativa de vigência aos arts. 128, 460, 458, II e 535, I e II, do CPC/73, alegando o seguinte:

‘IV. A. OFENSA DIRETA AOS ARTIGOS 128 E 460 DO CPC JULGAMENTO *EXTRA PETITA*

Conforme esclarecido pelo acórdão de f. 412/416, ‘a condenação consiste no se-

guinte: pagamento da diferença entre a gratificação de ‘encargo social’ e a gratificação instituída pela Lei nº 3.343/01, enquanto perdurar o desvio, com os reflexos remuneratórios cabíveis no 13º salário, gratificação de férias, licenças e os previstos no art. 6º da mesma lei, mais juros e correção fixados na sentença e honorários previstos no acórdão de f. 241/243, respeitada, evidentemente, a prescrição quinquenal’. Todavia, não houve pedido de reflexos previstos no artigo 6º da Lei nº 3.343/2001 tampouco de incorporação da gratificação para fins de aposentadoria!

Sobre este aspecto, decidi a E. Câmara no acórdão de f. 412/416, *verbis*:

Todavia, equivocava-se, data *maxima venia*, a Egrégia Câmara julgadora, pois não houve na inicial qualquer pedido de ‘reflexos previstos no art. 6º da Lei nº 3.343/01’, bastando uma mera leitura do rol petitório (f. 6/7) para se verificar que só foram postulados ‘reflexos sobre as férias, 13º salários e licenças, recebidos nos últimos cinco anos anteriores a propositura da ação’.

Assim, não houve pedido do autor de incorporação da aludida benesse (gratificação do SIMAS) aos proventos de aposentadoria, de modo que ainda que seja mantido o deferimento às autoras, nestes autos, da gratificação pretendida – o que se aduz apenas *ad argumentandum*, tendo em vista a interposição de recurso extraordinário com vistas a elidir tal condenação – a incorporação dela aos proventos de aposentadoria não seria decorrência lógica e automática do deferimento da gratificação em si, tendo em vista os limites objetivos da coisa julgada.

Houve, pois, claro julgamento *extra petita* no particular.

MAS NÃO É SÓ!

Como se vê de mera passada de olhos na petição inicial, toda a causa de pedir circunscreve-se ao tratamento legal supostamente diferenciado entre as autoras, psicólogas lotadas na Secretaria Municipal de Saúde, e os psicólogos lotados na Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência, já que apenas o segundo grupo recebe a gratificação devida pela Lei nº 3.343/2001, o que violaria o princípio da isonomia. Veja-se o seguinte trecho da exordial, *verbis*:

(...)

Aliás, a própria inicial reconhece que o exercício em outro órgão da administração é lícito, o que é totalmente contrário a uma suposta tese de desvio de função, como exemplifica o seguinte trecho:

(...)

Por isso mesmo, o pedido contido na inicial foi de pagamento da gratificação prevista no artigo 5º da Lei nº 3.343/2001, no equivalente a 320% do vencimento básico, bem como diferenças vincendas e vencidas desde a data da investidura no cargo, observado o prazo prescricional, com reflexos sobre férias, 13º salários e licenças.

Todavia, o magistrado de primeiro grau julgou a causa como se se tratasse de ação na qual se postula o reconhecimento de desvio de função com o pagamento das diferenças remuneratórias decorrentes. Vejamos os muitos trechos da fundamentação do *decisum* que demonstram essa apreciação equivocada da demanda, *verbis*:

(...)

TAMBÉM O ACÓRDÃO ORA RECORRIDO MAN-

TEVE ESSE JULGAMENTO DIVORCIADO DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO, ENTENDENDO TER HAVIDO *IN CASU* DESVIO DE FUNÇÃO. Vejamos alguns trechos do v. acórdão, *verbis*:

(...)

Note-se que desvio de função consiste no exercício das funções de outro CARGO que não aquele formalmente ocupado pelo servidor, o que nem de longe é a matéria tratada nestes autos, tampouco foi objeto de alegação na exordial.

Como se vê, a causa de pedir deduzida na peça inicial diverge totalmente da fundamentação da r. sentença, bem como do v. acórdão ora recorrido, que nessa parte manteve a sentença, configurando julgamento *'extra petita'*, na medida em que na petição inicial NÃO há uma linha sequer acerca de um suposto desvio de função. Em outras palavras, o acórdão, ao manter a condenação do Réu ao pagamento de diferenças remuneratórias por desvio de função, apartou-se do objeto da demanda, concedendo prestação diversa da pleiteada, e distanciando-se do exposto e requerido na inicial.

Logo, com a devida vênia, incorreu a Egrégia Câmara em *grave error in procedendo*, ao reconhecer pretensão diversa daquela delineada no pedido, maculando o princípio da congruência, correlação ou adstrição consagrado nos artigos 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil, acarretando a violação direta e literal de tais dispositivos legais e a nulidade do acórdão, bem como da sentença.

(...)

IV.B. MALFERIMENTO AOS ARTIGOS 458, II E 535, I E II DO CPC NULIDADE DO ACÓRDÃO

Estabelece o artigo 458, II do CPC que são requisitos essenciais da sentença os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

Ademais, os embargos de declaração, de acordo com o artigo 535, I e II do CPC, são o recurso legalmente previsto para suprir obscuridade, contradição ou omissão na decisão judicial, hipótese está claramente configurada nos autos.

Todavia, embora tenha havido apreciação e provimento dos embargos de declaração pela E. Câmara, em novo julgamento determinado pelo E. STJ, permaneceu a OMISSÃO no julgado em apreciar as seguintes alegações contidas na apelação e nas contrarrazões municipais:

(...)

Repita-se: mesmo diante do novo julgamento dos embargos de declaração, que o C. STJ determinou que fosse “completo”, não foram sanados os vícios apontados.

Ora, as omissões e as obscuridades existentes no *decisum* são extremamente prejudiciais à defesa do Réu – notadamente no momento da interposição dos recursos constitucionais, em que há exigência firme de prequestionamento – e, como não foram devidamente supridas, causam a nulidade ora invocada, tendo restado caracterizada, nesta demanda, a vedação do exercício do direito de ampla defesa, garantido constitucionalmente, bem como cerceados os direitos ao devido processo legal e à decisão fundamentada.

(...)' (f. 424/434e).

Ao final, requer o provimento do Recurso Especial.

Apresentadas as contrarrazões (f. 454/459e), negado seguimento ao Recurso Especial (f. 473/477e), foi interposto o presente Agravo (f. 700/7130e).

Foi apresentada a contraminuta (f. 717/724e).

O Recurso não merece acolhida.

Em relação aos arts. 458, II e 535, I e II, do CPC, deve-se ressaltar que o acórdão recorrido, julgado sob a égide do CPC/73, não incorreu em omissão, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, como é de ver do seguinte excerto:

‘II – OBSCURIDADE (item 2.2 de f. 228).

Entende a Câmara que não ocorre a obscuridade quanto ao objeto da condenação. De qualquer forma, para evitar futuras dúvidas, esclarece que a condenação consiste no seguinte: pagamento da diferença entre a gratificação de ‘encargo social’ e a gratificação instituída pela Lei nº 3.343/01, enquanto perdurar o desvio, com os reflexos remuneratórios cabíveis no 13º salário, gratificação de férias, licenças e os previstos no art. 6º da mesma lei, mais juros e correção fixados na sentença e honorários previstos no acórdão de f. 241/243, respeitada, evidentemente, a prescrição quinquenal.

III – OBSCURIDADE (item 2.3 de f. 229):

O que o art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal veda é a equiparação pura e simples com remuneração de outro cargo público. Não impede tal dispositivo que exercendo o mesmo cargo e funções de psicólogo, em outra Secretaria, deixe a servidora de receber a gratificação que é paga

aos seus colegas lotados nessa mesma repartição.

Entender de modo contrário importaria em enriquecimento sem causa do Município e significaria odiosa violação do princípio, também constitucional, da isonomia.

IV – OBSCURIDADE (item 2.4 de f. 229):

Não se vislumbra qualquer obscuridade quanto à análise das alegações municipais.

Na verdade, embora o Município tenha negado a ocorrência de prejuízo financeiro, não comprovou que os Decretos nºs 27.538/07 e 31.189/09 suprem, em valor remuneratório, a gratificação instituída pela Lei nº 3.343/2001.

Em liquidação de sentença, se verdadeiro o alegado pelo Município, nada haverá diferença a pagar

V – OMISSÕES (item 2.5 de f. 230):

Não ocorreram as supostas omissões, pois o acórdão foi claro em conceder a gratificação embora formalmente tenham as autoras lotação em outra Secretaria.

Lei específica há, sim, a regular a gratificação. Apenas o acórdão determinou que se aplicasse ao caso concreto.

Mais uma vez a Câmara entende que não houve violação, mas sim obediência ao princípio da isonomia, pois as autoras têm o mesmo cargo, as mesmas funções e mesmos locais de trabalho de suas colegas que ganham a gratificação maior.

E não se determinou o aumento de vencimentos, mas apenas o pagamento de uma gratificação já prevista em lei, sem importar em ofensa à autonomia municipal.

Por fim, se os Autores pediram os reflexos previstos no art. 6º da Lei nº 3.343/01, evidentemente que está incluída a repercussão na aposentadoria, pois tal dispositivo tem a seguinte redação:

‘Art. 6º ‘Gratificação do Sistema Municipal de Assistência Social será incorporável aos proventos de aposentadoria pelos funcionários que a perceberem pelo período contínuo de cinco anos, imediatamente anteriores à passagem à inatividade, ou por dez anos interpolados’’. (415/417e).

Assim, considerando-se que no caso concreto todas as questões suscitadas pelo agravante foram apreciadas pela Corte de origem de forma clara, precisa e fundamentada, não procede a tese de violação ao art. 535, II, do CPC/73.

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp nº 408.492/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 24/10/2013; STJ, AgRg no AREsp nº 406.332/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 14/11/2013; STJ, AgRg no REsp nº 1.360.762/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 25/09/2013.

Ademais, não cabem Declaratórios com objetivo de provocar prequestionamento, se ausentes omissão, contradição ou obscuridade no julgado (STJ, AgRg no REsp nº 1.235.316/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Turma, DJe de 12/05/2011), bem como não se presta a via declaratória para obrigar o Tribunal a reavaliar provas, sob o ponto de vista da parte

recorrente (STJ, AgRg no Ag nº 117.463/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Terceira Turma, DJU de 27/10/1997).

No tocante à alegada violação aos arts. 128 e 460 do CPC/73, assim se manifestou o acórdão recorrido:

‘O pedido é claro na inicial, no sentido de ser o Município condenado a pagar diferenças entre as gratificações.

E isso foi acolhido pela sentença, bastando ver que a f. 132, primeiro parágrafo, é esclarecido o alcance da parte dispositiva da sentença: ‘Assim, fazem as demandantes jus às diferenças entre a gratificação denominada ‘encargo social’ e aquela instituída pela Lei nº 3.343/01, enquanto perdurar o desvio’. Os reflexos da gratificação maior, concedidos no acórdão embargado, também foram pedidos na inicial a f. 07.

Não houve, assim, tanto em primeiro grau como no segundo, julgamento *extra petita*. Obedecidos foram os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil’ (f. 415e).

Com efeito, não há que se falar em ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC, porquanto o Tribunal de origem examinou todas as questões suscitadas pelo recorrente, chegando, contudo, a conclusão diversa da tese por ele defendida, o que não caracteriza julgamento *extra petita*. Com efeito, foram analisadas todas as questões necessárias à solução da lide, em face dos pedidos da inicial, da Apelação e dos Embargos de Declaração.

A propósito:

‘PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. JULGAMENTO *CITRA PETITA*. INOCORRÊNCIA.

A manifestação do magistrado, ainda que de forma sucinta, dando solução diversa daquela pretendida pela parte autora, não configura julgamento *citra petita*.

Agravo regimental improvido' (STJ, AgRg no AREsp nº 424.352/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 18/03/2014)

'PROCESSUAL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ISSQN. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA.

(...)

4. Inexiste julgamento *citra ou extra petita* quando o julgador se atém ao pedido contido na inicial, aplicando o direito à espécie de acordo com o seu livre convencimento. Precedentes.

5. Recurso especial não provido' (STJ, REsp nº 1.095.314/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe de 21/06/2013).

'TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RETROAÇÃO DO ART. 219, § 1º, DO CPC. APLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO. INÉRCIA DO PODER JUDICIÁRIO (SÚMULA Nº 106/STJ). REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. ENTENDIMENTOS FIRMADOS EM RECURSOS REPETITIVOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE.

1. A prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. O referido acórdão abordou todos os temas relevantes à solução da lide, de modo que não há omissão, falta de prestação jurisdic

cional ou julgamento *citra petita*, mas mero inconformismo da recorrente.

(...)

Agravo regimental improvido' (STJ, AgRg no AREsp nº 499.464/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 27/06/2014).

Ante o exposto, reconsidero a decisão de f. 742/750e. No entanto, com fundamento no art. 253, II, b, do RISTJ, conheço do Agravo para negar provimento ao Recurso Especial.

Deixo de majorar os honorários recursais, tendo em vista que o Recurso Especial foi interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73, tal como dispõe o Enunciado administrativo 7/STJ ('Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC')" (f. 778/787e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"III - DAS RAZÕES PARA O PROVIMENTO DESTE AGRAVO IMPUGNAÇÃO ESPECIFICADA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA

Nas linhas a seguir, passa o agravante a atacar especificadamente os fundamentos da decisão agravada, consoante preconizado pelo artigo 1.021, § 1º do CPC. Senão, vejamos.

III. A. MALFERIMENTO AOS ARTIGOS 458, II E 535, I E II DO CPC NULIDADE DO ACÓRDÃO

Sobre a alegação de violação aos artigos 458, II e 535, I e II do CPC, consignou a r. decisão agravada que o 'acórdão recor-

rido, julgado sob a égide do CPC/73, não incorreu em omissão, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia’.

Todavia, data *maxima venia*, embora tenha de fato havido apreciação e provimento dos embargos de declaração pela E. Câmara, em novo julgamento determinado pelo E. STJ, permaneceu a OMISSÃO no julgado em apreciar as seguintes alegações contidas na apelação e nas contrarrazões municipais:

- as autoras não preenchem os requisitos necessários para a percepção da gratificação prevista na Lei nº 3.343/2001, eis que jamais tiveram lotação na Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social, tal como exigido pelo artigo 1º, *caput* c/c parágrafo único e artigo 5º, § 2º daquela lei;
- o pedido importa violação ao art. 37, *caput* (Princípio da Legalidade), artigo 37, X e ao art. 61, § 1º, inciso II, alínea ‘a’ da Constituição, já que a fixação e a alteração de remuneração só se dão mediante lei específica, observada a iniciativa privativa do Prefeito Municipal, e portanto às autoras não são aplicáveis a gratificação prevista em lei específica (artigo 1º, *caput* c/c parágrafo único e artigo 5º, § 2º da Lei nº 3.343/2001) para servidores lotados em outro órgão;
- É incabível na hipótese a aplicação do princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput* da CRFB/88, pois o que se pretende é tratar igualmente sujeitos de direito (quais sejam, servidores com lotação distinta), que se encontram em situações que evidentemente não podem ser consideradas análogas.

- Mesmo que se vislumbrasse na aplicação da legislação municipal uma possível ofensa ao princípio isonômico, em não havendo norma infraconstitucional que assegure o direito à isonomia, não cabe à Justiça reconhecê-lo e, extrapolando a sua competência, exercer função legislativa, sob pena de ofensa ao artigo 2º da Constituição da República, como entende o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 339 (ratificada pela Súmula Vinculante nº 37/STF), *verbis*:

‘Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia’.

Repita-se: mesmo diante do novo julgamento dos embargos de declaração, que o C. STJ determinou que fosse ‘completo’, não foram sanados os vícios apontados.

Ora, estabelecia o artigo 458, II do CPC/73 que são requisitos essenciais da sentença os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. Ademais, os embargos de declaração, de acordo com o artigo 535, I e II do CPC/73, eram o recurso legalmente previsto para suprir obscuridade, contradição ou omissão na decisão judicial, hipótese esta claramente configurada nos autos.

Note-se a ausência de tentativa do agravante de rever provas pela via dos embargos de declaração, eis que as matérias neles suscitadas e não solucionadas pelo Tribunal de origem eram exclusivamente de direito. E quanto ao prequestionamento, tratar-se-ia não do objetivo principal dos embargos, mas de consequência natural da própria supressão das omissões suscitadas.

Ressalta-se, ainda, que embora o recurso tenha sido interposto sob a égide do CPC/1973, a jurisprudência deste Colendo Tribunal Superior sempre considerou configurada omissão do *decisum* quando não havia manifestação acerca de argumentos-chave deduzidos no processo pelas partes capazes de alterar a conclusão do julgador. Tal entendimento, inclusive, foi posteriormente positivado no artigo 1.022, parágrafo único, II c/c 489, § 1º, IV do CPC/2015. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência firmada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, *in litteris*:

(...)

E no caso, as omissões e as obscuridades existentes no *decisum* são extremamente prejudiciais à defesa do Réu – notadamente no momento da interposição dos recursos constitucionais, em que há exigência firme de prequestionamento – e, como não foram devidamente supridas, causam a nulidade ora invocada, tendo restado caracterizada, nesta demanda, a vedação do exercício do direito de ampla defesa, garantido constitucionalmente, bem como cerceados os direitos ao devido processo legal e à decisão fundamentada.

O Ministro COSTA LEITE, no julgamento do Recurso Especial nº 27.416- 7/RJ, DJ 19/12/1994, assim se manifestou:

(...)

Desta sorte, nítido e cristalino que o acórdão guerreado negou vigência à sobredita norma dos artigos 458, II e 535, I e II do CPC, impondo-se, assim, o provimento do presente recurso, determinando-se a anulação do acórdão de piso, para que outro se profira, em que sejam abordadas as

questões cruciais apontadas nos embargos de declaração.

III.B. OFENSA DIRETA AOS ARTIGOS 128 E 460 DO CPC JULGAMENTO *EXTRA PETITA*

Outrossim, a r. decisão agravada rejeitou a alegação de ofensa aos artigos 128 e 460 do CPC/73, entendendo que ‘foram analisadas todas as questões necessárias à solução da lide, em face dos pedidos da inicial, da Apelação e dos Embargos de Declaração’.

Ora, neste aspecto, o que o Município-recorrente aduziu não se confunde com a ausência de manifestação, pelo órgão julgador, sobre as questões necessárias à solução da lide, pois este aspecto foi tratado em sede da outra preliminar (a de violação aos artigos 458, II e 535, I e II do CPC/73).

Neste ponto, o que a urbe sustentou foi, inicialmente, que não fora formulado na inicial pedido de reflexos previstos no artigo 6º da Lei nº 3.343/2001 tampouco de incorporação da gratificação para fins de aposentadoria, pedidos que foram deferidos pelo acórdão recorrido.

Com efeito, não houve na inicial qualquer pedido de ‘reflexos previstos no art. 6º da Lei nº 3.343/01’, bastando uma mera leitura do rol petitorio (f. 6/7) para se verificar que só foram postulados ‘reflexos sobre as férias, 13º salários e licenças, recebidos nos últimos cinco anos anteriores a propositura da ação’.

Assim, não houve pedido do autor de incorporação da aludida benesse (gratificação do SIMAS) aos proventos de aposentadoria, de modo que ainda que seja mantido o deferimento às autoras, nestes autos, da

gratificação pretendida – o que se aduz apenas *ad argumentandum*, tendo em vista a interposição de recurso extraordinário com vistas a elidir tal condenação – a incorporação dela aos proventos de aposentadoria não seria decorrência lógica e automática do deferimento da gratificação em si, tendo em vista os limites objetivos da coisa julgada.

Houve, pois, claro julgamento *extra petita* no particular.

Ademais, também não houve pedido de diferenças salariais por desvio de função, como foi deferido pelo acórdão recorrido!

De fato, como se vê de mera passada de olhos na petição inicial, toda a causa de pedir circunscreve-se ao tratamento legal supostamente diferenciado entre as autoras, psicólogas lotadas na Secretaria Municipal de Saúde, e os psicólogos lotados na Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência, já que apenas o segundo grupo recebe a gratificação devida pela Lei nº 3.343/2001, o que violaria o princípio da isonomia. Veja-se o seguinte trecho da exordial, *verbis*:

(...)

Aliás, a própria inicial reconhece que o exercício em outro órgão da administração é lícito, o que é totalmente contrário a uma suposta tese de desvio de função, como exemplifica o seguinte trecho:

(...)

Por isso mesmo, o pedido contido na inicial foi de pagamento da gratificação prevista no artigo 5º da Lei nº 3.343/2001, no equivalente a 320% do vencimento básico, bem como diferenças vincendas e vencidas desde a data da investidura no cargo, ob-

servado o prazo prescricional, com reflexos sobre férias, 13º salários e licenças.

Todavia, o magistrado de primeiro grau julgou a causa como se se tratasse de ação na qual se postula o reconhecimento de desvio de função com o pagamento das diferenças remuneratórias decorrentes.

TAMBÉM O ACÓRDÃO ORA RECORRIDO MANTEVE ESSE JULGAMENTO DIVORCIADO DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO, ENTENDENDO TER HAVIDO *IN CASU* DESVIO DE FUNÇÃO. Vejamos alguns trechos do v. acórdão, *verbis*:

(...)

Note-se que desvio de função consiste no exercício das funções de outro CARGO que não aquele formalmente ocupado pelo servidor, o que nem de longe é a matéria tratada nestes autos, tampouco foi objeto de alegação na exordial.

Como se vê, a causa de pedir deduzida na peça inicial diverge totalmente da fundamentação da r. sentença, bem como do v. acórdão ora recorrido, que nessa parte manteve a sentença, configurando julgamento ‘*extra petita*’, na medida em que na petição inicial NÃO há uma linha sequer acerca de um suposto desvio de função. Em outras palavras, o acórdão, ao manter a condenação do Réu ao pagamento de diferenças remuneratórias por desvio de função, apartou-se do objeto da demanda, concedendo prestação diversa da pleiteada, e distanciando-se do exposto e requerido na inicial.

Logo, com a devida *vênia*, incorreu a Egrégia Câmara em grave *error in procedendo*, ao reconhecer pretensão diversa daquela delineada no pedido, maculando o princípio da congruência, correlação ou adstrição

consagrado nos artigos 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil, acarretando a violação direta e literal de tais dispositivos legais e a nulidade do acórdão, bem como da sentença.

Nessa linha, firme o entendimento doutrinário, vez que a decisão distinta da pretensão autoral fere a adstrição que se espera da função jurisdicional, *in verbis*:

(...)

Note-se que a nulidade de sentença *extra petita* pode ser decretada independentemente de pedido da parte, pois, em se tratando de questão de ordem pública, deve ser conhecida em razão do amplo caráter devolutivo do recurso de apelação.

Por todo o exposto, é inconteste que deve ser reformada a decisão agravada, provendo-se o presente agravo interno para se prover o recurso especial, anulando-se o processo desde a sentença, com determinação de retorno dos autos à origem para prolação de novo *decisum*, com o enfrentamento da causa de pedir e do pedido efetivamente formulados na petição inicial.

Caso assim não se entenda, requer que seja ao menos extirpada da condenação a incorporação da gratificação para fins de aposentadoria, pois não foi objeto de pedido na inicial” (f. 797/805e).

Por fim, requer a reconsideração da decisão agravada ou “seja o presente agravo interno colocado em mesa, pugnano-se por seu provimento para que o recurso especial interposto pela urbe seja conhecido e provido, a fim de que seja anulado o processo desde a sentença, com determinação de retorno dos autos à origem para prolação de novo *decisum*, com o enfrentamento da causa de pedir e do pedido efetivamente for-

mulados na petição inicial ou para que seja ao menos extirpada da condenação a incorporação da gratificação para fins de aposentadoria, pois não foi objeto de pedido na inicial. Caso assim não se entenda, que seja anulado o acórdão recorrido, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça local para que sane as omissões apontadas nos embargos de declaração que restaram sem solução” (f. 805e).

Impugnação da parte agravada, a f. 812/820e, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (RELATORA):

Não obstante os argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Na origem, trata-se de Ação de Cobrança c/c Obrigação de fazer, proposta por Gisele de Motta Mesquita e Outro em desfavor do Município do Rio de Janeiro, objetivando o seguinte:

“1) Caso não seja deferida a tutela antecipada, requerem seja o Réu condenado a pagar a gratificação devida pelo art. 5º c/c Anexo I, da Lei nº 3.343/2001 (denominado SIMAS), no equivalente à 320% do vencimento básico das Autoras, devidos a todos os funcionários em exercício na Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência, com os reflexos previdenciários devidos;

2) Deferido o direito das Autoras à percepção da gratificação acima, requer seja o Réu condenado a pagar as diferenças da gratificação SIMAS/RISCO de 320% sobre os vencimentos pretéritos das Requerentes, devida pela Lei nº 3.343/2001, artigo 5º c/c Anexo I, desde a investidura em 26/01/2007 até a efetiva implementação da gratificação, observado o prazo prescricional, com os re-

flexos sobre as férias, 13º salários e licenças, recebidos nos últimos cinco anos anteriores a propositura da ação, com juros e correção legal a contar de cada vencimento” (f. 6/7e).

O Juízo de 1º Grau julgou procedentes, em parte, os pedidos, “para condenar o réu ao pagamento das diferenças remuneratórias entre o que recebem as demandantes e o paradigma da Secretaria Municipal da Pessoa com deficiência, com idênticas atribuições, enquanto perdurar o desvio, mais juros simples na forma do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, a partir da citação, a serem apurados em liquidação de sentença. Custas rateadas e honorários compensados, na forma do art. 21 do C.P.C face à sucumbência recíproca, observado quanto às autoras o artigo 12 da Lei nº 1.060/50” (f. 140e).

Opostos Embargos de Declaração, foram eles parcialmente acolhidos, para “declarar que a condenação ao pagamento das verbas fica limitada ao quinquênio anterior à propositura da ação, mantidos, no mais, os demais termos da sentença” (f. 152e).

Ambas as partes apelaram, tendo o Tribunal de origem dado provimento ao recurso da parte autora e negado provimento ao do Município, nos seguintes termos:

“In casu, restou comprovado nos autos que as autoras foram convocadas para investidura no cargo de psicólogo, vinculado a Secretaria Municipal de Saúde, mas passaram exercer suas atividades junto à FUNLAR (Fundação Municipal Lar Escola São Francisco de Paula), que posteriormente veio a integrar a Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência – SMPD.

Assim, verifica-se que as requerentes exercem as mesmas atividades dos servidores da Secretaria Municipal da Pessoa com

Deficiência, mas não recebem a gratificação devida pela Lei nº 3.343/2001 eis que a lotação está vinculada à Secretaria Municipal de Saúde.

Daí o acerto do julgador de piso ao condenar o Município ao pagamento das diferenças de vencimentos, exibindo-se firme e acalmado o entendimento no seio deste E. Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, uníssono e unívoco no sentido de que:

‘Comprovado o desvio de função, afigura-se devido, o pagamento das diferenças, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da administração’.

Súmula nº 378: ‘Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes’.

Ao obrigar as servidoras a assumir, de fato, cargo distinto daquele para o qual concorreram, locupletou-se a Administração municipal às custas das autoras, na medida em que as remunera em valor inferior e obtém serviço equivalente ao prestado pelo servidor que exerce a mesma função.

O réu em nenhum momento impugnou a afirmação de que o ‘encargo social’ instituído pelos Decretos nº 27.538/07 31.189/09 [sic] não equiparou os vencimentos das demandantes com os servidores da Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência.

Forçoso é reconhecer, portanto, a ilegalidade do comportamento do Poder Público, do qual exsurge às autoras o direito à percepção das diferenças salariais decorrentes do desvio de função.

Não se olvide que, restando demonstrado o desvio de função das Apeladas, o Município

não pode se escusar do dever de indenizar àquele que prestou serviços em cargo diverso do que lhe permitiu o ingresso no serviço público, sob pena de locupletamento sem causa do ente político.

Além do mais, deve ser destacado que não se trata de aumento de vencimentos e nem de reenquadramento de servidor público, mas sim de vedação do enriquecimento indevido da Administração Pública, ante a afronta ao princípio da moralidade administrativa, tendo em vista que aquela se utilizou de serviços e funções mais qualificadas do funcionário, sem remunerá-lo pelo cargo efetivamente exercido.

Veja-se o julgado que reflete o posicionamento predominante no STJ:

(...)

Quanto à pretensão recursal das autoras em relação à incorporação da gratificação, merece acolhida.

Em que pese o reconhecimento do direito das autoras ao recebimento da diferença das gratificações devidas aos agentes da Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência, há que se falar em equiparação salarial, não sendo vedada pelo texto constitucional, havendo direito de perceber as diferenças es-tipendiais decorrentes do desvio de função.

A jurisprudência pátria já firmou entendimento de que o servidor que desempenha função diversa daquela inerente ao cargo para o qual foi investido, embora não tem direito a reenquadramento, tendo em vista a obrigatoriedade de aprovação em concurso para investidura de cargo público – art. 37, II, da CRFB, mas somente tem o direito a perceber eventuais diferenças remuneratórias.

Ressalte-se, que se garante o direito à gratificação, já que elas preenchem os requisitos necessários, tendo direito à diferença de remuneração havida.

Diante do exposto, DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO AUTORAL E NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, mantendo-se, quanto ao mais, a sentença em seus termos, na forma regimental” (f. 218/223e).

Opostos Embargos Declaratórios, pela parte autora (f. 225/226e) e pelo ora agravante (f. 227/233e) –, à alegação de omissão, quanto à nulidade da sentença, por julgamento *extra petita*, por não se tratar de ação que objetive o reconhecimento de desvio de função, e obscuridade, quanto ao objeto da condenação e ao disposto no art. 37, XIII, da Constituição Federal e demais alegações municipais, como ausência de prejuízo financeiro das demandantes –, restaram os primeiros acolhidos, “para estabelecer os honorários advocatícios no patamar de 10% sobre o valor da condenação, sem alteração do julgado”, e os segundos, rejeitados (f. 236/244e).

Interposto Recurso Especial, pelo ora agravante (f. 262/273e), por ofensa, entre outros argumentos, ao art. 535 do CPC/73, restou ele provido, por decisão monocrática do Ministro HUMBERTO MARTINS, apenas para “que os autos retornem ao Tribunal *a quo* para o julgamento completo dos embargos de declaração opostos” (f. 391/395e).

O Tribunal de origem, dessa forma, reapre-ciando os Aclaratórios, assim se manifestou, *in verbis*:

“Como visto, foi determinado novo julgamento dos embargos de declaração de f. 226/232.

A Câmara passa, assim, a analisar os temas constantes dos aclaratórios.

Esclareça-se que a situação controvertida é a seguinte: as autoras são lotadas na Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil, mas realmente exercem suas funções na Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência. Nesta última, os servidores de igual cargo têm uma gratificação maior.

E a sentença mandou pagar a diferença de valores entre as gratificações.

I – NULIDADE DA SENTENÇA (item 2.1 de f. 226):

O pedido é claro na inicial, no sentido de ser o Município condenado a pagar diferenças entre as gratificações.

E isso foi acolhido pela sentença, bastando ver que a f. 132, primeiro parágrafo, é esclarecido o alcance da parte dispositiva da sentença: ‘Assim, fazem as demandantes jus às diferenças entre a gratificação denominada ‘encargo social’ e aquela instituída pela Lei nº 3.343/01, enquanto perdurar o desvio’. Os reflexos da gratificação maior, concedidos no acórdão embargado, também foram pedidos na inicial a f. 07.

Não houve, assim, tanto em primeiro grau como no segundo, julgamento *extra petita*. Obedecidos foram os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil.

II – OBSCURIDADE (item 2.2 de f. 228).

Entende a Câmara que não ocorre a obscuridade quanto ao objeto da condenação. De qualquer forma, para evitar futuras dúvidas, esclarece que a condenação consiste no seguinte: pagamento da diferença entre a gratificação de ‘encargo social’ e a gratificação instituída pela Lei nº 3.343/01, enquanto perdurar o desvio, com os reflexos remuneratórios cabíveis no 13º salário, gra-

tificação de férias, licenças e os previstos no art. 6º da mesma lei, mais juros e correção fixados na sentença e honorários previstos no acórdão de f. 241/243, respeitada, evidentemente, a prescrição quinquenal.

III – OBSCURIDADE (item 2.3 de f. 229):

O que o art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal veda é a equiparação pura e simples com remuneração de outro cargo público. Não impede tal dispositivo que exercendo o mesmo cargo e funções de psicólogo, em outra Secretaria, deixe a servidora de receber a gratificação que é paga aos seus colegas lotados nessa mesma repartição.

Entender de modo contrário importaria em enriquecimento sem causa do Município e significaria odiosa violação do princípio, também constitucional, da isonomia.

IV – OBSCURIDADE (item 2.4 de f. 229):

Não se vislumbra qualquer obscuridade quanto à análise das alegações municipais.

Na verdade, embora o Município tenha negado a ocorrência de prejuízo financeiro, não comprovou que os Decretos nºs 27.538/07 e 31.189/09 suprem, em valor remuneratório, a gratificação instituída pela Lei nº 3.343/2001.

Em liquidação de sentença, se verdadeiro o alegado pelo Município, nada haverá diferença a pagar.

V – OMISSÕES (item 2.5 de f. 230):

Não ocorreram as supostas omissões, pois o acórdão foi claro em conceder a gratificação embora formalmente tenham as autoras lotação em outra Secretaria.

Lei específica há, sim, a regular a gratificação. Apenas o acórdão determinou que se aplicasse ao caso concreto.

Mais uma vez a Câmara entende que não houve violação, mas sim obediência ao princípio da isonomia, pois as autoras têm o mesmo cargo, as mesmas funções e mesmos locais de trabalho de suas colegas que ganham a gratificação maior.

E não se determinou o aumento de vencimentos, mas apenas o pagamento de uma gratificação já prevista em lei, sem importar em ofensa à autonomia municipal.

Por fim, se as Autores pediram os reflexos previstos no art. 6º da Lei nº 3.343/01, evidentemente que está incluída a repercussão na aposentadoria, pois tal dispositivo tem a seguinte redação:

‘Art. 6º A Gratificação do Sistema Municipal de Assistência Social será incorporável aos proventos de aposentadoria pelos funcionários que a perceberem pelo período contínuo de cinco anos, imediatamente anteriores à passagem à inatividade, ou por dez anos interpolados’.

A Câmara, pelo exposto, conhece e dá provimento aos embargos de declaração para esclarecer, como consta da fundamentação do presente acórdão, os pontos tidos como omissos e obscuros, especialmente o referente ao objeto da condenação” (f. 414/417e).

Nas razões do Recurso Especial de f. 424/434e, interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, o Município do Rio de Janeiro sustenta ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC/73, à alegação de julgamento *extra petita*, bem como aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC/73, por en-

tender que o Tribunal de origem permanece omissivo, quanto às seguintes questões:

“- as autoras não preenchem os requisitos necessários para a percepção da gratificação prevista na Lei nº 3.343/2001, eis que jamais tiveram lotação na Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social, tal como exigido pelo artigo 1º, *caput* c/c parágrafo único e artigo 5º, § 2º daquela lei;

- o pedido importa violação ao art. 37, *caput* (Princípio da Legalidade), artigo 37, X e ao art. 61, § 1º, inciso II, alínea ‘a’ da Constituição, já que a fixação e a alteração de remuneração só se dão mediante lei específica, observada a iniciativa privativa do Prefeito Municipal, e portanto às autoras não são aplicáveis a gratificação prevista em lei específica (artigo 1º, *caput* c/c parágrafo único e artigo 5º, § 2º da Lei nº 3.343/2001) para servidores lotados em outro órgão;

- É incabível na hipótese a aplicação do princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput* da CRFB/88, pois o que se pretende é tratar igualmente sujeitos de direito (quais sejam, servidores com lotação distinta), que se encontram em situações que evidentemente não podem ser consideradas análogas.

- Mesmo que se vislumbrasse na aplicação da legislação municipal uma possível ofensa ao princípio isonômico, em não havendo norma infraconstitucional que assegure o direito à isonomia, não cabe à Justiça reconhecê-lo e, extrapolando a sua competência, exercer função legislativa, sob pena de ofensa ao artigo 2º da Constituição da República, como entende o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 339 (ratificada pela Súmula Vinculante nº 37/

STF), *verbis*: ‘Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia’ (...)” (f. 432/433e).

Sem razão, contudo.

Vê-se que o acórdão recorrido consignou, expressamente, que “a situação controvertida é a seguinte: as autoras são lotadas na Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil, mas realmente exercem suas funções na Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência. Nesta última, os servidores de igual cargo têm uma gratificação maior. E a sentença mandou pagar a diferença de valores entre as gratificações”.

Em razão desses fatos, na origem, “a Câmara entende que não houve violação, mas sim obediência ao princípio da isonomia, pois as autoras têm o mesmo cargo, as mesmas funções e mesmos locais de trabalho de suas colegas que ganham a gratificação maior. E não se determinou o aumento de vencimentos, mas apenas o pagamento de uma gratificação já prevista em lei, sem importar em ofensa à autonomia municipal”, concluindo, assim, que “a condenação consiste no seguinte: pagamento da diferença entre a gratificação de ‘encargo social’ e a gratificação instituída pela Lei nº 3.343/01, enquanto perdurar o desvio, com os reflexos remuneratórios cabíveis no 13º salário, gratificação de férias, licenças e os previstos no art. 6º da mesma lei, mais juros e correção fixados na sentença e honorários previstos no acórdão de f. 241/243, respeitada, evidentemente, a prescrição quinquenal”.

À luz do que decidido pelo acórdão recorrido, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, pois a prestação jurisdicional, certa ou não, foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de De-

claração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

No ponto, cabe ressaltar que, segundo entendimento desta Corte, “não há violação do art. 535, II, do CPC/73 quando a Corte de origem se utiliza de fundamentação suficiente para dirimir o litígio, ainda que não tenha feito expressa menção a todos os dispositivos legais suscitados pelas partes” (STJ, REsp nº 1.512.361/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 22/09/2017).

No mesmo sentido:

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REEXAME. SÚMULA Nº 7/STJ. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO E CONTRATO FORMAL. DEVER DE PAGAMENTO.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a Corte de origem se vale de fundamentação suficiente para a solução da lide. No caso, as alegativas de ilegitimidade de parte, cerceamento de defesa e de violação à Lei de Licitações foram devidamente rechaçadas pelo acórdão recorrido, ainda que não tenha havido menção expressa aos dispositivos legais invocados pela parte.

2. O Tribunal *a quo* consignou que o julgamento antecipado da lide ocorreu diante da suficiência das provas documentais acostadas pelas partes, mostrando-se desnecessária a produção de prova testemunhal. Da mesma forma, manteve os danos morais fixados na sentença, por entender demonstrados o nexo de causalidade, o dano sofrido

e a razoabilidade do valor estipulado. Para reformar essas conclusões, faz-se necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é vedado na seara extraordinária, consoante a Súmula nº 7/STJ.

3. De acordo com a jurisprudência do STJ, tendo havido a efetiva prestação dos serviços, não pode o ente público, sob o argumento de que não foi realizada a licitação, nem celebrado contrato formal, valer-se da própria torpeza para eximir-se do dever de realizar o pagamento, o que somente seria admissível em caso de má-fé do contratado ou de ter ele concorrido para a nulidade – circunstâncias afastadas pelo acórdão recorrido.

4. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AgRg no REsp nº 1.256.578/PE, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região), Segunda Turma, DJe de 27/04/2016).

“PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE. RODOVIA EM OBRAS. TETRAPLEGIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO E DA CONCESSIONÁRIA. ACÓRDÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. JULGADO *CITRA E ULTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. NEXO CAUSAL E CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E PROBATÓRIAS. VALOR DO DANO MORAL. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. SÚMULAS Nº 54/STJ E Nº 362/STJ. DENUNCIÇÃO DA LIDE. PODER PÚBLICO. DESNECESSIDADE. CELERIDADE PROCESSUAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Hipótese que cuida de indenização deferida à recorrida, em razão de acidente

ocorrido em 23/11/2009, na Rodovia BR – 101, sob a administração da concessionária recorrente, que lhe causou tetraplegia traumática definitiva, tendo o acórdão de origem condenado (também) a concessionária e o DNIT, de forma solidária. O particular causador do acidente já fora condenado pela sentença.

2. O acórdão que, apesar de não mencionar expressamente todos os dispositivos legais destacados pelo recorrente, aborda na íntegra os pontos essenciais para o deslinde da controvérsia, não incorre em violação ao comando normativo inserto no art. 535 do CPC.

3. Nexos causal e culpa exclusiva da vítima, via de regra, caracterizam-se como circunstâncias fáticas inviáveis de exame em recurso especial, haja vista a necessidade de incursão no contexto probatório, incidindo a súmula nº 7/STJ.

4. Da mesma forma, o valor dos danos morais somente pode ser revisto pelo STJ quando for ínfimo ou exorbitante em face das circunstâncias do caso, não sendo cabível, no âmbito da Corte, o reexame de ‘justo’ e/ou das provas dos autos, situação que também atrai o óbice contido na súmula nº 7/STJ.

5. Consoante jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, os juros moratórios inerentes aos danos morais incidem desde a data do evento, mediante aplicação da súmula nº 54/STJ (Recurso representativo da controvérsia nº 1.132.866/SP). A correção monetária, desde a data do arbitramento, nos moldes do enunciado da súmula nº 362/STJ (‘A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.’)

6. A obrigatoriedade da denúncia da lide deve ser mitigada em ações indenizatórias propostas em face do poder público pela matriz da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º – CF). O incidente quase sempre milita na contramão da celeridade processual, em detrimento do agente vitimado. Isso, todavia, não inibe eventuais ações posteriores fundadas em direito de regresso, a tempo e modo.

7. Recurso especial da Autopista Litoral Sul S.A. desprovido” (STJ, REsp nº 1.501.216/SC, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Federal convocado do TRF/1ª Região), Primeira Turma, DJe de 22/02/2016).

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp nº 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJe de 23/04/2008.

A propósito, ainda:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS.

1. Não há violação ao art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida e a decisão está suficientemente fundamentada.

(...)

Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no AREsp nº 433.424/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 17/02/2014).

Ademais, não cabem Declaratórios com objetivo de provocar prequestionamento, se au-

sententes omissão, contradição ou obscuridade no julgado (STJ, AgRg no REsp nº 1.235.316/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Turma, DJe de 12/05/2011), bem como não se presta a via declaratória para obrigar o Tribunal a reapreciar provas, sob o ponto de vista da parte recorrente (STJ, AgRg no Ag nº 117.463/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Terceira Turma, DJU de 27/10/1997). Ainda:

“AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. (...) RECURSO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE. MATÉRIA DE NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 181/STF. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência consolidada do *Pretório Excelso*, reafirmada no julgamento, sob o regime de repercussão geral, do AI-RG-QO nº 791.292/PE, a teor do disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, as decisões judiciais devem ser motivadas, ainda que de forma sucinta, não se exigindo o exame pormenorizado de cada alegação ou prova trazida pelas partes, como tampouco que sejam corretos os seus fundamentos (Tema 339/STF).

(...)

5. Agravo interno improvido” (STJ, AgInt no RE no AgInt no AgInt nos EDcl no AgInt no AREsp nº 969.118/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Corte Especial, DJe de 26/09/2018).

Quanto à alegação de julgamento *extra petita*, a parte ora agravante alega, nas razões do Recurso Especial, que:

“Conforme esclarecido pelo acórdão de

f. 412/416, ‘a condenação consiste no seguinte: pagamento da diferença entre a gratificação de ‘encargo social’ e a gratificação instituída pela Lei n° 3.343/01, enquanto perdurar o desvio, com os reflexos remuneratórios cabíveis no 13° salário, gratificação de férias, licenças e os previstos no art. 6° da mesma lei, mais juros e correção fixados na sentença e honorários previstos no acórdão de f. 241/243, respeitada, evidentemente, a prescrição quinquenal’.

Todavia, não houve pedido de reflexos previstos no artigo 6° da Lei n° 3.343/2001 tampouco de incorporação da gratificação para fins de aposentadoria!

(...)

Todavia, equivoca-se, *data maxima venia*, a Egrégia Câmara julgadora, pois não houve na inicial qualquer pedido de ‘reflexos previstos no art. 6° da Lei n° 3.343/01’, bastando uma mera leitura do rol petitorio (f. 6/7) para se verificar que só foram postulados ‘reflexos sobre as férias, 13° salários e licenças, recebidos nos últimos cinco anos anteriores a propositura da ação’.

(...)

Como se vê de mera passada de olhos na petição inicial, toda a causa de pedir circunscreve-se ao tratamento legal supostamente diferenciado entre as autoras, psicólogas lotadas na Secretaria Municipal de Saúde, e os psicólogos lotados na Secretaria Municipal da Pessoa com Deficiência, já que apenas o segundo grupo recebe a gratificação devida pela Lei n° 3.343/2001, o que violaria o princípio da isonomia. Veja-se o seguinte trecho da exordial, *verbis*:

(...)

Aliás, a própria inicial reconhece que o exercício em outro órgão da administração é lícito, o que é totalmente contrário a uma suposta tese de desvio de função, como exemplifica o seguinte trecho:

(...)

Por isso mesmo, o pedido contido na inicial foi de pagamento da gratificação prevista no artigo 5° da Lei n° 3.343/2001, no equivalente a 320% do vencimento básico, bem como diferenças vincendas e vencidas desde a data da investidura no cargo, observado o prazo prescricional, com reflexos sobre férias, 13° salários e licenças.

Todavia, o magistrado de primeiro grau julgou a causa como se tratasse de ação na qual se postula o reconhecimento de desvio de função com o pagamento das diferenças remuneratórias decorrentes.

(...)

TAMBÉM O ACÓRDÃO ORA RECORRIDO MANTEVE ESSE JULGAMENTO DIVORCIADO DA CAUSA DE PEDIR E DO PEDIDO, ENTENDENDO TER HAVIDO *IN CASU* DESVIO DE FUNÇÃO.

(...)

Note-se que desvio de função consiste no exercício das funções de outro CARGO que não aquele formalmente ocupado pelo servidor, o que nem de longe é a matéria tratada nestes autos, tampouco foi objeto de alegação na exordial.

(...)

Logo, com a devida vênia, incorreu a Egrégia Câmara em *grave error in procedendo*, ao reconhecer pretensão diversa daquela delineada no pedido, maculando o princípio

da congruência, correlação ou adstrição consagrado nos artigos 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil, acarretando a violação direta e literal de tais dispositivos legais e a nulidade do acórdão, bem como da sentença” (f. 427/431e).

O Tribunal de origem, quanto ao ponto, inicialmente, asseverou que, “ao obrigar as servidoras a assumir, de fato, cargo distinto daquele para o qual concorreram, locupletou-se a Administração municipal às custas das autoras, na medida em que as remunera em valor inferior e obtém serviço equivalente ao prestado pelo servidor que exerce a mesma função” (f. 219e).

Nos Aclaratórios, o Colegiado *a quo* afirmou que:

“I – NULIDADE DA SENTENÇA (item 2.1 de f. 226):

O pedido é claro na inicial, no sentido de ser o Município condenado a pagar diferenças entre as gratificações.

E isso foi acolhido pela sentença, bastando ver que a f. 132, primeiro parágrafo, é esclarecido o alcance da parte dispositiva da sentença: ‘Assim, fazem as demandantes jus às diferenças entre a gratificação denominada ‘encargo social’ e aquela instituída pela Lei nº 3.343/01, enquanto perdurar o desvio’. Os reflexos da gratificação maior, concedidos no acórdão embargado, também foram pedidos na inicial a f. 07.

Não houve, assim, tanto em primeiro grau como no segundo, julgamento *extra petita*. Obedecidos foram os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil.

II – OBSCURIDADE (item 2.2 de f. 228).

Entende a Câmara que não ocorre a obscuridade quanto ao objeto da condenação. De qualquer forma, para evitar futuras dúvidas,

esclarece que a condenação consiste no seguinte: pagamento da diferença entre a gratificação de ‘encargo social’ e a gratificação instituída pela Lei nº 3.343/01, enquanto perdurar o desvio, com os reflexos remuneratórios cabíveis no 13º salário, gratificação de férias, licenças e os previstos no art. 6º da mesma lei, mais juros e correção fixados na sentença e honorários previstos no acórdão de f. 241/243, respeitada, evidentemente, a prescrição quinquenal.

III – OBSCURIDADE (item 2.3 de f. 229):

O que o art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal veda é a equiparação pura e simples com remuneração de outro cargo público. Não impede tal dispositivo que exercendo o mesmo cargo e funções de psicólogo, em outra Secretaria, deixe a servidora de receber a gratificação que é paga aos seus colegas lotados nessa mesma repartição.

Entender de modo contrário importaria em enriquecimento sem causa do Município e significaria odiosa violação do princípio, também constitucional, da isonomia.

(...)

Mais uma vez a Câmara entende que não houve violação, mas sim obediência ao princípio da isonomia, pois as autoras têm o mesmo cargo, as mesmas funções e mesmos locais de trabalho de suas colegas que ganham a gratificação maior.

E não se determinou o aumento de vencimentos, mas apenas o pagamento de uma gratificação já prevista em lei, sem importar em ofensa à autonomia municipal.

Por fim, se as Autores pediram os reflexos previstos no art. 6º da Lei nº 3.343/01,

evidentemente que está incluída a repercussão na aposentadoria, pois tal dispositivo tem a seguinte redação:

‘Art. 6º A Gratificação do Sistema Municipal de Assistência Social será incorporável aos proventos de aposentadoria pelos funcionários que a perceberem pelo período contínuo de cinco anos, imediatamente anteriores à passagem à inatividade, ou por dez anos interpolados.’ (f. 414/416e).

É inegável que o acórdão recorrido, não obstante tenha, antes, invocado o desvio de função, agregou fundamentos, em acórdão integrativo proferido em Embargos de Declaração, relacionados ao princípio da isonomia.

Além disso, o Tribunal de origem deixou claro que a parte autora postulou os reflexos decorrentes da gratificação prevista no art. 5º da Lei nº 3.346/2001, transcrevendo, para tanto, o art. 6º da referida Lei, que, por sua vez, remete ao exercício da Gratificação postulada na presente ação. Conclusão diversa, quanto ao teor do pedido, demandaria exame dos fatos da causa, o que é insuscetível de ser realizado, na via estreita do Recurso Especial.

Na forma da jurisprudência, o alegado julgamento *extra petita* não subsiste, se a *decisum* não ofende os limites objetivos da pretensão, tampouco concede à parte providência jurisdicional diversa do pedido formulado na inicial, respeitando assim o princípio processual da congruência (STJ, AgInt no AREsp nº 1.316.749/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe de 19/12/2018).

Conforme entendimento do STJ, “o pleito inicial deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento da pretensão extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica julgamento *extra petita*” (AgRg no REsp nº 1.384.108/RS, Rel.

Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe de 03/02/2015). Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp nº 322.510/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 25/06/2013; AgInt no REsp nº 1.327.487/GO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, DJe de 19/09/2018.

Ainda nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMPRESAS TRANSFORMADORAS DE PLÁSTICOS. CONSELHOS PROFISSIONAIS. LEI Nº 6.839/80. ATIVIDADE BÁSICA. COMPETÊNCIA PARA REGISTRO E FISCALIZAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA. LEGITIMIDADE. INTERESSE PRÓPRIO. PETIÇÃO INICIAL. CONGRUÊNCIA COM O ACÓRDÃO RECORRIDO. AGRAVO INTERNO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I – Não se sustenta a alegada violação dos arts. 458, III, e 535, I e II, do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que enfrentou, motivadamente, os temas abordados no recurso de apelação.

(...)

IV – Não há falar em violação dos arts. 128 e 460 do CPC/73, ou ao princípio da congruência, pois, como reiteradamente tem decidido este Tribunal, o pedido deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial, analisada como um todo, não implicando em julgamento *extra petita* o acolhimento da pretensão quando extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial.

V – Agravo interno improvido” (STJ, AgInt no REsp nº 1.589.708/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe de 14/08/2018).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA Nº 329/STJ. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO-COTISTA. SÚMULA Nº 7/STJ. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA Nº 7/STJ. NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA (ART. 17, § 7º, DA LEI Nº 8.429/92). NULIDADE RELATIVA. NÃO COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INEXISTÊNCIA. INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO. REALIZAÇÃO DE SUBCONTRATAÇÕES, PELAS EMPRESAS CONTRATADAS. ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA EXISTÊNCIA DE ATO ÍMPROBO. SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...)

VII. O STJ firmou entendimento no sentido de que 'não há violação dos arts. 128 e 460 do CPC e o julgamento *extra petita* quando o órgão julgador interpreta de forma ampla o pedido formulado na exordial, decorrente de interpretação lógico-sistemática da petição inicial' (STJ, AgRg no REsp nº 1.366.327/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 11/05/2015). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp nº 1.324.787/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe de 09/04/2015.

(...)

IX. Agravo Regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp nº 484.423/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe de 14/12/2015).

Assim, incensurável a decisão ora agravada,

que deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É como voto.

AGINT NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.678.426 – RJ (2015/0085969-6)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ITBI. ORGANIZAÇÃO RELIGIOSA, DE EDUCAÇÃO E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. CERTIFICADO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTO NO ART. 150, VI, b DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EMITIDO PELO ENTE TRIBUTANTE. ALEGAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE. ÔNUS QUE CABE AO ENTE MUNICIPAL. PRECEDENTES. INAPLICABILIDADE DA CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA PREVISTA NO ART. 37, §§ 1º E 2º DO CTN. AGRAVO INTERNO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Discute-se, no Apelo Nobre de iniciativa do Município do Rio de Janeiro/RJ, se o reconhecimento de imunidade tributária do ITBI, concedido à instituição religiosa nos termos do art. 150, VI, b da CF/1988, fica submetido à condição resolutória, nos termos do art. 37, §§ 1º e 2º do CTN.

2. A imunidade das entidades religiosas é uma garantia constitucional, sendo a sua aplicação imediata, o que implica presunção relativa quanto à ocorrência da vinculação do imóvel. Ademais, a regra imunizante alcança não só os templos construídos, mas também as propriedades de entidade religiosa destinadas para os fins constitucionalmente protegidos.

3. Nos termos do art. 114 do CTN, o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à

sua ocorrência, ou seja, o fato gerador exsurge do negócio jurídico, não dependendo de outro ato para sua concretização.

4. De acordo com o art. 35, I do CTN, o fato gerador do ITBI ocorre, em seus aspectos material e temporal, com a transmissão, a qualquer título, da propriedade imobiliária. Apenas nesse momento é legítima a exigência do imposto de transmissão.

5. Na situação aqui verificada, no momento da aquisição do imóvel, o próprio ente tributante reconheceu a recorrida como entidade religiosa sem fins lucrativos, detentora do direito de imunidade tributária, além de reconhecer que o imóvel por ela adquirido estava relacionado com a sua atividade essencial. Ou seja, no momento em que se verificou o fato gerador da exação a entidade religiosa estava amparada pelo certificado de imunidade tributária constitucional, o que torna ilegítima a cobrança do imposto de transmissão.

6. Ademais, verifica-se que, tal como destacado pela Corte de origem, em se tratando de entidade religiosa, caberia à Fazenda Pública apresentar prova de que o terreno adquirido estaria desvinculado da destinação institucional, visto que há presunção de que o imóvel é associado às atividades essenciais religiosas. Precedentes: AgRg no AREsp. n.º 417.964/ES, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 15/04/2014; AgRg no AREsp. n.º 444.193/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10/02/2014; AgRg no AREsp. n.º 380.953/ES, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 14/11/2013.

7. Sobre outro aspecto, o art. 37, §§ 1º e 2º do CTN, indicado como violado, é direcionado exclusivamente à pessoa jurídica que tenha como atividade preponderante a venda ou a locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

8. Ao que se percebe do referido dispositivo, a incidência do ITBI depende de uma circunstância positiva, qual seja, a realização de negócios imobiliários a gerar receita superior à metade da renda operacional. Para essa hipótese, cabe ao Fisco comprovar a existência de exercício de atividade preponderantemente de transações imobiliárias, o que, a toda evidência, não se enquadra no caso dos autos.

9. Logo, considerando que as atividades exercidas pela recorrida são, por definição, de cunho religioso e que o Fisco Carioca não comprovou que a entidade desempenhou atuação no mercado imobiliário e nem de arrendamento mercantil, não se evidencia, neste caso, qualquer das exceções previstas no referido art. 37 do CTN, capazes de ensejar a incidência do ITBI pela Municipalidade tributante. Não ocorre, em casos assim, a realização do fato gerador do tributo pretendido pelo Município do Rio de Janeiro/RJ.

10. Agravo Interno do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos AgInt no RECURSO ESPECIAL N.º 1.678.426, em que é Agravante: Município do Rio de Janeiro e Agravada: Igreja Cristã Maranata Presbitério Espírito Santense, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros BENEDITO GONÇALVES, SÉRGIO KUKINA, REGINA HELENA COSTA e GURGEL DE FARIA (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

BRASÍLIA/DF, 17 DE NOVEMBRO DE 2020 (DATA DO JULGAMENTO).

MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RELATOR

RELATÓRIO

1. Cuida-se de Agravo Interno interposto pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ contra decisão que negou seguimento ao seu Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ITBI. ORGANIZAÇÃO RELIGIOSA, DE EDUCAÇÃO E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. CERTIFICADO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO ART. 150, VI, B DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EMITIDO PELO ENTE TRIBUTANTE. ALEGAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE. ÔNUS DO ENTE MUNICIPAL. PRECEDENTES. INAPLICABILIDADE DA CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA PREVISTA NO ART. 37, §§ 1º E 2º DO CTN. RECURSO ESPECIAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

2. Em suas razões, a parte agravante assinala que, não obstante seja do ente federado o ônus de demonstrar que a utilização do imóvel está desvinculada da sua destinação institucional para fins de imunidade tributária do ITBI, a demonstração dos requisitos previstos no art. 37, §§ 1º e 2º do CTN é ônus do Contribuinte que pretende gozar do benefício fiscal.

3. Destaca que (a) uma entidade religiosa, sem fins lucrativos, não pode livremente, em seu nome, comprar imóveis sem lhe dar uma destinação, sob pena de se compreender que se trata de mero investimento, que não faz parte de seu objeto social (f. 513); e (b) a imunidade foi concedida sob condição resolutória, cujos requisitos não foram posteriormente cumpridos pela entidade religiosa.

4. Requer seja reconsiderada a decisão agravada, ou seja, o feito submetido a julgamento do Órgão Colegiado.

5. Não houve impugnação no prazo legal.

6. É o relatório.

VOTO

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ITBI. ORGANIZAÇÃO RELIGIOSA, DE EDUCAÇÃO E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. CERTIFICADO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTO NO ART. 150, VI, b DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EMITIDO PELO ENTE TRIBUTANTE. ALEGAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE. ÔNUS QUE CABE AO ENTE MUNICIPAL. PRECEDENTES. INAPLICABILIDADE DA CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA PREVISTA NO ART. 37, §§ 1º E 2º DO CTN. AGRAVO INTERNO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Discute-se, no Apelo Nobre de iniciativa do Município do Rio de Janeiro/RJ, se o reconhecimento de imunidade tributária do ITBI, concedido à instituição religiosa nos termos do art. 150, VI, b da CF/1988, fica submetido à condição resolutória, nos termos do art. 37, §§ 1º e 2º do CTN.

2. A imunidade das entidades religiosas é uma garantia constitucional, sendo a sua aplicação imediata, o que implica presunção relativa quanto à ocorrência da vinculação do imóvel. Ademais, a regra imunizante alcança não só os templos construídos, mas também as propriedades de entidade religiosa destinadas para os fins constitucionalmente protegidos.

3. Nos termos do art. 114 do CTN, o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, ou seja, o fato gerador emerge do negócio jurídico, não dependendo de outro ato para sua concretização.

4. De acordo com o art. 35, I do CTN, o fato gerador do ITBI ocorre, em seus aspectos material e temporal, com a transmissão, a

qualquer título, da propriedade imobiliária. Apenas nesse momento é legítima a exigência do imposto de transmissão.

5. Na situação aqui verificada, no momento da aquisição do imóvel, o próprio ente tributante reconheceu a recorrida como entidade religiosa sem fins lucrativos, detentora do direito de imunidade tributária, além de reconhecer que o imóvel por ela adquirido estava relacionado com a sua atividade essencial. Ou seja, no momento em que se verificou o fato gerador da exação a entidade religiosa estava amparada pelo certificado de imunidade tributária constitucional, o que torna ilegítima a cobrança do imposto de transmissão.

6. Ademais, verifica-se que, tal como destacado pela Corte de origem, em se tratando de entidade religiosa, caberia à Fazenda Pública apresentar prova de que o terreno adquirido estaria desvinculado da destinação institucional, visto que há presunção de que o imóvel é associado às atividades essenciais religiosas. Precedentes: AgRg no AREsp. n° 417.964/ES, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 15/04/2014; AgRg no AREsp. n° 444.193/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10/02/2014; AgRg no AREsp. n° 380.953/ES, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 14/11/2013.

7. Sobre outro aspecto, o art. 37, §§ 1º e 2º do CTN, indicado como violado, é direcionado exclusivamente à pessoa jurídica que tenha como atividade preponderante a venda ou a locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

8. Ao que se percebe do referido dispositivo, a incidência do ITBI depende de uma circunstância positiva, qual seja, a realização

de negócios imobiliários a gerar receita superior à metade da renda operacional. Para essa hipótese, cabe ao Fisco comprovar a existência de exercício de atividade preponderantemente de transações imobiliárias, o que, a toda evidência, não se enquadra no caso dos autos.

9. Logo, considerando que as atividades exercidas pela recorrida são, por definição, de cunho religioso e que o Fisco Carioca não comprovou que a entidade desempenhou atuação no mercado imobiliário e nem de arrendamento mercantil, não se evidencia, neste caso, qualquer das exceções previstas no referido art. 37 do CTN, capazes de ensejar a incidência do ITBI pela Municipalidade tributante. Não ocorre, em casos assim, a realização do fato gerador do tributo pretendido pelo Município do Rio de Janeiro/RJ.

10. Agravo Interno do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ a que se nega provimento.

1. Em que pese a combatida argumentação, a parte ora agravante não trouxe fundamentos robustos e hábeis a desconstituir o *decisum* agravado.
2. Conforme explicitado na decisão agravada, o Município do Rio de Janeiro/RJ defende, em seu Apelo Nobre, que o reconhecimento de imunidade tributária do ITBI, concedido à instituição religiosa nos termos do art. 150, VI, b da CF/1988, fica submetido à condição resolutória, nos termos do art. 37, §§ 1º e 2º do CTN.
3. Diante do contexto fático narrado pelo Tribunal de origem, a recorrida adquiriu o imóvel em 2004, tendo o Município do Rio de Janeiro/RJ emitido certificado declaratório de imunidade do ITBI, considerando se tratar de hipótese prevista no art. 150, IV, b da Carta Magna. Todavia, sob a alegação de que a imunidade tributária foi reconhecida sob condição de ulterior verificação

do uso atribuído ao imóvel, a Municipalidade recorrente lavrou Nota de Lançamento do ITBI, por constatar, em vistoria, a demolição do imóvel.

4. O Tribunal de origem consignou que, à época do fato gerador do tributo, a entidade religiosa estava amparada pelo certificado de imunidade emitido pelo Município do Rio de Janeiro, motivo pelo qual não seria cabível a posterior cobrança de imposto pela transmissão do bem, sob o argumento de que o imóvel teria sido demolido, e, portanto, deixou de ser utilizado para fins religiosos.

5. Com efeito, a imunidade das entidades religiosas é uma garantia constitucional, sendo sua aplicação imediata, o que implica presunção relativa quanto à ocorrência da vinculação do imóvel. Ademais, a regra imunizante alcança não só os templos construídos, mas também as propriedades de entidade religiosa destinadas para os fins constitucionalmente protegidos.

6. Nos termos do art. 114 do CTN, o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, ou seja, o fato gerador exsurge do negócio jurídico, não dependendo de outro ato para sua concretização.

7. De acordo com o art. 35, I do CTN, o fato gerador do ITBI ocorre, em seus aspectos material e temporal, com a transmissão, a qualquer título, da propriedade imobiliária. Apenas nesse momento é legítima a exigência do imposto de transmissão.

8. Na situação aqui verificada, no momento da aquisição do imóvel, o próprio ente tributante reconheceu a recorrida como entidade religiosa sem fins lucrativos, detentora do direito de imunidade tributária, além de reconhecer que o imóvel por ela adquirido estava relacionado com a sua atividade essencial. Ou seja, no momento em que se verificou o fato gerador da exação a entidade religiosa estava amparada pelo certificado de imunidade tributária constitucional, o que torna ilegítima a cobrança do imposto de transmissão.

9. Ademais, verifica-se que, tal como destacado pela Corte de origem, em se tratando de entidade religiosa, caberia à Fazenda Pública apresentar prova de que o terreno adquirido estaria desvinculado da destinação institucional, visto que há presunção de que o imóvel é associado às atividades essenciais religiosas. Confirmam-se os precedentes a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ITBI. ENTIDADE RELIGIOSA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 333, II, DO CPC. ÔNUS DA PROVA.

1. Sendo a recorrida entidade religiosa, há presunção relativa de que o terreno adquirido para construção do templo gerador do débito é revertido para suas finalidades essenciais. Assim é que caberia à Fazenda Pública, nos termos do artigo 333, inciso II, do CPC, apresentar prova de que o terreno em comento estaria desvinculado da destinação institucional.

2. Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp. nº 417.964/ES, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 15/04/2014).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ITBI. ENTIDADE RELIGIOSA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 333, INCISO II, DO CPC. ÔNUS DA PROVA.

1. Tratando-se a recorrida de entidade religiosa, há presunção relativa de que o terreno adquirido para construção do templo gerador do débito é revertido para as suas finalidades essenciais. Assim é que caberia à Fazenda Pública, nos termos do artigo 333, inciso II, do CPC, apresentar prova de que o terreno em comento estaria desvinculado da destinação institucional.

2. Precedentes: AgRg no AREsp nº 380.953/ES, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 14/11/2013; AgRg no AREsp nº 239.268/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 12/12/2012; AgRg no Ag nº 849.285/MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJ 17/05/2007; AgRg no REsp nº 1.215.119/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 04/04/2011.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp. nº 444.193/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10/02/2014).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – ENTIDADE RELIGIOSA – IMUNIDADE – ALEGAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE – ART. 333, II, DO CPC – ÔNUS DO ENTE MUNICIPAL.

1. Impõe-se ao município o ônus de apresentar prova impeditiva, modificativa e extintiva ao gozo da imunidade constitucional assegurada às entidades religiosas, cabendo àquele demonstrar que os imóveis pertencentes a essas entidades estão desvinculados da destinação institucional.

2. De acordo com o inciso II do art. 333 do CPC, “o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp. nº 380.953/ES, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 14/11/2013).

10. Sobre outro aspecto, o art. 37, § 1º e 2º do CTN, indicado como violado, é direcionado exclusivamente à pessoa jurídica que tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição. Vejamos:

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

(...).

11. Ao que se percebe do referido dispositivo, a incidência do ITBI depende de uma circunstância positiva, qual seja, a realização de negócios imobiliários a gerar receita superior à metade da renda operacional. Para essa hipótese, cabe ao Fisco comprovar a existência de exercício de atividade preponderantemente de transações imobiliárias, o que, a toda evidência, não se enquadra no caso dos autos.

12. Logo, considerando que as atividades exercidas pela recorrida são, por definição, de cunho religioso e que o Fisco Carioca não comprovou que a entidade desempenhou atuação no mercado imobiliário e nem de arrendamento mercantil, não se evidencia, neste caso, qualquer das exceções previstas no referido art. 37 do CTN, capazes de ensejar a incidência do ITBI pela Municipalidade tributante. Não ocorre, em casos

assim, a realização do fato gerador do tributo pretendido pelo Município do Rio de Janeiro/RJ.

13. Diante do exposto, nega-se provimento ao Agravo Interno interposto pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ.

14. É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.704.579 – RJ (2016/0152655-1)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. SUCESSÃO. ABERTURA. CÓDIGO CIVIL DE 1916. DESCENDENTES. EXISTÊNCIA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRA. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMÓVEL. AQUISIÇÃO. ANTERIOR AO CASAMENTO. PROPRIEDADE EXCLUSIVA DO FALECIDO. MEAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PARCELAS VINCENDAS DEVIDAS. CURSO DO PROCESSO. FINAL DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL. ART. 557 DO CPC/1973. OFENSA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

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 controvérsia a ser dirimida no recurso especial reside em verificar se (i) em ação de cobrança de cotas condominiais o cônjuge sobrevivente é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, porquanto não ostenta a qualidade de herdeira do falecido, proprietário do imóvel em discussão, e (ii) se são devidas as parcelas vencidas no curso do processo, inclusive aquelas em data posterior à prolação da sentença.

3. Na hipótese, o imóvel foi adquirido exclusivamente pelo falecido em data anterior ao

casamento contraído sob o regime de separação parcial de bens com o cônjuge supérstite. Nessa condição, a viúva não possui direito à meação do bem, que não se comunica entre os nubentes.

4. A questão sucessória deve ser dirimida pela lei vigente à época da abertura da sucessão, no caso, o Código Civil de 1916.

5. Pelo princípio da *saisine* (artigo 1.572 do Código Civil de 1916), com a morte do titular do direito, transmitem-se imediatamente a posse e propriedade de seus bens aos herdeiros, independentemente da abertura de inventário.

6. Nos termos do Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente só ostenta a qualidade de herdeiro na hipótese de inexistência de descendentes e ascendentes do titular da herança, de acordo com a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.603 do referido diploma legal, situação não configurada no caso dos autos.

7. Não cabendo à viúva nenhum quinhão na herança do falecido, não pode ser ela obrigada a responder pelo inadimplemento das cotas condominiais de imóvel do titular da herança ainda não submetido ao processo de inventário, sendo de rigor sua exclusão do polo passivo da lide.

8. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido que, na ação de cobrança de cotas condominiais, são devidas todas as parcelas que se vencerem no curso do processo, durante todo o período que perdurar a relação obrigacional, por se tratar de prestações periódicas, nos termos do art. 290 do Código de Processo Civil de 1973.

9. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são Recorrente: André Rocha de Oliveira, Recorrente: Maria de Fátima Rocha Pinto e Recorrido: Condomínio dos Edif. ALFACENTAURO URSA MAIOR URSA MENOR, INTERES. : ADRIANA BEZERRA DE OLIVEIRA INTERES. : PEDRO HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros MARCO AURÉLIO BELLIZZE, MOURA RIBEIRO (Presidente) e NANCY ANDRIGHI votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO.

BRASÍLIA (DF), 04 DE DEZEMBRO DE 2018 (DATA DO JULGAMENTO).

**MIN. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
RELATOR**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por André Rocha de Oliveira e Maria de Fátima da Rocha Pinto, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

“Agravo Interno. Decisão monocrática que deu provimento a ambas as apelações. Inconformismo do terceiro e quarto réus. Ilegitimidade passiva da quarta ré que se rejeita. Na ação de cobrança de cotas condominiais são alcançadas pela execução, todas as prestações que se vencerem no curso do processo, enquanto durar a obrigação, mesmo que posteriores à sentença. Pretensão de rediscussão da matéria, já devidamente apreciada no ato impugnado, cuja manutenção se impõe, por seus próprios fundamentos.

Recurso ao qual se nega provimento” (e-STJ f. 820).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Em suas razões (e-STJ f. 872/881), os recorrentes alegam violação dos seguintes dispositivos legais com as respectivas teses:

(a) artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 – porque o Tribunal de origem, mesmo após ter sido provocado pela oposição de embargos declaratórios, teria deixado de analisar questões relativas à ilegitimidade passiva da segunda recorrente, à impossibilidade de cobrança das cotas condominiais posteriores à prolação da sentença e ao pedido de gratuidade de justiça;

(b) artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973 – ao fundamento de que o julgamento monocrático da apelação feriu as garantias processuais dos recorrentes, porquanto não observados os requisitos previstos no referido dispositivo legal;

(c) artigo 1.603 do Código Civil de 1916 – porque a recorrente Maria de Fátima da Rocha Pinto não poderia ser considerada sucessora do falecido sob a égide do referido Estatuto Civil, sendo, portanto, parte ilegítima para figurar no polo passivo da presente demanda;

(d) artigos 275, inciso II, alínea “b” e 290 do Código de Processo Civil de 1973 – sustentando que, nos casos da cobrança de débitos de cotas condominiais, as parcelas vincendas têm que ser compreendidas como aquelas que vencerem no curso do processo até a data de prolação da sentença, sob pena de se eternizar a demanda, e

(e) artigos 11 e 12 da Lei nº 1.060/1950 – alegam que o benefício da justiça gratuita foi deferido em incidente de impugnação do valor da causa e por atenderem os requisitos legais e estarem assistidos pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, fazem jus ao benefício.

Apresentadas as contrarrazões (f. 892/899, e-STJ), e inadmitido o recurso na origem, determinou-se a conversão do agravo (AREsp nº 933.518/RJ) em recurso especial, independentemente de publicação de acórdão, na ocasião em que o agravo interno foi levado a julgamento perante o colegiado da Terceira Turma (certidão de f. 1.004).

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. SUCESSÃO. ABERTURA. CÓDIGO CIVIL DE 1916. DESCENDENTES. EXISTÊNCIA. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. HERDEIRA. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMÓVEL. AQUISIÇÃO. ANTERIOR AO CASAMENTO. PROPRIEDADE EXCLUSIVA DO FALECIDO. MEAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PARCELAS VINCENDAS DEVIDAS. CURSO DO PROCESSO. FINAL DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL. ART. 557 DO CPC/1973. OFENSA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

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 controvérsia a ser dirimida no recurso especial reside em verificar se (i) em ação de cobrança de cotas condominiais o cônjuge sobrevivente é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, porquanto não ostenta a qualidade de herdeira do falecido, proprietário do imóvel em discussão, e (ii) se são devidas as parcelas vencidas no curso do processo, inclusive aquelas em data posterior à prolação da sentença.

3. Na hipótese, o imóvel foi adquirido exclusivamente pelo falecido em data anterior ao casamento contraído sob o

regime de separação parcial de bens com o cônjuge supérstite. Nessa condição, a viúva não possui direito à meação do bem, que não se comunica entre os nubentes.

4. A questão sucessória deve ser dirimida pela lei vigente à época da abertura da sucessão, no caso, o Código Civil de 1916.

5. Pelo princípio da *saisine* (artigo 1.572 do Código Civil de 1916), com a morte do titular do direito, transmitem-se imediatamente a posse e propriedade de seus bens aos herdeiros, independentemente da abertura de inventário.

6. Nos termos do Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente só ostenta a qualidade de herdeiro na hipótese de inexistência de descendentes e ascendentes do titular da herança, de acordo com a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.603 do referido diploma legal, situação não configurada no caso dos autos.

7. Não cabendo à viúva nenhum quinhão na herança do falecido, não pode ser ela obrigada a responder pelo inadimplemento das cotas condominiais de imóvel do titular da herança ainda não submetido ao processo de inventário, sendo de rigor sua exclusão do polo passivo da lide.

8. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido que, na ação de cobrança de cotas condominiais, são devidas todas as parcelas que se vencerem no curso do processo, durante todo o período que perdurar a relação obrigacional, por se tratar de prestações periódicas, nos termos do art. 290 do Código de Processo Civil de 1973.

9. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (RELATOR):

O recurso merece prosperar parcialmente.

O julgamento do recurso especial é realizado com base nas normas do Código de Processo Civil de 1973 por ser a lei processual vigente na data de publicação da decisão ora impugnada (cf. Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

A controvérsia a ser dirimida reside em verificar (i) se houve negativa de prestação jurisdicional, (ii) se o julgamento monocrático da apelação Corte estadual se dissociou dos requisitos previstos no Código de Processo Civil de 1973, (iii) se a segunda recorrente é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, porquanto não seria sucessora do falecido, proprietário do imóvel em discussão, e (iv) se as cotas condominiais vincendas objeto da ação de cobrança devem ser aquelas consideradas somente até a data prolação da sentença ou também as que vencerem até o efetivo término da lide.

1. Histórico

Noticiam os autos que o Condomínio do Edifício Alfa Centauro, ora recorrido, ajuizou ação de cobrança de cotas condominiais contra Adriana Bezerra de Oliveira, Pedro Henrique Silva de Oliveira, André Rocha de Oliveira e Maria de Fátima da Rocha Pinto, na qualidade de herdeiros de Adriano Bezerra de Oliveira, proprietário da unidade imobiliária residencial nº 1.207 no referido condomínio, no bairro Andaraí, Rio de Janeiro-RJ.

Na exordial, o autor afirmou que o então proprietário do imóvel faleceu em 08/05/1991, sendo certo que desde maio de 1992 as cotas condominiais não foram adimplidas, sem que se tivesse informação acerca da abertura do processo de inventário do falecido.

Assinalou que “pela ordem vocação hereditária, a posse do imóvel foi transmitida aos herdeiros com o óbito do proprietário originário, ficando a administração sob a responsabilidade

dos herdeiros réus, corresponsáveis” (e-STJ f. 3), mormente a obrigação de adimplemento das cotas condominiais do bem.

Requeru, assim, a procedência do pedido formulado, com a conseqüente condenação solidária dos réus ao pagamento das parcelas em atraso, desde maio de 1992, além daquelas que viessem a vencer no curso do processo, nos termos do art. 290 do Código de Processo Civil de 1973.

Foram apresentadas 2 (duas) contestações distintas, uma pelos dois primeiros réus, Adriana e Pedro Henrique, filhos do primeiro casamento do proprietário do imóvel, e outra pelos outros dois réus, Maria de Fátima e André, viúva e filho do falecido.

A magistrada de piso julgou procedente o pedido autoral em decisão assim fundamentada:

“(…)

O presente feito comporta julgamento antecipado, nos termos do art. 330, I, do CPC, sendo desnecessária a produção de outras provas além das constantes nos autos.

Primeiramente, merece ser acolhida a preliminar de coisa julgada, haja vista que no feito que tramitou na 7ª Vara Cível a sentença abrangeu as cotas condominiais que fizeram parte do acordo, ou seja, as parcelas vencidas e as quarentas subsequentes vincendas (f. 241). Assim, somente as parcelas que não compuseram aquela transação podem ser cobradas nesse feito.

Pela mesma razão e, ainda, por ter sentença proferida naquele feito, rejeita-se a preliminar de litispendência.

Rejeita-se a preliminar de inépcia da petição inicial, eis que preenche satisfatoriamente os requisitos dos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil, individualizando a causa de pedir e o pedido, permitindo o pleno exercício do direito à ampla defesa.

Rejeita-se também a preliminar de ilegitimidade passiva. Não há qualquer óbice em incluir todos os herdeiros no polo passivo ao invés do Espólio, em razão da *saisine* que possibilita que todos os bens do falecido se transfiram, de imediato e com a sua morte, aos seus herdeiros, legítimos ou testamentários (art. 1.784 do Código Civil).

A prejudicial de mérito de prescrição deve ser acolhida em parte para afastar da presente cobrança as parcelas vencidas além dos 10 anos anteriores à propositura da presente demanda. Assim, somente as parcelas vencidas a partir de março de 2002 podem ser objeto desta ação.

E mais, o valor do débito deve ser limitado até a data de arrematação do imóvel, que se deu em 27 de julho de 2010 (f. 289), nos autos do processo em trâmite na 12ª Vara de Fazenda Pública.

Passa-se à análise do mérito.

Com efeito, a hipótese versada nos autos retrata direitos flagrantemente disponíveis, o que torna inquestionável a veracidade ficta dos fatos alinhados na inicial. Além disto, os fatos alegados na inicial estão comprovados pelos documentos que a instruem.

A falta de pagamento das cotas condominiais é fato negativo que, por isso, não precisa ser comprovado pela parte Autora. Incumbe à Ré comprovar o efetivo pagamento, o que não foi feito.

O débito relativo às despesas do condomínio constitui obrigação *propter rem*, a ser cumprida, nos termos do art. 1.336 do Código Civil, diretamente pelo proprietário do imóvel, seja ele ou não ocupante do apartamento.

Desta forma, merece prosperar o pedido Autoral devendo ser consideradas as questões preliminares acima lançadas.

Por tais fundamentos, julgo procedente o pedido proposto por Condomínio do Edifício Alfa Centauro em face de Adriana Bezerra de Oliveira, Pedro Henrique Silva de Oliveira, André Rocha de Oliveira e Maria de Fátima da Rocha, para condenar a parte Ré ao pagamento, em favor do Condomínio Autor, das cotas condominiais vencidas de 30 de março de 2002 a 27 de julho de 2010, devendo ser verificada a proporcionalidade, tudo acrescido de correção monetária a partir do vencimento, de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação (não há previsão na Convenção), além da multa de 2% (dois por cento).

Condeno, ainda, a parte Ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação” (e-STJ f. 328/329).

Contra a decisão foram interpostas 3 (três) apelações: pelo autor, por Adriana e Pedro Henrique (primeiro e segundo réus) e por Maria de Fátima e André (terceiro e quartos réus), respectivamente. A desembargadora relatora julgou monocraticamente os recursos nos seguintes termos: “(...)

Ab initio, em que pese a alegação de que a quarta ré não possui direito à meação do imóvel em questão, em virtude do regime de casamento eleito entre esta e o *de cujus*, não merece prosperar a arguição de ilegitimidade passiva, em relação a mesma, uma vez que, ostentando ela a condição de herdeira do falecido, e, inexistindo abertura de inventário, deve integrar o polo passivo da presente demanda, assim como os demais herdeiros.

Quanto à existência de coisa julgada, observa-se nos autos do processo nº 0117593-87.1996.8.19.0001, cuja ação foi intentada pelo condomínio em face de Ely Nilce Silva, ex-cônjuge do *de cujus*, que as partes firmaram acordo (f. 241), o qual foi homologado judicialmente, tendo ela se comprometido a quitar o valor de R\$ 12.817,30 (doze mil oitocentos e dezessete reais e trinta centavos) em 40 (quarenta) parcelas mensais, valor esse relativo aos meses acostados na planilha do exequente (f. 239/240), a saber: maio de 1992 a junho de 1997, os quais não podem ser cobrados nesta demanda.

Todavia, tendo em vista que o autor não impugnou o termo inicial lançado na sentença a quo (março de 2002), mas, tão somente, o termo final, não podem ser objeto de cobrança desta ação as cotas condominiais anteriores ao mês de março de 2002, sob pena de *reformatio in pejus*.

Com relação ao prazo prescricional, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, em hipóteses tais, se aplica a regra contida no artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil, sendo, portanto, quinquenal, conforme se extrai do Recurso Especial nº 1.366.175/SP, que teve, como Relatora, a Ministra NANCY ANDRIGHI, cuja ementa se transcreve abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL. INCIDÊNCIA DO 206, § 5º, I, DO CC/02.

1. Na vigência do CC/16, o crédito condominial prescrevia em vinte anos, nos termos do seu art. 177, por se tratar de ação pessoal sem prazo prescricional específico previsto.

2. Com a entrada em vigor do novo Código Civil, houve a ampliação das hipóteses de prazos específicos para prescrição, reduzindo por consequência a incidência do prazo prescricional ordinário, que foi também reduzido para 10 anos.

3. A pretensão de cobrança de cotas condominiais, por serem líquidas desde sua definição em assembleia geral de condôminos, bem como lastreadas em documentos físicos, adequa-se com perfeição à previsão do art. 206, § 5º, I, do CC/02, razão pela qual aplica-se o prazo prescricional quinquenal.

4. Recurso especial provido.

Desse modo, tendo a ação sido ajuizada em 30 de março de 2012, somente podem ser cobradas as prestações vencidas a partir de março de 2007.

No que concerne ao valor dado à causa, verifica-se que a Impugnação foi autuada sob o nº 256479-07.2012.8.19.0001, já tendo sido proferida decisão, que, ante a ausência de interposição de recurso, restou preclusa.

Superados tais aspectos, assiste razão ao autor, quanto à parte do julgado que limitou a cobrança das cotas condominiais até a data de arrematação do bem imóvel, que ocorreu nos autos da execução fiscal nº 0197170-31.2007.8.19.0001, eis que, conforme andamento processual acostado à presente, a citação do réu, na referida demanda, foi declarada nula, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0035734-27.2011.8.19.0000, tendo sido anulados, consequentemente, todos os atos posteriores, inclusive, a alienação judicial do bem e sua arrematação.

Assim, não havendo a transferência da propriedade do bem, os réus devem responder pelo pagamento das cotas condominiais vencidas e vincendas, a contar de março de 2007, cujo *quantum* será apurado em liquidação de sentença.

Por derradeiro, tendo em vista que nos autos da Impugnação ao Valor da Causa foi deferida a gratuidade de justiça aos réus, a qual foi estendida aos autos principais, deve ser observado, *in casu*, no tocante à condenação destes ao pagamento das custas processuais, o que dispõe o artigo 12 da Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950.

Pelo exposto, nos termos do artigo 557, § 1º A, do Código de Processo Civil, dá-se provimento parcial aos recursos de ambas as partes, para aplicar a prescrição quinquenal à espécie, limitando os réus ao pagamento das cotas condominiais vencidas a partir de março de 2007, bem como das que vencerem no curso da demanda até nova arrematação do bem imóvel” (e-STJ f. 759/761).

O agravo regimental interposto pelos dois primeiros réus (Adriana e Pedro Henrique), insurgindo-se contra a fixação dos ônus sucumbenciais, não foi provido (f. 784/785 e-STJ). Os embargos declaratórios que se seguiram foram rejeitados (f. 795/796 e-STJ).

O agravo regimental apresentado pelos outros dois réus (Maria de Fátima e André) também não foi provido, nos termos da seguinte ementa: “Agravo Interno. Decisão monocrática que deu provimento a ambas as apelações. Inconformismo do terceiro e quarto réus. Ilegitimidade passiva da quarta ré que se rejeita. Na ação de cobrança de cotas condominiais são alcançadas pela execução,

todas as prestações que se vencerem no curso do processo, enquanto durar a obrigação, mesmo que posteriores à sentença. Pretensão de rediscussão da matéria, já devidamente apreciada no ato impugnado, cuja manutenção se impõe, por seus próprios fundamentos.

Recurso ao qual se nega provimento” (e-STJ f. 820).

O respectivo recurso integrativo foi rejeitado (e-STJ f. 843/846).

Os recursos especiais interpostos pelos réus (e-STJ f. 864/869 e 872/881) foram inadmitidos pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o que deu ensejo ao agravo interposto somente pelos réus André e Maria de Fátima, o qual foi convertido no presente recurso especial.

Assim, neste apelo extremo somente serão examinadas as irrisignações deduzidas pelos réus André Rocha de Oliveira e Maria de Fátima da Rocha Pinto, ambos assistidos pela Defensoria Pública, já devidamente sumariadas no relatório.

2. Da alegada afronta ao art. 557 do CPC/1973

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que o julgamento do respectivo agravo regimental pelo colegiado competente supera eventual nulidade da decisão monocrática do relator que tenha invocado equivocadamente os poderes processuais do art. 557 do CPC/1973.

A propósito:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557 DO CPC/1973. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. SÚMULA Nº 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. ‘O art. 557 e seus parágrafos do CPC permitem o julgamento singular do recurso pelo relator, para adequar a solução da controvérsia à jurisprudência do STJ, cabendo agravo regimental para o órgão colegiado competente. Por outro lado, eventual nulidade de decisão singular ficaria superada com a reapreciação do recurso pela Turma. Precedente’ (AgRg no REsp nº 1.356.487/SP, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 27/10/2015).

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula nº 7/STJ.

3. Somente em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor da indenização por danos morais arbitrado na origem, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice para possibilitar a revisão. No caso, o valor estabelecido pelo Tribunal de origem não se mostra irrisório, a justificar sua reavaliação em recurso especial.

4. O STJ firmou o entendimento de ser incabível o reexame do valor fixado a título de danos morais com base em divergência jurisprudencial, pois, ainda que haja semelhanças entre os acórdãos confrontados, cada qual possui peculiaridades subjetivas e contornos fáticos próprios, o que justifica a fixação de importâncias distintas.

5. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no REsp nº 1.472.412/PI, Rel. Ministro ANTÔNIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, DJe 04/10/2016 – grifou-se).

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBAR-

GOS À EXECUÇÃO. ART. 557 DO CPC/1973. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. OFENSA INEXISTENTE. FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL DEFICIENTE. SÚMULA Nº 284/STF. CONTRATOS BANCÁRIOS. RENEGOCIAÇÃO. REVISÃO. POSSIBILIDADE.

1. O julgamento monocrático da causa pelo relator, utilizando-se dos poderes processuais do art. 557 do CPC/1973, não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição se o recurso é manifestamente inadmissível ou improcedente, sendo certo que eventual mácula fica superada com o julgamento colegiado do recurso pelo órgão competente.

2. É inadmissível o recurso especial que não indica com precisão o dispositivo de lei federal supostamente violado ou deixa de especificar de que forma ele teria sido contrariado pelo acórdão recorrido, de acordo com a Súmula nº 284/STF.

3. Nos termos da Súmula nº 286/STJ, a renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores, ainda que em embargos à execução.

4. Agravo interno não provido.” (AgInt no AREsp nº 564.102/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, DJe 06/09/2016 – grifou-se).

3. Da ilegitimidade da viúva do proprietário do imóvel

No que se refere à ilegitimidade passiva de Maria de Fátima Rocha Pinto, o recurso merece prosperar.

No ponto, o Tribunal de origem concluiu que

“(…) não merece prosperar a ilegitimidade passiva arguida pela quarta ré, uma vez que integra ela o polo passivo na qualidade de

herdeira do falecido, independentemente de ter direito ou não à partilha do imóvel descrito na ação, cabendo salientar que o cônjuge, sob a égide do código civil de 1916, tinha tratamento diferenciado quanto à ordem de vocação hereditária, o que, contudo, não afasta a sua condição de herdeiro” (e-STJ f. 821).

A irresignação, nesse particular, está assim sintetizada nas razões do apelo especial:

“(…)

C) ILEGITIMIDADE PASSIVA OU IMPROCEDÊNCIA (teoria da asserção) A quarta ré, ora segunda recorrente, MARIA DE FÁTIMA DA ROCHA PINTO foi incluída no polo passivo por ser considerada herdeira de ADRIANO BEZERRA DE OLIVEIRA que faleceu em 1991, sem, contudo, ter direito a qualquer quinhão no imóvel.

A legislação da época era o código civil de 1916, pela aplicação da regra *tempus regit actum*, que estabelecia em seu art. 269 que ‘os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio por doação ou por sucessão’ excluem-se da comunhão, como pode ser visto na transcrição abaixo:

Art. 269 – No regime de comunhão limitada ou parcial, excluem-se da comunhão:

I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio por doação ou por sucessão;

Ora, como o imóvel foi adquirido pelo falecido proprietário antes do matrimônio com a segunda recorrente, e sendo o regime de bens a comunhão parcial, sem qualquer pacto antenupcial, não houve comunicação da propriedade, de forma que, inso-

fismavelmente a segunda recorrente não é sucessora do bem imóvel.

Notório, também, que à época, diferente do que ocorre com a incidência do Novo Código Civil, o cônjuge supérstite não concorria com os descendentes ou ascendentes como é previsto no art. 1.829 do CC de 2002, de forma que, havendo descendentes, a estes cabe a exclusividade na sucessão, conforme a vocação hereditária do art. 1.603 do CC de 1916:

Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – Aos descendentes.

II – Aos ascendentes.

III – Ao cônjuge sobrevivente.

IV – Aos colaterais.

V – Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União.

V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

(Redação dada pela Lei nº 8.049, de 1990).

Evidente, destarte, que a segunda recorrente restou impossibilitada de participar da sucessão do imóvel, objeto desta lide, na época e agora querem responsabilizá-la por cotas condominiais de imóvel que nunca possuiu, verdadeira injustiça, forçoso, portanto, o reconhecimento de que Maria de Fátima da Rocha Pinto é parte ilegítima no polo passivo da presente ação, pelo que deve ser excluída da lide, ou, acolhendo-se a teoria da asserção, decretando-se a improcedência do pedido em relação à mesma” (e-STJ f. 878/878 – grifou-se).

O imóvel que deu ensejo à presente ação de cobrança de cotas condominiais foi adquirido exclusivamente por Adriano Bezerra de Oliveira em 22/02/1985 (certidão de f. 40/42 e-STJ). De outro lado, o proprietário do bem contraiu núpcias com a ora recorrente Maria de Fátima Rocha Pinto em 18/01/1990, sob o regime de comunhão parcial de bens (certidão de f. 59/60 e-STJ).

Assim, verifica-se que a recorrente Maria de Fátima não faz jus à meação do imóvel, que não se comunica entre os nubentes, pois adquirido antes do casamento somente pelo falecido. Nessa condição, não pode ser considerada proprietária (meeira) do bem e, conseqüentemente, ser obrigada ao adimplemento das cotas condominiais por esse fundamento.

Do ponto de vista sucessório, a recorrente também não pode ser responsabilizada pelo pagamento das obrigações objeto da demanda.

Na hipótese, a abertura da sucessão de Adriano Bezerra de Oliveira se deu 08/05/1991, data de seu falecimento, portanto, a controvérsia deve ser dirimida sob a ótica do Código Civil de 1916.

Nesse sentido:

“DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NÃO RECONHECIDO NO CASO CONCRETO.

1. Em matéria de direito sucessório, a lei de regência é aquela referente a data do óbito. Assim, é de se aplicar ao caso a Lei nº 9278/1996, uma vez que o Código Civil ainda não havia entrado em vigor quando do falecimento do companheiro da autora, ocorrido em 19/10/2002.

2. Não há direito real de habitação se o imóvel no qual os companheiros residiam

era propriedade conjunta do falecido e de mais doze irmãos.

3. O direito real à habitação limita os direitos de propriedade, porém, quem deve suportar tal limitação são os herdeiros do *de cujus*, e não quem já era proprietário do imóvel antes do óbito e havia permitido sua utilização a título de comodato.

4. Recurso especial não provido.” (REsp nº 1.212.121/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 03/12/2013, DJe 18/12/2013 – grifou-se)

Pelo princípio da *saisine* (artigo 1.572 do CC/1916), com a morte do titular do direito, transmitem-se imediatamente a posse e a propriedade de seus bens aos herdeiros, independentemente da abertura de inventário.

Nessa perspectiva, sem adentrar na discussão acerca de eventual legitimidade individual de cada herdeiro para figurar no polo passivo da presente lide (questão não suscitada no recurso), é certo que a ex-esposa do falecido, Maria de Fátima Rocha Pinto, não ostenta a qualidade de herdeira do falecido, nos termos da legislação que deve reger a relação sucessória ora em exame (Código Civil de 1916).

Referida Lei Substantiva assim dispunha acerca da ordem de vocação hereditária:

“Art. 1.603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – Aos descendentes.

II – Aos ascendentes.

III – Ao cônjuge sobrevivente.

IV – Aos colaterais.

V – Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União.

(...)

Art. 1.606. Não havendo herdeiros da classe dos descendentes, são chamados a sucessão os ascendentes.

(...)

Art. 1.611. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se ao tempo da morte do outro não estava dissolvida a sociedade conjugal.” (grifou-se)

Nos termos do Código Civil de 1916, o cônjuge sobrevivente só ostentava a qualidade de herdeiro na hipótese de inexistência de descendentes e ascendentes do titular da herança, de acordo com a ordem de vocação hereditária prevista no referido diploma legal, situação não configurada no caso dos autos.

A propósito:

“DIREITO SUCESSÓRIO. ART. 1.611, § 1º, CC/16. USUFRUTO VIDUAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPANHEIRA CONTEMPLADA EM TESTAMENTO COM PROPRIEDADE DE VALOR IGUAL OU SUPERIOR AOS BENS SOBRE OS QUAIS RECAIRIA O USUFRUTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O usufruto vidual do consorte sobrevivente tem como escopo a salvaguarda do mínimo necessário ao cônjuge ou companheiro que não possui, obrigatoriamente, quinhão na herança do falecido, como no caso de comunhão parcial ou separação absoluta, em sucessões abertas na vigência do Código Beviláqua, que não considerava o cônjuge como herdeiro necessário.

2. Por isso que não faz jus ao usufruto legal a que alude o art. 1.611, § 1º, do Código Civil revogado, a companheira que foi contemplada em testamento com bens de valor superior ou igual àqueles sobre os quais recairia o usufruto.

3. Tendo sido legado à companheira do falecido propriedade equivalente a que recairia eventual usufruto, tem-se que tal solução respeita o que dispõe o art. 1.611, § 1º, do CC/16, uma vez que, juntamente com a deixa testamentária de propriedade, transmitem-se, por consequência, os direitos de usar e de fruir da coisa, na proporção exigida pela lei.

4. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp nº 594.699/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009 – grifou-se)

“CIVIL. TESTAMENTO. Se não houver herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; a companheira só tem o direito de reclamar a meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira.”

(REsp nº 191.393/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, Terceira Turma, julgado em 20/08/2001, DJ 29/10/2001 – grifou-se)

Portanto, à recorrente Maria de Fátima Rocha Pinto não caberá nenhum quinhão na herança do falecido, motivo pelo qual não pode ser obrigada a responder pelo não pagamento das cotas condominiais de imóvel do titular da herança ainda não submetido ao processo de inventário. É de rigor, assim, a sua exclusão do polo passivo da lide.

4. Das parcelas vincendas

Quanto à pretensão de limitar os débitos de cotas condominiais que venceram no curso do processo à data de prolação da sentença, não assiste razão aos recorrentes.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido que, na ação de cobrança de cotas condominiais, são devidas

todas as parcelas que vencerem no curso do processo, durante todo o período que perdurar a relação obrigacional, por se tratar de prestações periódicas, nos termos do art. 290 do Código de Processo Civil de 1973.

Nesse sentido:

“AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA N° 284/STF. JULGAMENTO *EXTRA PETITA* E FORMULAÇÃO DE PEDIDO GENÉRICO. COTAS CONDOMINIAIS VINCENDAS. VIABILIDADE. JUNTADA DE DOCUMENTOS. CONTRADITÓRIO RESPEITADO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. SUPOSTA INADIMPLÊNCIA DO DEMANDANTE E ALEGADA IMPREESTABILIDADE QUANTO À JUNTADA DE DOCUMENTOS. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA.

1. A interposição de recurso especial fundado na alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal exige a indicação da lei federal entendida como violada e de seu respectivo dispositivo, sob pena de não conhecimento do apelo em razão de fundamentação deficiente. Incidência da Súmula n° 284 do STF.

2. Se os fatos narrados na peça preambular e a causa de pedir ajustam-se, plenamente, à natureza do provimento conferido à parte autora pela sentença, parcialmente confirmada pelo acórdão da apelação cível, não cabe falar em julgamento *extra petita*, tampouco em contrariedade ao art. 460 do CPC.

3. O pagamento de cotas condominiais vincendas não pagas no período em que perdurar a relação obrigacional inclui-se na condenação, ainda quando não formulado tal pleito na inicial da ação de cobrança.

4. A falta de prequestionamento e o necessário revolvimento de matéria fático-pro-

batória obstam o conhecimento do apelo extremo quanto à alegação de que o demandante não teria comprovado a inadimplência das taxas condominiais vincendas.

5. Consoante o disposto no art. 398 do CPC, admite-se a juntada de documentos à demanda em qualquer fase processual, desde que respeitado o contraditório.

6. A alegação de imprestabilidade de documentos juntados para fins de comprovação do direito alegado pelo recorrido é tema cuja análise é vedada, na via do recurso especial, ante a incidência da Súmula n° 7/STJ.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e desprovido.” (REsp n° 1.293.490/ES, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 29/05/2015 – grifou-se)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS. PRESTAÇÕES PERIÓDICAS. PARCELAS VINCENDAS DEVEM SER INCLUÍDAS NA CONDENAÇÃO ENQUANTO DURAR A OBRIGAÇÃO. SÚMULA N° 83/STJ.

1. Não há falar em afronta ao artigo 535 do CPC se o Tribunal de origem examinou os aspectos delineados na lide e apresentou os fundamentos fáticos e jurídicos nos quais apoiou suas conclusões.

2. Na hipótese, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em consonância com aquele perfilhado pelo STJ, no sentido de que ‘são alcançadas pela execução, transitada em julgado a sentença que determinou a inclusão das verbas que se vencerem no curso do processo, todas as parcelas devidas enquanto durar a obrigação, nos termos do art. 290 do Código de

Processo Civil'. (REsp nº 241.618/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Terceira Turma, julgado em 24/10/2000, DJ 12/02/2001). Incidência da Súmula nº 83/STJ na hipótese.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no AREsp nº 221.371/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 27/09/2013 – grifou-se)

5. Da assistência judiciária gratuita

Quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita, impõe-se ressaltar que é desnecessária a renovação do pedido de concessão do benefício se este já tiver sido deferido nas instâncias de origem, como ocorreu no caso dos autos (AgRg nos EAREsp nº 86.915/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Corte Especial, DJe 04/03/2015).

6. Da Prejudicialidade da alegação de violação do art. 535 do CPC/1973

Por fim, no tocante à alegada negativa de prestação jurisdicional, em relação à suposta omissão no julgado impugnado, envolvendo os temas (i) ilegitimidade passiva de uma das partes demandadas, (ii) exclusão das cotas condominiais após a sentença e (iii) concessão do benefício da justiça gratuita, observa-se que as matérias foram decididas no presente recurso, motivo por que a irresignação, neste particular, encontra-se prejudicada.

7. Do dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe parcial provimento para excluir do polo passivo da demanda a senhora Maria de Fátima Rocha Pinto, julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, no tocante à mencionada ré.

Solução nesse sentido implica a condenação da parte autora, porquanto vencida no ponto, ao

pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em favor dos patronos da ré Maria de Fátima Rocha Pinto (representada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro), que ora são fixados no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973.

Os ônus sucumbenciais quanto aos demais réus ficam mantidos conforme fixados nas instâncias ordinárias, ressaltando-se que, no caso em apreço, o prévio deferimento dos benefícios da gratuidade de justiça impõe o reconhecimento de que as obrigações têm sua exigibilidade suspensa.

**HABEAS CORPUS Nº 626.135 – RJ
(2020/0299343-5)**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de L.O.C.P., contra v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Depreende-se dos autos que o ora paciente encontra-se preso, preventivamente, pela suposta prática do delito capitulado no art. 271-A do Código de Processo Penal.

Irresignada, Defesa impetrou *habeas corpus*, buscando a revogação da prisão preventiva do paciente, perante a eg. Corte de origem. A ordem foi denegada em v. acórdão com a seguinte ementa, *verbis*:

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 217- A, COMBINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. ARTIGO 312 E ARTIGO 313, INCISO I, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E ARTIGO 315 DO

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. ARTIGO 319 DA LEI PROCESSUAL PENAL. INVIABILIDADE JURÍDICA. AS CONDIÇÕES SUBJETIVAS, COMO A PRIMARIEDADE, RESIDÊNCIA FIXA NO DISTRITO DA CULPA E ATIVIDADE LABORATIVA LÍCITA, EMBORA DEVAM SER DEVIDAMENTE VALORADAS, NÃO CONSTITUEM, POR SI SÓ, MOTIVOS A ENSEJAR A CONCESSÃO DE LIBERDADE AO PACIENTE, QUE DEVE SER ANALISADA EM COTEJO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE O PACIENTE SEJA PORTADOR DE COMORBIDADES E QUE ESSAS COMORBIDADES O COLOCASSEM NO CHAMADO GRUPO DE RISCO PARA O COVID-19 (SARS-COV-2). ACRESÇA-SE A ISSO, QUE A IMPETRANTE NÃO TROUXE AOS AUTOS QUAISQUER ELEMENTOS QUE INDICASSE QUE O LOCAL ONDE O PACIENTE FOI SEGREGADO NÃO POSSUA CONDIÇÕES DE ATENDIMENTO A ELE, SENDO CERTO, QUE A CONCESSÃO DA LIBERDADE NÃO DEVE SER FEITA DE MANEIRA AMPLA E IRRESTRITA, SEM QUE ESTEJA COMPROVADA SEQUER A EXISTÊNCIA DE CASOS CONFIRMADOS DE COVID-19 DENTRO DO PRESÍDIO EM QUE O PACIENTE SE ENCONTRA. ADEMAIS, VERIFICA-SE QUE O SISTEMA PRISIONAL VEM SEGUINDO O PLANO DE CONTINGÊNCIA ESTABELECIDO NA RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 736, EXPEDIDO PELAS SECRETARIAS DE SAÚDE E DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, DE MODO A EVITAR OU REDUZIR A PROPAGAÇÃO DA COVID-19 NO ÂMBITO DAS UNIDADES PRISIONAIS, RAZÃO PELA QUAL NÃO SE CONSTATA, POR ORA, QUALQUER CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEFENSORIA PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA. INSTA REGISTRAR, QUE JÁ

É FEITA A INTIMAÇÃO NOS PROCESSOS QUE TRAMITAM EM SEGUNDO GRAU E QUE É DIRIGIDA AOS SEUS MEMBROS QUE ATUAM JUNTO A ESTA CÂMARA CRIMINAL. VIA ESCOLHIDA QUE NÃO PERMITE DILAÇÃO PROBATÓRIA, PELO QUE NÃO SE PODE DECOMPOR CONCRETAMENTE O MÉRITO DA IMPUTAÇÃO NESTE MOMENTO PROCESSUAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM”.

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal consubstanciado na ausência de fundamentação idônea a justificar a decretação da segregação cautelar do paciente. Pondera que a prisão foi imposta pela gravidade abstrata da conduta supostamente praticada.

Defende as boas condições pessoais favoráveis do paciente.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva do paciente e, subsidiariamente, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

A liminar deferida a f. 58-60.

O Ministério Público Federal, a f. 73-75, manifestou-se pela concessão da ordem, em parecer ementado nos seguintes termos:

“*HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA FORMA TENTADA. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO EM PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. – Pela concessão da ordem para que a prisão preventiva seja substituída por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal”.

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus*

em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no *mandamus*.

Pretende o paciente, em síntese o reconhecimento da ausência de fundamentação idônea da decisão que determinou a sua segregação cautelar, bem como do excesso de prazo para a formação da culpa.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (v.g. HC n° 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 18/10/2012).

Nesse sentido é a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte: HC n° 551.642/SP, Sexta Turma, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJe de 14/02/2020; HC n° 528.805/SC, Quinta Turma, Rel. Min. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador convocado do TJPE), DJe de 28/10/2019; HC n° 534.496/SP, Sexta Turma, Rel. Min.^a. LAURITA VAZ, DJe de 25/10/2019; HC n° 500.370/SC, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 29/04/2019.

No caso em tela, não houve a devida fundamentação apta a justificar, em princípio, a manutenção da segregação cautelar, porquanto a prisão preventiva do ora paciente foi decretada tão somente porque:

“No caso em tela, a prisão em flagrante decorreu da prática, em tese do crime do art. 217-A tentado, punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Admite-se, portanto, a prisão preventiva, nos termos do art. 313, I, do CPP. Há prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, materializados nos depoimentos das testemunhas e vítima em sede policial, bem como no reconhecimento realizado pela vítima. No caso concreto, consoante caderno policial, o custodiado teria praticado crime sexual contra uma menina de doze anos. Narra a vítima, de doze anos de idade, que, depois que escureceu, estava em um posto de gasolina vendendo salgado, quando se aproximou um homem velho com barba branca, barrigudo, homem este que sempre vê abastecendo o carro naquele posto e que já comprou sua empada. Afirma que este homem começou a fazer cócegas na sua barriga e depois colocou uma das mãos na sua perna, começou a alisar, subiu e chegou até a sua virilha, por fora do short, e depois por dentro do short, mas não chegou encostar na vagina. Relata que, nesse momento, uma mulher que estava abastecendo o carro se aproximou falando muito e chamando a atenção do homem, dizendo: ‘ELA É SÓ UMA CRIANÇA’. Salienta que o marido dessa mulher chegou perto, fazendo com que o custodiado retirasse a mão de dentro do seu short. Diz a vítima que ficou muito assustada, contou o que aconteceu ao primo que estava por perto, pediu ajuda a uma tia e foram todos conduzidos à delegacia assim que policiais militares chegaram ao local. Não se deve descuidar que o ‘*modus operandi*’ do delito – praticado em local público e frequentado por diversas pessoas contra uma menor de doze anos de idade – revela, demasiadamente, a audácia e o destemor do custodiado, de modo a atentar contra a paz social e acarretar deletérias repercussões na sociedade, já tão castigada e acabrunhada pela assente criminalidade. Com efeito, no caso em

concreto, extrai-se, da empreitada delitiva, um maior desprezo pelos bens jurídicos tutelados, o que destoa do ínsito ao tipo penal aplicável, e, por consequência, demonstra a periculosidade concreta do custodiado e a perspectiva de novas infrações penais, corroborando a existência do ‘*periculum libertatis*’. Sobre o ponto, frise-se que ‘tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares pessoais, essas últimas introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011, destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena ao condenado ou a absolvição do inocente) ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais’ (STJ – HC nº 389.291). A situação dos autos, portanto, transparece a alta periculosidade concreta do custodiado e a necessidade da prisão como garantia da ordem pública. Ademais, a liberdade do custodiado pode gerar mais temor à vítima que, já abalada pelo crime, ainda deverá comparecer em juízo para depor e realizar o ato de reconhecimento de forma isenta e livre de intimidações, tornando necessária a prisão cautelar por conveniência da instrução criminal, a fim de tutelar a produção da prova e não comprometer a busca pela verdade. Por derradeiro, não há falar em prisão domiciliar, tendo em vista que se trata de crime que envolve violência e grave ameaça a pessoa. Assim, com fundamento nos arts. 310, inciso II, 312 e 313 do CPP, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA”.

A análise do trecho transcrito, portanto, permite reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que os fundamentos que dão suporte à prisão cautelar do paciente, não se ajustam à orientação jurisprudencial desta Corte, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito, não se revela suficiente para

autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública.

Acerca da *quaestio*, destaco o seguinte precedente do col. Supremo Tribunal Federal:

“PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTOS – IMPUTAÇÃO. A gravidade da imputação não respalda a prisão preventiva, sob pena de tornar-se, em certas situações, automática. PRISÃO PREVENTIVA – PRÁTICA DELITUOSA – SUPosição. A custódia preventiva que vise a regular instrução criminal deve calcar-se em dados concretos, não se podendo supor a prática de atos que objetivem embaraçá-la” (HC nº 114.661/MG, Primeira Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 01/08/2014).

Sobre o tema, ainda, os seguintes julgados desta Corte Superior de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO DECRETO PRISIONAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II – A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real

indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III – *In casu*, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, não apresenta devida fundamentação, uma vez que a simples invocação da gravidade genérica do delito, nem mesmo a quantidade de droga apreendida (3,54 g de *crack*), não se revelam suficientes para autorizar a segregação cautelar com fundamento na garantia da ordem pública (HC nº 114.661/MG/STF, Primeira Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 01/08/2014).

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal” (HC nº 457.809/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 21/08/2018).

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da

impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. No caso dos autos, a prisão preventiva da paciente foi decretada com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, sem a observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Não foram apontados elementos concretos a justificar a segregação provisória. Nem mesmo a quantidade do entorpecente apreendido – 92,75 gramas de maconha –, pode ser considerada relevante a ponto de autorizar, por si só, a custódia cautelar da paciente, sobretudo quando considerada sua primariedade e bons antecedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva da paciente, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau” (HC nº 472.419/SP, Quinta Turma, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 13/11/2018).

“PROCESSUAL PENAL E PENAL. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. LIBERDADE PROVISÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS. VEDAÇÃO APRIORÍSTICA E GENÉRICA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA. NULIDADE.

1. Matéria que não foi enfrentada na Corte de origem não pode ser analisada diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância.

2. A gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade da vedação apriorística e genérica prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006.

3. É nula a decisão que decreta a prisão preventiva com base apenas na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, sem fundamentação concreta.

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, dado provimento para que o paciente responda ao processo em liberdade, mediante estabelecimento, pelo juízo de primeiro grau, das medidas cautelares diversas da prisão que entender cabíveis, salvo se por outro motivo estiver preso” (RHC nº 39.351/PE, Sexta Turma, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe de 04/09/2014, grifei).

Na mesma linha, os seguintes precedentes: AgRg no HC nº 278.766/SP, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 26/08/2014; RHC nº 39.351/PE, Sexta Turma, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe de 04/09/2014; RHC nº 47.457/MG, Sexta Turma, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe de 01/09/2014; HC nº 275.352/SP, Sexta Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 02/09/2014.

Assim, no que tange à segregação cautelar, tem-se que não houve a devida fundamentação apta a justificar a imposição da medida extrema, estando configurado o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício, para,

confirmando a liminar, revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

P. e I.

BRASÍLIA, 03 DE DEZEMBRO DE 2020.
MIN. FELIX FISCHER
RELATOR

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.896.626 – RJ
(2020/0245874-0)**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, fundamentado na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local.

Consta nos autos que o recorrido foi condenado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso IV, do CP, à pena de 14 anos de reclusão, em regime fechado. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação e o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo para decotar da pena o aumento decorrente dos maus antecedentes, pois decorridos mais de 5 anos do trânsito em julgado das duas condenações pretéritas ostentadas pelo recorrido, nos termos da seguinte ementa (e-STJ f. 369/371):

APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE MEIO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA – EPISÓDIO OCORRIDO NO BAIRRO SÃO MATHEUS, COMARCA DE SÃO JOÃO DO MERITI – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA DIANTE DO DESENLACE CONDENATÓRIO, PLEITEANDO A DECRETAÇÃO DA NULIDADE DO JULGAMENTO, POR ENTENDER QUE A DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA CARACTERIZOU-SE COMO

SENDO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS, INCLUSIVE QUANTO AO RECONHECIMENTO DA PRESENÇA DA-QUALIFICADORA, OU, ALTERNATIVAMENTE, A FIXAÇÃO DA SANÇÃO NO SEU PATAMAR MÍNIMO, SEM PREJUÍZO DA ISENÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - PARCIAL PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO RECURSAL DEFENSIVA - INOCORREU DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS, UMA VEZ QUE O CONSELHO DE SENTENÇA ESCOLHEU UMA DAS VERSÕES QUE LHE FORAM APRESENTADAS, PERFEITAMENTE SEDIMENTADA NAS DECLARAÇÕES JUDICIAIS PRESTADAS PELA COMPANHEIRA DA VÍTIMA, GISELE, QUEM OUVIU DIRETAMENTE DESTA E ANTES DE SE OPERAR O RESPECTIVO FALECIMENTO DE QUE FORA O RECORRENTE O AUTOR DOS DISPAROS DE ARMA DE FOGO QUE O ATINGIRAM, E O QUE SE DEU POR OCASIÃO DE SUA INICIATIVA DE LAVAR A PRÓPRIA MOTOCICLETA, O QUE O ENTRETINHA, DE FORMA QUE TAL CENÁRIO CONCORREU PARA COLHÊ-LO DE INOPINO - CONTUDO, A DOSIMETRIA MERECE REPAROS, DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES, MERCÊ DA EQUIVOCADA FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO SEU MÍNIMO LEGAL, CALCADA NA EXISTÊNCIA DE TAL INOCORRENTE PARÂMETRO EM DESFAVOR DO IMPLICADO, SEJA POR SE TRATAR DE UM INDIFERENTE PENAL AQUELA CONDENAÇÃO RETRATADA NA ANOTAÇÃO N° 01 DA F.A.C., MERCÊ DO SUCESSIVO TRANSCURSO DO DUPLO PERÍODO DEPURADOR, A PARTIR DA DATA DO CORRESPONDENTE TRÂNSITO EM JULGADO: O QUINQUENAL E AFETO À REINCIDÊNCIA (ART. 64, INC. N° I, DO C. PENAL) E AQUELE BIENAL E CONCERNENTE À REABILITAÇÃO (ART. 94, DAQUELE MESMO DIPLOMA LEGAL), SEJA PORQUE A CONDE-

NAÇÃO AFETA À SEGUNDA ANOTAÇÃO, EM VERDADE, RETRATA UMA REINCIDÊNCIA, INADMITINDO-SE A FUNGIBILIDADE ENTRE TAIS CONDIÇÕES NUMA INDEVIDA FORMAÇÃO DE UMA CONDIÇÃO INICIAL SANCIONATÓRIA MAIS GRAVOSA, A CONDUZIR AO RESPECTIVO DESCARTE DIANTE DAQUILO QUE SE ASSEMELHA A UMA ANALOGIA *IN MALAM PARTEM*, INICIATIVA QUE ORA SE PROCEDE - NESTE SENTIDO, E EM SE CONSIDERANDO QUE SE ESTÁ DIANTE DE UM HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE MEIO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA, FIXA-SE DA PENA-BASE NO SEU PATAMAR MÍNIMO DE 12 (DOZE) ANOS DE RECLUSÃO, SANÇÃO QUE SE TORNA DEFINITIVA PELA ININCIDÊNCIA À ESPÉCIE DE QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA MODIFICADORA - MANTÉM-SE O REGIME CARCERÁRIO FECHADO, *EX VI LEGIS*, DE ACORDO COM O QUE PRELECIONA O ART. 33, § 2°. ALÍNEA "A", DO C. PENAL - O ÔNUS RELATIVO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS É CONSECUTÁRIO DIRETO DA SUCUMBÊNCIA E DERIVAÇÃO DO COMANDO INSERTO NO ART. 804 DO CPP, NÃO HAVENDO QUALQUER AMPARO LEGAL PARA QUE SE PROMOVA A RESPECTIVA ISENÇÃO, MESMO EM CONSEQUÊNCIA DE EVENTUAL RECONHECIMENTO DO CARÁTER DE MISERABILIDADE JURÍDICA, DECLARADO EM BENEFÍCIO DO APELANTE - NESTA ESTEIRA DE PENSAMENTO, SABE-SE QUE A SUSPENSÃO DA RESPECTIVA EXECUTORIEDADE, OU QUALQUER OUTRA MEDIDA DE CUNHO LIBERATÓRIO, DEVERÁ ACONTECER, EM MOMENTO PROCEDIMENTAL ADEQUADO EM SEDE DE EXECUÇÃO, JUÍZO QUE, ALIÁS, DETÉM A COMPETÊNCIA PARA TANTO (SÚMULA N° 74 DESTE E. TJRJ) - PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.

Nas razões do recurso especial, alega a parte recorrente violação do artigo 59 do CP, sustentando que “o dispositivo acima mencionado teve sua vigência expressamente negada pelo v. acórdão impugnado, que deu parcial provimento ao recurso defensivo, entendendo, em síntese, condenações anteriores transitadas em julgado há mais de cinco anos não constituem maus antecedentes”(e-STJ f. 391).

Aponta que “vale observar que, no caso, o recorrido conta com duas condenações anteriores transitadas em julgado por crimes de roubo qualificado. No entanto, o *decisum* entendeu que essas condenações anteriores não poderiam ser consideradas como maus antecedentes, isto porque já decorrido o período depurador do art. 64, I, do Código Penal”(e-STJ f. 392).

Aduz que “o que não se admite, nos termos do enunciado n° 444 da Súmula desse E. Superior Tribunal de Justiça, é a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravação da reprimenda”(e-STJ f. 393).

Afirma que “*data venia*, revela-se equivocado o entendimento esboçado no v. Acórdão recorrido que, para descartar os maus antecedentes do ora recorrido, argumentou também que uma das duas anotações com trânsito em julgado tratava-se, na verdade, de configuradora da agravante da reincidência. Ainda que assim o fosse, o que é vedado, nos termos do enunciado n° 241 da Súmula desse E Superior Tribunal de Justiça, é a consideração de uma mesma condenação como indicativo de maus antecedentes e, a seguir, como prova da presença da agravante da reincidência, o que não ocorre na presente hipótese uma vez que o recorrido não foi reconhecido como reincidente, mas apenas como possuidor de maus antecedentes.”(e-STJ f. 398).

Alega que “desta forma, possuindo o réu duas condenações transitadas em julgado e não configuradoras de reincidência, compete ao magistrado considerá-las como indicativo de maus antecedentes”(e-STJ f. 398).

Requer o provimento do recurso a fim de que sejam consideradas as condenações pretéritas do réu como configuradoras de maus antecedentes, com a majoração da pena-base nos termos da sentença.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ f. 404/790), o Tribunal *a quo* admitiu o recurso especial (e-STJ f. 792/796) e o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso (e-STJ f. 813/816):

RECURSO ESPECIAL. PLEITO PELA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL

É o relatório. Decido.

O recurso é cabível, tempestivo e a matéria foi devidamente prequestionada.

Passo à análise do recurso.

Busca-se, no presente caso, o reconhecimento da ilegalidade no decote da pena-base dos maus antecedentes.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade

Sobre o tema, o juiz sentenciante assim fundamentou a fixação da pena do recorrido (e-STJ f. 300/301):

(...)

No tocante às circunstâncias judiciais da 1ª fase da dosimetria, quanto à culpabilidade do agente, entendo que não excedeu ao normal do tipo. Verifica-se que o réu possui outras anotações, em especial duas condenações criminais transitadas em julgado,

incapazes de configurar a agravante da reincidência, porém aptas a serem valoradas nesta fase, conforme FAC de f. 49/57. Ademais, a personalidade do acusado não foi objeto de prova, como também não o foi sua conduta social. Considero que as circunstâncias, consequências e motivos do crime foram normais à espécie. Nada a valorar em virtude do comportamento da vítima. Assim, em virtude da circunstância negativa, aumento a pena-base em 2 anos, fixando-a em 14 (quatorze) anos de reclusão. Não concorrem circunstâncias atenuantes nem agravantes. Torno a pena definitiva, ante a inexistência de causas de diminuição ou de aumento de pena.

(...)

Por sua vez, a Corte de origem decotou os maus antecedentes da pena do recorrido, pelos seguintes fundamentos (e-STJ f. 372):

(...)

Contudo, a dosimetria merece reparos, diante da inexistência de maus antecedentes, mercê da equivocada fixação da pena base acima do seu mínimo legal, calcada na existência de tal inócua parâmetro em desfavor do implicado, seja por se tratar de um indiferente penal aquela condenação retratada na anotação nº 01 da F.A.C (f. 153/162), mercê do sucessivo transcurso do duplo período depurador, a partir da data do correspondente trânsito em julgado: o quinquenal e afeto à reincidência (art. 64, inc. nº I, do C. Penal) e aquele bienal e concernente à reabilitação (art. 94, daquele mesmo Diploma Legal), seja porque a condenação afeta à segunda anotação, em verdade, retrata uma reincidência, inadmitindo-se a fungibilidade entre tais condições numa indevida formação de uma condição

inicial sancionatória mais gravosa, a conduzir ao respectivo descarte diante daquilo que se assemelha a uma analogia *in malam partem*, iniciativa que ora se procede.

(...)

Com razão a parte recorrente no que se refere aos maus antecedentes. Isto se dá porque é assente nesta Corte Superior que é possível o aumento da pena-base em decorrência de condenações anteriores extintas ou cumpridas há mais de 5 (cinco) anos, pois, embora não caracterizem a reincidência, tais condenações podem ser utilizadas para fins de maus antecedentes.

Ademais, verifico que o juiz sentenciante apenas levou em conta a desvalorização dos maus antecedentes na primeira fase da pena, e, na segunda fase dosimétrica, não reconheceu a agravante de reincidência. Dessarte, sendo o recorrido possuidor de duas condenações transitadas em julgado e não configuradoras de reincidência (em razão do transcurso do prazo previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal), cabe ao magistrado considerá-las como indicativo de maus antecedentes.

A propósito:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. ANTECEDENTES. APLICAÇÃO DO SISTEMA DA PERPETUIDADE. QUALIFICADORAS REMANESCENTES. VALORAÇÃO NA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO CABÍVEL PARA O RÉU REINCIDENTE E SEMIABERTO PARA O PRIMÁRIO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da

impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. No caso, as instâncias ordinárias valoraram como circunstâncias judiciais duas das três qualificadoras do crime de furto. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

4. No que tange à validade da condenação anterior para valorar negativamente os antecedentes, o tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não elimina essa circunstância judicial desfavorável, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade: ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal. Não houve, pois, ilegalidade na valoração dos antecedentes na pena-base.

5. De acordo com a Súmula nº 440/STJ, “fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão

da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”; e com a Súmula nº 719/STF, “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

6. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula nº 440 desta Corte. Tratando-se de réu reincidente, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, condenado à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, Alexandre deve cumprir sua pena em regime inicial fechado; por sua vez, Levi, por ser tecnicamente primário, com circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve iniciar o desconto da pena em regime prisional semiaberto, nos moldes do reconhecido no acórdão ora impugnado.

7. *Habeas corpus* não conhecido (HC nº 479.583/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, condenações passadas em julgado, atingidas pelo período depurador previsto em lei, embora não sirvam para atestar a reincidência do réu, podem ser consideradas como maus antecedentes para exasperar a pena-base.

2. Na hipótese, não se verifica ilegalidade a ser sanada na via eleita, porquanto o recorrente possui 1 condenação transitada em julgado, a qual foi corretamente valorada como maus antecedentes para exasperar a pena-base.

3. A existência de decisões do Supremo Tribunal Federal, desprovidas de efeito vinculante, em dissonância com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça com relação à mesma matéria, não obsta a este Sodalício que continue exercendo sua função constitucional e aplicando o entendimento que concluir mais adequado à legislação infraconstitucional.

4. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp nº 1.422.172/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. DECURSO DO PERÍODO DEPURADOR PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE nº 593.818 RG/SC – que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 03/04/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes –, certo é que, por ora, tanto a Quinta quanto a Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça possuem o entendimento consolidado de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes.

2. Tendo em vista a ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a existência de precedentes em ambos os sentidos e a ausência de qualquer excepcionalidade no caso dos autos, não há como qualificar de abusiva ou de ilegal a decisão que opta por uma das duas correntes e conclui que o réu possui maus antecedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC nº 471.346/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 21/05/2019, DJe 27/05/2019)

Dessa forma, a pena-base sofrerá o acréscimo de 1/6 em razão dos maus antecedentes do paciente.

Feitas tais considerações, passo ao ajuste da reprimenda:

Na primeira fase, mantidos os maus antecedentes, procedo ao aumento da pena-base na fração de 1/6, alcançando a basilar 14 anos de reclusão.

Na segunda etapa, a reprimenda se mantém neste patamar, uma vez que não existem atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, fica definitivamente fixada a reprimenda em 14 anos de reclusão, pois ausentes causas de diminuição ou aumento de pena. Ficam mantidos os demais termos da condenação.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 255, § 4º, III, do RISTJ e Súmula nº 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para, reconhecidas as condenações pretéritas do recorrido como configuradoras de maus antecedentes, fixar sua pena em 14 anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se.

BRASÍLIA, 16 DE NOVEMBRO DE 2020.
MIN. REYNALDO SOARES DA FONSECA
RELATOR

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA
ECA – 30 ANOS

A Constituição Federal de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, destaca-se pela defesa dos direitos humanos, em especial, por ter inserido em seu texto o art. 227¹, que assegura, às crianças, adolescentes e jovens, direitos fundamentais que devem ser garantidos pelo Estado, pela sociedade e pela família.

A Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989, e entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. É o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal, ratificado por 196 países. A ratificação do Brasil ocorreu em 24 de setembro de 1990².

Como decorrência, primando pelos ditames da Constituição Federal e da Convenção dos Direitos da Criança, foi promulgado, em 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, conhecido como ECA, que dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente. O ECA é uma importante lei infraconstitucional, que regulamenta os artigos 227 e 228 da CF/88, e serviu de modelo para vários países do mundo. O Estatuto tem como objetivo assegurar à criança e ao adolescente, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O ECA definiu a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e reconheceu a condição peculiar de desenvolvimento em que se encontram, reiterando a necessidade de prioridade absoluta na proteção de seus direitos como dever da família, da sociedade e do Estado. Além disso, o diploma legal também garantiu medidas socioeducativas de responsabilização dos adolescentes que incorrem em atos infracionais.

Anteriormente vigorava o Código de Menores, Lei nº 6.697, datada de 10 de outubro de 1979, dirigido aos menores de 18 anos em situação irregular, assim como aos jovens entre 18 e 21 anos, nos casos expressos em lei, relacionados, no art. 2º, em seis categorias a situação irregular³.

1 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.

2 Ver em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>.

3 Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal.

Durante a vigência do Código de 1979, os menores não eram considerados sujeitos de direitos, mas objeto de ações policiais e das políticas sociais. A lei de menores era instrumento de controle social da infância e do adolescente, vítimas de omissões da família, da sociedade e do Estado em seus direitos básicos.

Na opinião do Juiz de Direito do TJDF, MÁRCIO DA SILVA ALEXANDRE, “(...) com três décadas de implementação da doutrina da proteção integral, o adolescente infrator, que, obviamente, é adolescente para fins da CF/88 e do ECA, ainda sofre muitas dificuldades para ser considerado sujeito de direito em toda sua integralidade pela comunidade jurídica”⁴. No mesmo artigo, ainda acrescentou: “Com todas as vênias de quem entende contrariamente, mas permitindo fazer uso também de liberdade de interpretação, só no âmbito do pensamento, a doutrina da situação irregular parece ainda viver em nossos corações, em nossas mentes, na ponta de nossas canetas e, principalmente, sobre os adolescentes”.

Segundo os dados que integram a 6ª edição do Cenário da Infância e da Adolescência no Brasil, de 2019, divulgados pela Fundação Abrinq⁵, estimava-se, em 2018, que o Brasil tinha 68,8 milhões de crianças e adolescentes entre zero e 19 anos de idade, e que quase dois em cada cinco dos residentes do país nessa faixa etária se concentravam na Região Sudeste. Em uma análise regional, por outro lado, a Região Norte é a que apresentava a maior proporção de crianças e adolescentes, superando 41% de sua população. Em meio às informações disponibilizadas, certos dados merecem destaque: aproximadamente 63,5 milhões de pessoas vivem em situação de pobreza no Brasil, sendo que, deste total, 26,8 milhões se encontram em situação de extrema pobreza, vivendo com até um quarto do salário-mínimo, *per capita*. Quanto a esse quadro, Carlos Tilkian, presidente da Fundação Abrinq, alerta: “acreditamos que crianças e adolescentes devem ser foco prioritário das políticas, de redução da pobreza e das desigualdades sociais, buscando a promoção de uma sociedade mais justa e pacífica”⁶.

Com o intuito de avaliar os 30 anos de vigência do ECA no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça promoveu um evento virtual, em que foram discutidos os novos desafios que devem ser enfrentados pela família, sociedade e Estado. Segundo o Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ, RICHARD PAE KIM, “o ECA é irmão da Convenção dos Direitos da Criança. O Estatuto é uma legislação espelhada na Convenção e, em termos de normas, estamos muito bem. O que precisamos é passar para

4 Ver em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/o-adolescente-infrator-e-sujeito-de-direito-apos-30-anos-de-vigencia-do-eca-3>.

5 Ver em <https://www.fadc.org.br/noticias/fundacao-abrinq-lanca-cenario-da-infancia-e-da-adolescencia-no-brasil-2019>.

6 Idem.

a aplicação efetiva da lei, de maneira integral. O cumprimento integral de todos os direitos tem sido um desafio difícil de ser cumprido. Infelizmente, nosso país ainda é um dos países mais desiguais do mundo”⁷. A conclusão da contribuição do magistrado acerca dos temas discutidos no encontro é otimista: “o momento é de comemoração pelos avanços nas políticas voltadas à garantia dos direitos das crianças e adolescentes”.

Representando o TJ do Rio, a Juíza RAQUEL CHRISPINO, destacou que “um evento dessa magnitude mostra como o Estatuto da Criança e do Adolescente se tornou um marco do início de uma nova era, em que crianças e adolescentes passam a ter, no Brasil, um olhar diferenciado sobre seus direitos. Ainda estamos muito longe do ideal com alguns que não conseguem sentir que a prioridade constitucional é o único caminho possível para um futuro melhor”⁸.

Ainda durante o mesmo evento, ANN SKELTON, que é membro do Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas (ONU), colocou que o Brasil precisa melhorar no tratamento dado às crianças internalizadas: “É preciso pensar em maneiras alternativas de fornecer cuidados para essas crianças. Mais cuidados comunitários e familiares e menos institucionalização”. Outra consideração feita pela especialista trata do direito à educação: “O Comitê percebe fraquezas no sistema, principalmente na infraestrutura escolar. Isso é relevante se quisermos dar uma qualidade melhor de ensino às crianças”. SKELTON lembrou que o Brasil assinou, além da Convenção dos Direitos da Criança, os protocolos de combate à pornografia infantil, prostituição infantil, exploração de trabalho infantil, venda de crianças, e um procedimento de comunicações, para que, entre outras garantias, elas possam apresentar denúncias de violações de direitos⁹.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também realizou um encontro virtual para debater os trinta anos do ECA. O presidente do TJSP, desembargador GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO, durante a abertura do evento, assinalou: “Ao longo desses trinta anos, o ECA trouxe consideráveis avanços civilizatórios. A busca por aprimoramento e ampliação da efetivação de direitos de crianças e adolescentes há de ser perene e coletiva, mormente numa sociedade marcada por profundas desigualdades econômicas, estruturais e de oportunidades, como a brasileira”¹⁰.

7 Ver em <https://www.cnj.jus.br/agendas/congresso-digital-dos-30-anos-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente/>.

8 Ver notícia publicada pela Assessoria de Imprensa, em 26/06/2020, intitulada “Coordenadoria da Infância e Juventude participa de debate sobre a criação e aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

9 Ver em <https://www.cnj.jus.br/eca-30-anos-brasil-precisa-dar-respostas-mais-efetivas-a-problemas-estruturais/>.

10 TJSP promove o *webinar* “30 Anos do ECA”, em 19/10/2020. Ver em <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=62489>.

No referido *webinar*, o Corregedor-geral da Justiça de São Paulo, Desembargador RICARDO MAIR ANAFE, ao encerrar o evento, afirmou que a filosofia do ECA é muito humanista, e destacou: “O Estatuto mudou a visão em relação aos antigos ‘menores’. Ao adotar a doutrina da proteção integral, mudou o tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes”.

O ano de 2020, quando o ECA completa 30 anos, foi assolado pela pandemia do novo coronavírus. As medidas de prevenção, necessárias para coibir o contágio da doença, como o isolamento social, também agravam a situação de vulnerabilidade que atinge crianças e jovens. O confinamento das famílias brasileiras, o desemprego, a diminuição da renda familiar, o adoecimento mental e físico provocam o aumento dos casos de maus-tratos, exploração sexual, e crimes praticados na internet. Em função disso, atento às questões de saúde pública decorrentes da pandemia de Covid-19, o CNJ também tem monitorado a ocorrência de contaminações e óbitos em unidades socioeducativas de todo o país, e promovido ações de enfrentamento e controle para evitar a propagação do vírus nesses estabelecimentos.

Sendo assim, dos princípios que estruturam o ECA, o princípio da prioridade absoluta e o princípio do melhor interesse do menor estabelecem que os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser tutelados com absoluta prioridade, levando-se em conta o que é melhor para o menor. O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao contrário do Código de Menores, tem por objetivo a reeducação e reinserção do menor na sociedade, tendo como premissa fundamental o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MENOR SUBMETIDO À MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA POR OUTRA MAIS BRANDA. INVIABILIDADE. PECULIARIDADES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. HISTÓRICO INFRACIONAL DO ADOLESCENTE. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO ESTATAL MAIS CUIDADOSO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE LIBERDADE DEVIDO À PANDEMIA DO COVID/19. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, sedimentada no enunciado sumular nº 492, o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. – Todavia, essa medida é cabível em casos excepcionais, notadamente quando as circunstâncias do caso concreto demonstram se tratar da única medida socioeducativa adequada à sua ressocialização, nos termos do art. 100, c/c o art. 113, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

2. *In casu*, as instâncias de origem indicaram que, além da gravidade concreta do ato infracional praticado – especialmente diante da vultosa quantidade e diversidade de entorpecentes (388 g de maconha, 120 g de cocaína e 154 g de crack) –, o paciente ostenta diversas outras representações, inclusive pela prática de condutas análogas a crimes como tráfico

de drogas, razão pela qual a internação apresenta-se como a melhor alternativa no caso. Ademais, benefícios anteriores concedidos a ele foram ineficientes.

3. Essas circunstâncias demonstram a necessidade de um acompanhamento estatal mais cuidadoso que propicie ao adolescente sua desdrogadição, por meio de tratamentos clínicos e psicoterápicos, visando à sua ressocialização e reeducação, para que se possa refrear seu envolvimento com a criminalidade e possibilitar-lhe uma vida útil e produtiva.

4. Inviável a análise da pretensão em cumprir a medida imposta em liberdade, com base nas denominadas circunstâncias fáticas (crise de saúde pública gerada pela pandemia gerada pela COVID-19) e jurídicas (tendo em vista a Recomendação nº 62 do CNH, por configurar indevida supressão de instância.

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de AgRg no *Habeas Corpus* nº 567.090 - SC (2020/0069024-0), em que é Agravante:

G.M.T. (INTERNADO), Agravados: Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Ministério Público Federal e

Impetrado: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros RIBEIRO DANTAS, JOEL ILAN PACIORNIK e JORGE MUSSI votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro FELIX FISCHER.

BRÁSILIA (DF), 23 DE JUNHO DE 2020 (DATA DO JULGAMENTO)
MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RELATOR

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de agravo regimental contra decisão de minha lavra que não conheceu do *habeas corpus* no qual se pretendia fosse alterada a medida socioeducativa de internação imposta ao adolescente G. M. T., pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Afirma a Defensoria Pública da União que a medida de internação somente é cabível nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do ECA. E, no caso, o tráfico de drogas não pressupõe o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, o adolescente não ostenta nenhuma condenação por infração grave e não houve reiteração delitiva.

Invocando a Recomendação nº 62/2020 do CNJ, afirma, ainda, que “diante da situação de emergência em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19) e que, infelizmente, pode alcançar os presídios no país, haja vista que as situações precárias de insalubridade podem ser constatadas em todas as prisões brasileiras, impõe-se o cumprimento da medida socioeducativa em meio diverso das casas de internação”. (e-STJ, f. 469)

Pugna, assim, pela reconsideração da decisão, ou seja, o feito submetido à apreciação do órgão colegiado afastando a internação. Subsidiariamente, requer que o adolescente cumpra a medida, qualquer que seja a imposta, em liberdade, em razão da pandemia do novo coronavírus.

É o relatório.

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MENOR SUBMETIDO À MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO

DA MEDIDA POR OUTRA MAIS BRANDA. INVIABILIDADE. PECULIARIDADES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. HISTÓRICO INFRACIONAL DO ADOLESCENTE. NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO ESTATAL MAIS CUIDADOSO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE LIBERDADE DEVIDO À PANDEMIA DO COVID/19. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, sedimentada no enunciado sumular nº 492, o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. – Todavia, essa medida é cabível em casos excepcionais, notadamente quando as circunstâncias do caso concreto demonstram se tratar da única medida socioeducativa adequada à sua ressocialização, nos termos do art. 100, c/c o art. 113, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

2. *In casu*, as instâncias de origem indicaram que, além da gravidade concreta do ato infracional praticado – especialmente diante da vultosa quantidade e diversidade de entorpecentes (388 g de maconha, 120 g de cocaína e 154 g de crack) –, o paciente ostenta diversas outras representações, inclusive pela prática de condutas análogas a crimes como tráfico de drogas, razão pela qual a internação apresenta-se como a melhor alternativa no caso. Ademais, benefícios anteriores concedidos a ele foram ineficientes.

3. Essas circunstâncias demonstram a necessidade de um acompanhamento estatal mais cuidadoso que propicie ao adolescente sua desdrogadição, por meio de tratamentos clínicos e psicoterápicos, visando à sua ressocialização e reeducação, para que se possa refrear seu envolvimento com a criminalidade e possibilitar-lhe uma vida útil e produtiva.

4. Inviável a análise da pretensão em cumprir a medida imposta em liberdade, com base nas denominadas circunstâncias fáticas (crise de saúde pública gerada pela pandemia gerada pela COVID-19) e jurídicas (tendo em vista a Recomendação nº 62 do CNH, por configurar indevida supressão de instância.

5. Agravo regimental não provido.

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Sem razão o agravante.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente. Conforme relatado, busca a impetrante, em suma, o reconhecimento de constrangimento ilegal em face da determinação de internação do paciente, ao argumento de que a medida não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 122 do ECA.

Preliminarmente, cumpre observar que os princípios da proporcionalidade e da atualidade, em tema de aplicação de medidas socioeducativas, devem ser observados “no momento em que a decisão é tomada”, conforme preconiza o art. 100, parágrafo único, VIII do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, na aplicação das medidas deve-se levar em conta a necessidade e adequação à situação de perigo do adolescente no momento da tomada da decisão.

No caso, são estes, no que interessa, os fundamentos do acórdão recorrido (e-STJ, f. 413/414):

2. Da medida socioeducativa

Por outro vértice, a defesa pleiteia a aplicação de medida diversa da internação. Sem razão. Isso porque, além da gravidade concreta do ato infracional praticado – es-

pecialmente diante da vultosa quantidade e diversidade de entorpecentes, inclusive de alto poder deletério – o apelante ostenta diversas outras representações, inclusive pela prática de condutas análogas a crimes como tráfico de drogas, razão pela qual a internação apresenta-se como a melhor alternativa no caso. Nessa perspectiva, é cediço que para a escolha da medida socioeducativa a ser aplicada, deve ser levada em consideração a capacidade do menor de cumpri-la, associada às circunstâncias e à gravidade do ato infracional, nos termos do art. 112, § 1º, do ECA. Relativamente à medida socioeducativa de internação, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

“*In casu*”, muito embora o ato infracional ora analisado não tenha sido perpetrado com violência e/ou grave ameaça à pessoa, sua gravidade restou evidenciada pelas supramencionadas circunstâncias, bem como em consulta ao SAJ (Sistema de Automação da Justiça), verifica-se que L.S.B. apresenta processos e outros procedimentos relacionados à prática de atos infracionais graves e da mesma natureza do que os discutidos nestes autos, o que

demonstra a necessidade de aplicação de medida socioeducativa mais gravosa, seja pela ineficácia de medidas mais brandas, seja pela gravidade das condutas praticadas pelo adolescente, conforme se vê:

1) Autos nº 0009778-83.2018.8.24.0045: apelante apreendido em 03/09/2018, na posse de 1 (uma) porção de maconha, 5 (cinco) porções de cocaína e 8 (oito) pedras de crack – concessão de remissão cumulada com liberdade assistida;

2) Autos nº 0001887-74.2019.8.24.0045: apelante apreendido em 04/12/2018 na posse de 9 (nove) porções de maconha, 6 (seis) porções de cocaína e 1 (uma) pedra de crack – concessão de remissão cumulada com liberdade assistida;

3) 0004641-86.2019.8.24.0045: adolescente apreendido em 05/02/2019 na posse de motocicleta com sinal identificador adulterado – em curso;

4) 0005645-61.2019.8.24.0045: adolescente apreendido em 27/05/2019 pela prática de atos infracionais análogos aos delitos de resistência, desobediência e desacato (arts. 329, 330 e 331 do Código Penal) – em curso;

5) 0001564-12.2019.8.24.0064: adolescente apreendido em 19/12/2018 com 1 (uma) porção de maconha, 1 (um) rolo de papel seda usado, 1 (uma) chave de um automóvel da marca Chevrolet e 1 (um) cartão magnético no nome de terceira pessoa – representação pela prática de atos infracionais análogos à posse de droga para consumo (art. 28 da Lei nº 11.343/06)

e receptação (art. 180 do Código Penal) – concessão de remissão cumulada com liberdade assistida.

Inclusive, infere-se que a audiência em que fora concedida a remissão cumulada com liberdade assistida nos autos nº 0009778-83.2018.8.24.0045 e 0001887-74.2019.8.24.0045 ocorreu apenas 2 (dois) dias antes dos fatos apurados neste procedimento, o que demonstra que, após receber o benefício, o apelante imediatamente voltou a delinquir.

Aliás, observa-se que as anteriores benesses a ele concedidas, embora não possam ser valoradas como antecedentes infracionais, quando conjugadas com as demais circunstâncias pessoais e a gravidade do caso concreto, evidenciam a insuficiência de qualquer medida mais branda (nesse sentido, “*mutatis mutandi*”, vide: HC nº 401.642/SP, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017).

Pela leitura do recorte acima, verifica-se que acertadamente foi aplicada medida de internação ao paciente, pois ostenta diversas outras representações, inclusive pela prática de condutas análogas ao crime de tráfico de drogas. Ademais, beneficiado com remissão cumulada com liberdade assistida, voltou a delinquir.

Ressalte-se, ainda, a grande quantidade e variedade de entorpecente com ele apreendido – 16 (dezesesseis) porções de maconha, com massa bruta total de 388,8 gramas (trezentos e oitenta e oito gramas e oito decigramas), 242 (duzentas e quarenta e duas) porções de cocaína, com massa bruta de 120,8g (cento e vinte gramas e oito decigramas), 334 (trezentas e trinta e quatro) porções de substância conhecida como crack,

cuja massa bruta totalizou 154,5 gramas (cento e cinquenta e quatro gramas e cinco decigramas).

Como se pode ver, a medida de internação foi determinada com base nas peculiaridades do caso concreto, encontrando-se devidamente fundamentada, nos termos do que autoriza a jurisprudência desta Corte Superior.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DECISÃO MONOCRÁTICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA DIVERSA DA INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO EM ATO INFRACIONAL. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I – É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II – O r. *decisum* que impôs a medida socioeducativa de internação está fundamentado em elementos concretos extraídos dos autos que demonstram a necessidade de manter o adolescente submetido a processo de reeducação e conscientização, mormente se considerarmos que “O adolescente não é jejuno na seara infracional, já recebeu medida em meio aberto pela prática de ato infracional equivalente a furto qualificado (f. 13)”.

III – De acordo com a legislação de regência, a medida socioeducativa de internação impõe-se nas hipóteses taxativamente arroladas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim redigido: “Art. 122.

A medida de internação só poderá ser aplicada quando: I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. § 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses. § 2º Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada

IV – Em face das peculiaridades do caso, a aplicação da internação mostra-se correta, pois além da finalidade pedagógica e protetiva, tenho que outra medida seria insuficiente para retirá-lo da situação de risco social em que se encontra.

V – O Juízo da Execução detém a competência para determinar, a qualquer tempo, a modificação da medida socioeducativa aplicada, de acordo com a situação pessoal e as necessidades de ressocialização do paciente, *ex vi* dos artigos 99 e 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no HC nº 550.587/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 26/02/2020)

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. ORDEM DENEGADA.

1. Dispõe o art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a aplicação de medida socioeducativa de internação é possível nas seguintes hipóteses: por ato infracional

praticado mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa; pela reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta.

2. Na hipótese, não se vislumbra ilegalidade na aplicação da medida de internação, pois foi fundamentada nas peculiaridades do caso concreto, em que, além da quantidade de drogas apreendida em poder do paciente – 73 porções de maconha, com peso de 261,8g (duzentos e sessenta e um gramas e oito decigramas), 114 porções de cocaína, com peso de 144,63g (cento e quarenta e quatro gramas e sessenta e três centigramas), e 35 porções de cocaína na forma de “crack”, com peso de 4,4g (quatro gramas e quatro decigramas) -, há menção à reiteração no cometimento de atos infracionais à fragilidade da situação familiar vivida pelo adolescente, e à avaliação da equipe multidisciplinar da Fundação Casa, na qual foi evidenciado o comportamento agressivo e subversivo do jovem e sua identificação com o meio criminoso, de maneira que não há nenhum constrangimento ilegal decorrente da imposição da medida mais gravosa.

3. Ordem denegada. (HC nº 517.098/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 15/10/2019, DJe 23/10/2019)

Inviável a análise da pretensão em cumprir a medida imposta em liberdade, com base nas denominadas circunstâncias fáticas (crise de saúde pública gerada pela pandemia gerada pela COVID-19) e jurídicas, tendo em vista a Recomendação nº 62 do CNH, por configurar indevida supressão de instância.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ECA. AGRAVO EM EXECUÇÃO. LIMINAR DEFERIDA NA ORIGEM. EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO. DECISÃO DO JUÍZO DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. SUSPENSÃO DOS MANDADOS DE BUSCA E APREENSÃO PARA O CUMPRIMENTO DE MEDIDAS DE INTERNAÇÃO EM FACE DA PANDEMIA DA COVID-19. RECOMENDAÇÃO Nº 62/CNJ. REAVALIAÇÃO DAS MEDIDAS. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DIANTE DOS RISCOS SOCIAIS ENVOLVIDOS EM CADA CASO CONCRETO. NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 198, VII, DO ECA. TEMA NÃO APRECIADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. REALIZAÇÃO POSTERIOR À APRECIÇÃO DA LIMINAR NO AGRAVO. NÃO OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. *WRIT* INDEFERIDO LIMINARMENTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A reavaliação das medidas socioeducativas não pode prescindir da necessária individualização, sendo indevida a consideração generalizada avessa as particularidades da execução, que devem ser ponderadas diante dos riscos sociais envolvidos de cada caso concreto, nos termos estabelecidos pela Recomendação nº 62/CNJ.

2. A não observância do juízo de retratação antes da remessa do agravo a instâncias *ad quem* consiste em mera irregularidade, especialmente se for considerado que o Juízo de 1º grau manteve, mesmo que em data posterior à apreciação da liminar, a sua decisão, não se verificando prejuízo à defesa ou manifesta ilegalidade no caso.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC nº 574.224/AP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 09/06/2020, DJe 16/06/2020)

Nesses termos, não verifico nenhuma ilegalidade a ser sanada na via estreita do *mandamus*.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RELATOR**

ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. INFANTE. SITUAÇÃO DE RISCO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ECA. REINTEGRAÇÃO FAMILIAR. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE INFANTE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRETENSÃO DO GENITOR DE RETOMADA DA CONVIVÊNCIA COM SUA FILHA MENOR. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. ACERTO DO JULGADO. 1. A adoção da doutrina da proteção integral pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1º da Lei nº 8.069/90) fortaleceu o Princípio do Melhor Interesse da Criança, que deve ser observado em quaisquer circunstâncias, inclusive nas relações familiares, razão pela qual as decisões que envolvam os relacionamentos familiares da criança devem ser revestidas de necessária cautela e ponderação dos interesses envolvidos. 2. Além de estipular que nenhuma criança ou adolescente pode ser objeto de negligência, violência ou opressão (art. 5º da Lei nº 8.069/90), o Estatuto determina uma intervenção precoce, assim que conhecida a situação de risco (art. 100, parágrafo único, VI, ECA). 3. Assim, embora a família seja, em regra, garantidora da dignidade e integridade físico-psíquica do menor, uma vez que, excepcionalmente, se mostre incapaz de materializar tal proteção, há dever do Estado de se mobilizar, se necessário em detrimento dos pais. Isto porque existe um

interesse superior e absolutamente prioritário no sentido de que o infante desfrute de uma relação familiar pautada pelo respeito, dignidade, amor, aceitação, dentre outros, com intuito de lhe propiciar a melhor qualidade de vida possível, tudo conforme diretrizes definidas no art. 227 da CRFB que seguem reproduzidas e ampliadas nos arts. 3º, 4º e 5º, do ECA. 4. Da detida análise dos autos, conclui-se que a infante se encontrava em situação de vulnerabilidade em razão da conduta de seu genitor, o qual deveria zelar pela integridade da menor. 5. Compulsando os autos, também, restou demonstrado que o apelante não trouxe aos autos nenhuma prova de que tenha comportamento saudável e equilibrado para ter a filha sob os seus cuidados, além do que não há documento que comprove a sua idoneidade para assumir a paternidade. Na verdade, as provas dos autos comprovam que não há possibilidade de reintegração familiar da menor com o seu genitor, ora apelante. 6. Prova testemunhal, Relatórios Informativos e Plano de Atendimento Individual – PAI da menor que comprovam a impossibilidade de convivência da menor com o seu genitor. 7. Sentença que se mantém. 8. Recurso ao qual se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0247384- 40.2018.8.19.0001, em que figura como Apelante: I.J.S.O. e Apelada: R.G.S.

Acordam os Desembargadores que integram a 26ª 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 o presente feito de procedimento preliminar de acolhimento da menor R.G.S.

Na forma regimental, adoto o relatório da sentença de f. 71/72 (indexador 85):

“Vistos etc. Versa o caso em tela sobre processo de jurisdição voluntária, ajuizado em decorrência da situação de vulnerabilidade. Nesse diapasão, deve-se frisar que, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a atual Constituição da República, com absoluta prioridade, determinam que é dever do Estado e da Família, assegurar a efetivação dos direitos inerentes à vida, à saúde, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar das crianças e adolescentes, colocando-os a salvo de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Como consequência, desse dever legal, procura-se satisfazer o direito da criança e do adolescente à convivência familiar sadia (artigo 227 da Constituição Federal de 1988) a fim de que se desenvolva em sua plenitude como uma pessoa livre, feliz e saudável. Portanto, o fundamento de direito desta demanda encontra guarida no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na Proteção Constitucional da Família, no Melhor Interesse da Criança e na sua Proteção Integral conforme descrevem os artigos 1º, III, 3º, 226, 227, 277 da Constituição Federal e artigo 10 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Com efeito, após a oitiva dos interessados e do núcleo familiar da criança, dentre outros aspectos, restou incontroverso a existência de violência doméstica perpetrado no ambiente familiar da menina de forma que neste momento a genitora e sua filha A.C. foram durante o transcurso desta audiência encaminhados até o comissariado deste juízo para eventual inclusão em programas protetivos diante da manifestação de vontade clara, coesa de ambos os elementos. Nesse sentido, e nessa linha de raciocínio, restou positivado o

ambiente de conflituosidade existente que por sua vez deu ensejo a constatação da violação dos direitos da menina que se encontrava em situação de risco. Após os esclarecimentos de ambas as equipes nota-se que a menina é fortemente vinculada com seu irmão que já se encontra sob a guarda dos seus familiares na Paraíba, o que por sua vez, nos leva a acreditar que a reintegração familiar pela tia da menina é positivo, principalmente, porque a própria genitora confia em sua irmã e manifestou o desejo de manter com eles o contato. Assim, considerando o sofrimento da menina, além da vinculação afetiva existente entre ela e seus familiares residentes na Paraíba, que por sinal realizaram todo o movimento esperado no sentido de com ela permanecer, conforme descreve os relatórios, a reintegração familiar, é a medida que melhor atende aos seus interesses. Isso porque tem ela o direito de conviver em família em lugar seguro, estável e afetivo. Foi se sentido a manifestação ministerial. A reintegração familiar deverá ser realizada através da guarda provisória para a senhora J.L.S.G. (f. 62), Isto posto decreto a reintegração familiar através da concessão da guarda provisória pelo prazo de 180 dias para J.L.S.G. em benefício da infante R.G.S. Lavre-se o termo. Deverá a guardiã neste prazo promover o ajuizamento da demanda pertinente perante o juízo de estilo. isto posto julgo extinto o processo com fulcro no artigo 101, inciso I da Lei nº 8.069/90. Por via de consequência, julgo extinto o processo com exame de mérito na forma do artigo 487, inciso I do CPC. Sem custas e honorários. Oficie-se ao CT e CREAS da área de abrangência da residência do guardião na Paraíba para o acompanhamento familiar pelo prazo de seis meses com a confecção de relatório a ser encaminhado ao PJJ com atribuição. Serve o presente como ofício com advertência

de que o não cumprimento imediato desta decisão judicial acarreta as responsabilidades legais de estilo. Determino; em tempo, toda a articulação necessária para a viagem da infante para a Paraíba a ser realizada pela equipe da unidade de acolhimento e equipe deste Juízo. Publicada e intimadas as partes em audiência. Nada mais havendo, foi encerrada a audiência, eu, Glória Heloíza Lima da Silva, digitei!.”.

Petição do réu (indexador 91) requerendo abertura de vista dos autos, bem como devolução do prazo para recurso e defesa, diante da indisponibilidade dos autos.

Inconformado, apelou o réu a f. 81/88 (indexador 96) aduzindo, em síntese, que: a) no dia 09/10/2018, a genitora realizou Registro de Ocorrência, alegando que a mesma e sua filha teriam sido abusadas sexualmente pelo Sr. A.C.F., conforme relatório de f. 04 emitido pelo Conselho Tutelar de Bonsucesso; b) diante do comportamento agitado da genitora, irritada, com muitos movimentos, aparentando estar sob efeito de drogas ou possuir problemas mentais, a Conselheira Tutelar solicitou o acolhimento institucional da infante, não tendo conseguido contato com parentes; c) tão logo tomou conhecimento do acolhimento de sua filha, procurou informações e começou a visitá-la regularmente; d) a genitora possui transtornos mentais e realiza acompanhamento no Posto de Saúde de São João de Meriti, fazendo uso de medicação controlada; e) a genitora possui comportamento agitado, comunicação confusa e se mostra resistente a aderir ao tratamento, conforme se depreende da leitura do relatório de f. 15; f) os genitores são companheiros há dez anos, advindo deste relacionamento o nascimento de dois filhos, G. de 09 anos e R. de 02 anos, possuindo a genitora ainda outras duas filhas A.C. de 18 anos e A.B. de 17 anos; g) tomou conhecimento que a genitora o havia acusado de ter abusado sexualmente de seu filho G., tendo sido lavrado Registro de Ocor-

rência, sendo que tal acusação não corresponde a realidade, não tendo praticado qualquer tipo de abuso contra seu filho; h) foi realizado exame de corpo de delito não tendo sido constatada a ocorrência do alegado abuso; i) sem o consentimento do genitor, G. foi levado para residir com sua tia materna em São Paulo; j) no dia 07/10/2018, a genitora deixou que sua irmã J. levasse seus três filhos mais velhos para morarem com ela em São Paulo e que, após se despedir dos filhos, ao voltar da Rodoviária, teria sido vítima de violência sexual juntamente com sua filha R.; l) foi determinada a suspensão da visitação da infante pelos genitores e realização de estudo psicossocial do caso; m) no relatório interdisciplinar de f. 60/61, verifica-se a constante mudança do relato dos fatos pela genitora, a qual anteriormente havia informado que teria sido vítima de violência sexual pelo Sr. A. e, posteriormente, alega ter sido atacada por sete homens, bem como ora alega que seu filho teria sido abusado pelo genitor, para em seguida dizer que na realidade foi o vizinho; n) na audiência realizada no dia 08/04/2019 (f. 67/69), a genitora alegou suposta situação de violência doméstica e manifestou concordância com a concessão da guarda de sua filha R. para a tia materna J.; o) em nenhum momento foi negligente nem abandonou seus filhos, prestando-lhes a devida assistência dentro de suas possibilidades, salientando-se que nunca praticou qualquer tipo de abuso contra os mesmos, desejando imensamente reaver a guarda dos mesmos; p) não restou evidenciada a ocorrência de violência doméstica; q) a genitora alegou sofrer suposta violência doméstica, na audiência, sendo encaminhada para atendimento no Centro Especializado de Atendimento à Mulher Chiquinha Gonzaga, ocasião em que afirmou não desejar abrigo, que não se vê em risco, o que foi confirmado por sua filha A.C.; r) dispõe de plenas condições para voltar a exercer a guarda de sua filha R., não concordando com a concessão da guarda provisória para a tia materna J.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença revogando a guarda provisória concedida à tia materna J., determinando-se a reintegração familiar da infante R. com seu genitor.

Despacho (indexador 105) mantendo a sentença tal como lançada, diante do exposto no art. 198, inciso VII do ECA.

Relatório Informativo (indexador 107) solicitando a compra de passagens para que seja realizada a viagem da guardiã para que a menor R. possa se juntar ao seu núcleo familiar extenso em Gado Bravo - PB, cumprindo determinação judicial vigente.

Manifestação do Ministério Público (indexador 112).

Plano de Atendimento Individual - PAI (indexador 114).

Decisão (indexador 124) sobre a verificação da possibilidade de inserção no seio da família de origem ou substitua das crianças e adolescentes abrigados.

Assentada da Audiência Especial (indexador 128) mantendo a sentença do indexador 85.

Manifestação do Ministério Público (indexador 130) no sentido de intimação do Município do Rio de Janeiro, na pessoa de seu Procurador, para que providencie a emissão das passagens aéreas em nome da infante e do Conselheiro Tutelar que acompanhará a criança, sob pena de arresto do respectivo valor.

Manifestação da Defensoria Pública (indexador 131) reiterando os termos do recurso de apelação do réu.

Manifestação do Ministério Público (indexador 139) requerendo a juntada do Relatório elaborado pela Unidade Municipal de Reinserção Social A.C. e abertura de vista dos autos do processo para análise e manifestação.

Termo de Guarda Provisória (indexador 151).

Ficha Individual da Criança/Adolescente (indexador 152).

Assentada de Audiência Especial (indexador 155) chamando o feito à ordem para determinar a remessa dos autos para o Tribunal *ad quem*, eis que o feito já foi sentenciado.

Ofício de desligamento da infante e termo de entrega (indexador 157).

Parecer da D. Procuradoria de Justiça (indexador 168) opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

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), a apelação deve ser conhecida.

Cinge-se a controvérsia em determinar se o genitor, ora apelante, detém as condições necessárias para postular a pretendida retomada da convivência com sua filha menor que se encontra reintegrada através da concessão da guarda provisória com sua tia materna Sr.^a J.L.S.G.

Como cediço, a adoção da doutrina da proteção integral pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 1º da Lei nº 8.069/90) fortaleceu o Princípio do Melhor Interesse da Criança, que deve ser observado em quaisquer circunstâncias, inclusive nas relações familiares, razão pela qual as decisões que envolvam os relacionamentos familiares da criança devem ser revestidas de necessária cautela e ponderação dos interesses envolvidos.

Note-se que além de estipular que nenhuma criança ou adolescente pode ser objeto de negligência, violência ou opressão (art. 5º¹ da Lei nº

1 Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

8.069/90), o Estatuto determina uma intervenção precoce, assim que conhecida a situação de risco (art. 100, parágrafo único, VI, ECA²).

Assim, embora a família seja, em regra, garantidora da dignidade e integridade físico-psíquica do menor, uma vez que, excepcionalmente, se mostre incapaz de materializar tal proteção, há dever do Estado de se mobilizar, se necessário em detrimento dos pais.

Isto porque existe um interesse superior e absolutamente prioritário no sentido de que o infante desfrute de uma relação familiar pautada pelo respeito, dignidade, amor, aceitação, dentre outros, com intuito de propiciar à criança a melhor qualidade de vida possível, tudo conforme diretrizes definidas no art. 227³ da CRFB que seguem reproduzidas e ampliadas nos arts. 3^{o4}, 4^{o5} e 5^{o6}, do ECA.

Da detida análise dos autos, conclui-se que a infante R. se encontrava em situação de vulnerabilidade em razão da conduta de seu genitor, o qual deveria zelar pela integridade da menor.

Compulsando os autos, também, restou demonstrado que o apelante não trouxe aos autos nenhuma prova de que tenha comportamento saudável e equilibrado para ter a filha sob os

seus cuidados, além do que não há documento que comprove a sua idoneidade para assumir a paternidade.

Na verdade, as provas dos autos comprovam que não há possibilidade de reintegração familiar da menor com o seu genitor, ora apelante.

Isto porque, pela oitiva do depoimento da filha da genitora, A.C., na audiência do dia 08/04/2019, através do sistema Kenta, a mesma afirmou que o Sr. I.J. é uma pessoa violenta, bem como tem medo de morar com o mesmo por medo de agressão e, inclusive, a depoente e sua genitora desejaram ir para um abrigo para se afastar do convívio com o réu.

Ademais, como muito bem ressaltado pela D. Procuradoria de Justiça as provas acostadas aos autos denotam justamente a impossibilidade de reintegração ao convívio com o genitor.

Além disso, no Relatório Informativo (indexador 16) a Sr.^a J., em 26/10/2018, através de contato telefônico relatou informação do filho G. sobre o pai, ora réu/apelante, que ora transcrevo:

“repise-se que a Sr.^a J. realizou contato telefônico com o CRESS, informando que G.

2 Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

(...)

VI – intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

(...)

3 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.

4 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.

5 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, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

6 Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

desenvolveu “pavor” pelo pai e verbalizava a todo instante as agressões praticadas pelo genitor (doc. 16)”.

No Plano de Atendimento Individual – PAI da menor, de f. 42/49 (indexador 40), na avaliação social, do dia 07/02/2019, os tios maternos da infante, Sr. E. e Sr.^a T., afirmaram, ainda, que o réu/apelante é pessoa violenta e não gostariam de ter problemas com ele(*sic*), se retirando do caso. Vejamos:

2^a AVALIAÇÃO – 07/02/2019 – Os genitores de R. se apresentaram na unidade e passaram a visitar a filha com regularidade. Desta forma os tios maternos Srs. E. e T. apresentados anteriormente, se retiraram do caso, avaliando que não gostariam de continuar com o processo de guarda devido à apresentação do genitor da criança a unidade de acolhimento. Afirmaram ainda que Sr. I. é pessoa violenta e não gostariam de ter problemas com ele (*sic*). [...]

E, ainda, a f. 66/67 (indexador 80), no Relatório Informativo apresentado pela CRESS:

“[...] A criança segue recebendo visitas de sua irmã, A.C. – 19 anos. Em atendimento com a jovem, a mesma se apresentou inicialmente introspectiva, em seguida conseguiu concatenar sobre sua infância até a contemporaneidade. Narrou que seu pai faleceu vítima de pneumonia, nesta época contava oito anos e sua irmã A.B. sete anos. No ano seguinte sua mãe, Sra. O. iniciou relacionamento com o Sr. I. Asseverou que o padrasto desde o início se desvelou alterado, nomeando-as por denominações pejorativas de baixo calão. Segundo expôs, seu irmão G. esporadicamente comunicava que o pai, Sr. I. “mexia nele”, fato que elucidava verdade mediante presenciar múltiplas vezes o padrasto chamar o ir-

mão para adentrar ao quarto do casal e trancar a porta (*sic*). Conforme narrou, sua mãe era pessoa tranquila e alegre, contudo após os episódios agressivos do padrasto e a suspeita de abuso sexual perpetrado contra os filhos G. e R., a genitora passou a desenvolver comportamento atípico chorando compulsivamente e apresentando bastante agitação (*sic*). Ainda na percepção da A.C. após o acolhimento da irmã R., seu padrasto passou a se “esforçar para ser um homem bom”, entretanto em sua avaliação, Sr. I. não conseguiu melhorar. “Ele ainda xinga, é agressivo”(*sic*). [...]

Dessa forma, a infante R. não deve ser retirada de sua família extensa, uma vez que não restou comprovada a condição do apelante de exercer o poder familiar com responsabilidade, devendo ser mantida a sentença ora guerreada pelos seus próprios fundamentos.

Por fim, deixo de aplicar o artigo 85, § 11, do NCPC, uma vez que não houve condenação em honorários advocatícios na sentença de f. 71/72 (indexador 85).

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo-se a sentença tal como proferida.

RIO DE JANEIRO, 08 DE ABRIL DE 2020.
DES. WILSON DO NASCIMENTO REIS
RELATOR

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO DE NOVA UNIDADE PARA CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. FALTA DE SEGURANÇA A QUE ESTÃO EXPOSTOS OS ADOLESCENTES. ÁREA DE RISCO. ECA. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. IMPOSSIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

Apelação cível. Ação civil pública. Pretensão de fechamento do CRIAAD – Ricardo de Albuquerque

que por razões de segurança e conseqüente construção de nova unidade. Sentença de procedência que, dentre outras determinações, condenou o ente demandado, ora apelante, a construir uma unidade para cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade destinada às adolescentes do sexo feminino, no Município de Rio de Janeiro, em local seguro e apto para recebê-las com todas as garantias legais, no prazo de 360 dias a contar do trânsito em julgado do *decisum*. Insurgência recursal apenas quanto à obrigação de construção de nova unidade. Descumprimento pelo Poder Público Estadual do disposto no art. 94, I e VII, do ECA. Princípio da prioridade absoluta de proteção à infância e à juventude que dispensa o exercício da discricionariedade pelo administrador público. Acerto da sentença. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 0295860-17.2015.8.19.0001, em que é Apelante: Estado do Rio de Janeiro e Apelado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

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 negar provimento ao recurso, na forma do voto do relator.

VOTO

Relatório nos autos.

O agravo de instrumento é tempestivo e estão satisfeitos seus requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Assinale-se, de início, que a presente ação foi ajuizada segundo o rito previsto no Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual evidencia-se situação jurídica consolidada sob a égide da norma revogada, na forma do art. 14 do novo CPC.

Cuida-se de ação civil pública fundada em violação dos dispositivos constitucionais e legais que resguardam os direitos dos adolescentes em conflito com a lei ajuizada pelo Ministério Público ante o recebimento de ofício da diretora da unidade CRIAAD – Ricardo de Albuquerque do DEGASE noticiando a impossibilidade de ser dado prosseguimento às atividades ali prestadas em razão da falta de segurança das adolescentes e funcionários, pois a unidade está localizada dentro da comunidade do Complexo do Chapadão, ou seja, em uma área de risco, sob ameaças de invasão e de represália de traficantes e elementos armados que praticam o tráfico de entorpecentes nas proximidades utilizando-se inclusive do muro da instituição. Em tutela antecipada, requer o *Parquet* seja efetivada a imediata transferência das adolescentes que ali cumprem medida de semiliberdade para outras unidades congêneres mais próximas às suas residências, na forma do art. 35, IX, da Lei nº 12.594/2012, bem como a interdição provisória da instituição. No mérito, requer a confirmação da tutela e a condenação do réu a providenciar a construção de unidade para cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade destinada às adolescentes do sexo feminino com todas as garantias previstas e em local seguro no Município do Rio de Janeiro.

A sentença, integrada pelas decisões a f. 260/263 e 274, julgou procedente a pretensão para confirmar e tornar definitiva a tutela de f. 32/33, bem como para condenar o réu a fechar de forma definitiva o CRIAAD- Ricardo de Albuquerque e a construir uma unidade para cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade destinada às adolescentes do sexo feminino, no Município de Rio de Janeiro, em local seguro e apto para recebê-las com todas as garantias legais, no prazo de 360 dias a contar do trânsito em julgado do *decisum*, sob pena de multa mensal de cem mil reais em favor do CEDCA. Sem custas sem honorários advocatícios.

Insurge-se o réu unicamente contra o capítulo da sentença que o condenou à construção de uma nova unidade para cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade destinada às adolescentes do sexo feminino, nos limites do Município de Rio de Janeiro, em local seguro e apto para recebê-las com todas as garantias legais, no prazo de 360 dias a contar do trânsito em julgado do *decisum*.

Sem razão, contudo.

A questão em debate afigura-se complexa: de um lado se está a pretender a efetividade do princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente por meio da construção de uma nova unidade para cumprimento de medidas de semiliberdade por adolescentes do sexo feminino por meio da concretização dos ditames legais positivados nos artigos 227 da CRFB/88 e 94, I e VII, do ECA, e de outro lado, a problemática do orçamento público estadual e demais interesses sociais frente à reserva do possível e conseqüente implementação de políticas públicas.

A ação pública originária está consubstanciada na necessidade de fechamento do CRIAAD – Ricardo de Albuquerque e da conseqüente construção de nova unidade em razão da absoluta falta de segurança a que estão expostas as adolescentes que ali cumprem medidas sócio-educativas em regime de semiliberdade e os próprios funcionários da instituição, pois o local está localizado no Complexo do Chapadão, área considerada de risco dominada por facção criminosa fortemente armada ligada ao tráfico de entorpecentes.

O descumprimento do regramento contido no art. 94, I e VII, do ECA pelo ente federativo estadual apelante resta plenamente demonstrado nos autos. No entanto, considerando que o recurso ataca tão somente o ponto relativo à construção de nova unidade em local seguro e que ofereça todas as garantias legais vigentes, fi-

cam dispensadas maiores digressões que não se subsumam ao tema devolvido a esta Instância.

A Constituição da República positivou em seu art. 227 o princípio da prioridade absoluta de proteção integral da criança e do adolescente nos seguintes termos:

“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.”

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, constituindo um microsistema jurídico de proteção específica à infância e à juventude com vistas à salvaguarda de seus direitos fundamentais, estabeleceu, dentre outras garantias voltadas ao adolescente em conflito com a lei em cumprimento de medidas socioeducativas, a de receber da respectiva unidade instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança, bem como próxima à sua residência. Veja-se, a propósito:

“Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

I – observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;

(...)

VII – oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;”

“Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

(...)

VI – permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;”

Nesse contexto, e pelo princípio da prioridade absoluta de proteção à infância e à juventude, dispensa-se o exercício da discricionariedade pelo administrador público, vinculando suas escolhas e incluindo até mesmo o próprio orçamento público, como preconiza a doutrina. O Direito Pátrio atribui à criança e ao adolescente a condição de seres humanos em formação e desenvolvimento, razão pela qual devem ser integralmente preservados.

A despeito da alegação recursal de observância da reserva do possível, as garantias legais voltadas à criança e ao adolescente constituem um microsistema de garantias fundamentais que, nesta qualidade, está subsumido ao princípio constitucional maior da dignidade humana, além de integrar o núcleo essencial do direito, qual seja, o mínimo existencial digno.

Ademais, e somente para efeito de argumentação, ainda que fosse possível ao Estado opor-se à concretização da lei no caso em análise, não restou comprovada suposta impossibilidade orçamentária para a implementação da medida determinada pelo Juízo, qual seja, a construção de unidade em local seguro nos limites do Município do Rio de Janeiro e que ofereça todas as garantias legais vigentes, notadamente as de segurança e de proximidade da residência. Não é demais lembrar que o proceder da Administração Pública está constitucionalmente vinculado ao princípio da eficiência positivado no *caput* do art. 37 da CRFB/88, eficiência essa que deve ser buscada em seu grau máximo.

A garantia de segurança às adolescentes em conflito com a lei que cumprem medidas de semiliberdade traduz-se em medida imperiosa para a consecução do escopo de ressocialização. Infere-se dos elementos acostados aos autos, notadamente do ofício a f. 20/22, que tanto as adolescentes quanto os funcionários da unidade correm riscos concretos de vida, bem como de abalo psicológico, por força da atuação de traficantes locais. Leia-se, a propósito, o trecho a seguir (f. 21/22):

“(...)

- Em 2013, um elemento invadiu a Unidade, alegando estar fugindo de traficantes, O elemento foi imobilizado pelos agentes e conduzido para 31ª DP com o auxílio do carro blindado da PM (caveirão);
- Temos informações que uma equipe de agentes do PACGC, que veio trazer adolescente, foi abordada por traficantes armados nos arredores do CRIAAD Ricardo de Albuquerque, sendo desrespeitados e humilhados pelos meliantes e felizmente liberados;
- Que o Agente Edmilson, em 19/06/2015, ao chegar na Unidade às 9:00h, verificou que havia 03 (três) elementos armados de pistolas deitados na rampa da garagem do CRIAAD, observando as adolescentes pela fresta do portão e que diante da presença do agente se retiraram do local;
- Que ainda em Junho/15, o Agente Zirlei, ao abrir o portão de garagem da Unidade, foi inquirido por um elemento de moto, que estava armado de pistola, perguntando se havia no CRIAAD algum agente do Instituto Padre Severino; sendo respondido pelo agente que todos os funcionários lotados no CRIAAD eram do novo concurso.

Diante da resposta, o marginal exibiu a arma e disse que se achar alguém do Padre Severino ele ia matar.

- Que o agente Rachel Calazans já foi abordado nos arredores do CRIAAD por traficantes, que o levaram para dentro da favela e por sorte foi liberado com vida;
- Que o ponto venda de drogas está localizado na Rua Carlos Fernandes, junto ao muro do CRIAAD;
- Importante se faz destacar, que na experiência do nosso trabalho, identificamos que adolescentes do sexo feminino, ao irem à “boca de fumo”, além da busca pela droga, também se envolvem afetivamente com os integrantes das facções criminosas. Fato este, já ocorrido com algumas de nossas residentes, o que amplia a vulnerabilidade, tanto das demais adolescentes e também funcionários;
- Que em 14/07/2015, por volta das 13:30h, duas adolescentes e uma jovem (20 anos) que já cumpriram suas medidas de semiliberdade na Unidade, sendo uma evadida e duas em liberdade assistida, entraram no CRIAAD, diante da negativa, duas delas invadiram o CRIAAD, pulando o muro e desafiando todos os funcionários, pois contavam com o apoio de elementos armados, sendo que um deles ficou sobre o muro, e disse que não poderíamos chamar a polícia, pois estamos dentro da favela e que a boca-de-fumo era no muro da Unidade. Diante de tal quadro de impotência, a equipe ficou receosa pela integridade física de todos os presentes e com muito esforço, conseguiu que as adolescentes invasoras se retirassem.
- Que às 18:00h, foi feito contato com a Polícia Militar, através do telefone 190,

sendo atendido pelo cabo Pedro, que por sua vez acionou o 41º BPM, que informou não haver efetivo suficiente no momento para atender o nosso pedido de ajuda, haja vista, que para entrar no local seria preciso montar uma operação completa, devido à periculosidade da área.

- Ficando caracterizado claramente que nos encontramos desprovidos de qualquer instrumento de segurança, pois nem força policial entra aqui.

(...)”

No que concerne à construção da unidade no município, convém assinalar, como bem observou a Procuradoria de Justiça em seu parecer a f. 388/397, que a partir da interdição as adolescentes residentes no município e adjacências que cumpriam suas medidas de semiliberdade foram direcionadas a unidades localizadas em Barra Mansa e Nova Friburgo, já sobrecarregadas com seu acolhimento, de acordo com o ofício do DEGASE a f. 139/140. Tendo em vista a própria natureza da medida de semiliberdade, faz-se necessário que seu cumprimento se dê em local próximo à residência, facilitando o deslocamento de cada adolescente para encontro com a família e permitindo que o processo de ressocialização transcorra de forma progressiva e sem evasões. Assim, não se afigura razoável impor às jovens e suas famílias o ônus do deslocamento semanal a unidades distantes.

Com efeito, cabe ao Poder Judiciário zelar pela concretização dos direitos e garantias constitucionais relacionados a políticas públicas não são observadas pelo Poder Público com a devida presteza e eficiência, de forma a conferir-lhes efetividade. Por esta razão, não há que se falar em violação à separação de poderes, tampouco em afronta à discricionariedade administrativa.

Pelo mesmo motivo, não é dado ao apelante escusar-se de suas obrigações precípuas sob o argumento de preservação da reserva do possível, do planejamento orçamentário e da inexecutabilidade da obrigação em razão dos longos prazos dos procedimentos licitatórios. A constante omissão e resistência do Poder Público em cumprir suas obrigações impõe a atuação enérgica do Poder Judiciário ante a magnitude dos valores constitucionais em risco.

Por derradeiro, acolho o parecer ministerial a f. 388/397, deixando de transcrevê-lo por afeição à brevidade, mas que fica como se aqui estivesse lançado.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso, ficando mantida a sentença.

RIO DE JANEIRO, 05 DE FEVEREIRO DE 2020.
DES. WAGNER CINELLI
RELATOR

OBRIGAÇÃO DE FAZER. MUNICÍPIO. MATRÍCULA EM CRECHE PRÓXIMA À RESIDÊNCIA. CRFB/88. ECA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO FUNDAMENTAL. CUMPRIMENTO. PRAZO REDUZIDO. APELO DA AUTORA PROVIDO PARCIALMENTE.

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO A EDUCAÇÃO. É DEVER DO PODER PÚBLICO PROMOVER A EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL PÚBLICA E GRATUITA, NÃO PODENDO A SECRETARIA MUNICIPAL DE ENSINO NEGAR VAGA NA PRÉ-ESCOLA; EM CRECHE OU ESCOLA MUNICIPAL SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO PLAUSÍVEL. CABE À MUNICIPALIDADE ADOTAR POLÍTICAS EFICIENTES PARA INCLUSÃO DOS MENORES EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO, NÃO PODENDO ALEGAR A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ESPERA OU SUPERLOTAÇÃO DAS UNIDADES ESCOLARES. INCLUSÃO DA CRIANÇA EM ESCOLA PRÓXIMA À SUA RESIDÊNCIA. EDUCAÇÃO INFANTIL PRER-

ROGATIVA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL E QUE OBJETIVA ASSEGURAR A TODAS AS CRIANÇAS O DESENVOLVIMENTO INTEGRAL E ACESSO À ESCOLA, INCLUSIVE POR TRATAR-SE DE MATÉRIA DE POLÍTICA PÚBLICA PRIORITÁRIA. PRAZO IRRAZOÁVEL FIXADO PELO MAGISTRADO A QUO. REDUÇÃO. PRAZO DE 30 DIAS PARA A SUA IMPLEMENTAÇÃO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 100,00. DESPROVIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0007370- 35.2019.8.19.0042, em que são Apelantes: M.J.R.C. Rep/p/s/Mãe M.S.R. e o Município de Petrópolis, e Apelados: Os mesmos.

Acordam os Desembargadores da 27ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município e dar parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela parte autora, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Trata-se de apelações cíveis interpostas contra sentença proferida em ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência, ajuizada por M.J.R.C. Rep/p/s/Mãe M.S.R., em face do Município de Petrópolis, objetivando a autora: a) seja liminarmente concedida a tutela de urgência para determinar imediata matrícula da autora em creche municipal, (preferencialmente, CEI Luiz Marchiori) sob pena de multa diária fixada em valor não inferior a R\$ 1.000,00 por descumprimento da decisão, reservando-se ainda vaga até decisão final da presente demanda, com a dispensa da caução, nos termos do *caput* c/c parágrafos 1º e 2º, todos do artigo 300 do NCPC, eis presentes *in casu* a probabilidade do direito, bem como o perigo de dano, conforme

já exposto; b) a procedência do pedido para determinar definitivamente a matrícula da autora em creche municipal próxima a sua residência (preferencialmente no CEI Luiz Marchiori) sob pena de multa diária fixada em valor não inferior a R\$ 1.000,00 por descumprimento da decisão.

Narra a parte autora, em sua petição inicial, em apertada síntese, que necessita de vaga em Centro de Educação Infantil para que sua genitora consiga trabalhar, sem maiores complicações, especialmente financeiras, e sustentar o seu núcleo familiar.

Ressalta ainda que o pedido para a vaga de creche foi realizado em 30 de janeiro de 2019, não tendo, porém, resposta positiva até o presente momento.

Com a inicial foram juntados documentos a f. 13/24 (indexador 13).

O réu apresentou contestação a f. 31/35 (indexador 35), com documentos a f. 38/43 (indexador 42), alegando, em síntese, que impossível a concessão da tutela; que a matéria debatida nestes autos diz respeito a matéria inerente ao Poder Executivo – Separação de Poderes; que o pedido se encontra no âmbito das funções político-orçamentárias; que de acordo com ofício de nº 886/2019, da Secretaria Municipal de Educação, comunica-se que, no momento, não foi possível realizar a matrícula no 3º (terceiro) período no Centro de Educação Infantil Luiz Marchiori, pois o mesmo está trabalhando com o número, máximo de alunos permitido e o espaço físico da sala também não comporta mais mobiliários; que a criança encontra-se em 1ª posição na fila de espera; que nesse sentido, é possível dizer que a autora precipitou-se ao ajuizar a ação, colaborando para aumentar a estatística de processos judiciais em curso, pugnando pela improcedência do pedido autoral.

Réplica a f. 46/47 (indexador 51).

Manifestação do Ministério Público a f. 48 (indexador 54).

Sentença proferida a f. 49/55 (indexador 56) nos seguintes termos, *in verbis*: “(....). Face ao exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, concedendo-se o prazo de 6 (seis) meses para que o réu providencie vaga para a autora em creche na rede municipal, sob pena de fixação de multa e, por consequência extingo o processo com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, I, do CPC. Como corolário, condeno o Município de Petrópolis ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 100,00, com fundamento no artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil. Ausente condenação nas custas processuais, ante o disposto no artigo 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 17, IX, da Lei Estadual nº 3.350/99. Taxa Judiciária devida nos termos da súmula nº 145 deste e. Tribunal. Ciência às partes. Ao trânsito em julgado, certificado o correto recolhimento da taxa judiciária, baixa e arquivado.”.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação a f. 56/59 (indexador 64), alegando, em síntese, que o Juízo deu um prazo irrazoável, para que o apelado disponibilize vaga no CEI requerido para o apelante em discordância com os mandamentos constitucionais; que o Juízo *a quo* não observou o princípio da congruência, presente no art. 492 do CPC/15, uma vez que realizou julgamento *extra petita* ao conceder o prazo de 6 (seis) meses para a disponibilização da vaga pretendida, não observando o pedido de tutela de urgência, não tendo sequer apreciado a tutela de urgência requerida; que não se manifestou acerca da cota ministerial que foi favorável ao deferimento de tal tutela; que não há o que se falar em prazo razoável para a organização do ente federativo, uma vez que o Município tem o dever de zelar pela educação, que deveria ser efetivado mediante as políticas públicas eficientes, ressalta-se que a autora fez 4 anos em 2019, devendo estar inserida na educação infantil.

Pugna pelo conhecimento e provimento do presente recurso para que seja deferida a tutela de urgência requerida, bem como a determinação para que o ente municipal efetue a matrícula do apelante em creche próxima a sua residência.

Contrarrazões ofertadas pelo réu a f. 61/67 (indexador 70).

Igualmente, inconformado, o réu interpôs recurso de apelação a f. 68/73 (indexador 77), aduzindo, em síntese, que considerando que não há omissão específica do Município e que medidas foram e estão efetivamente implementadas para o aumento de vagas, impõe-se o julgamento de improcedência do pedido, tendo em vista que o acolhimento da pretensão dará ensejo à violação do princípio da separação dos poderes; que cumpre afirmar que a matéria debatida nestes autos diz respeito à atuação exclusiva do Poder Executivo, de maneira que não pode o Poder Judiciário decidir sobre critérios de conveniência e oportunidade, sob pena de invasão na esfera de exclusiva competência do administrador público; que é necessário respeitar o princípio da separação dos poderes; que é necessário observar que as demandas referentes à efetivação de matrículas e transferências em estabelecimentos infantis em nosso Município é imensa, de maneira que cada caso comporta análise em separado, respeitando, sempre, os critérios exclusivos da Administração Pública e a ordem de chegada dos pedidos, sob pena de beneficiar uns em detrimento de outros casos que se mostram ainda mais relevantes do que este informado na exordial; que não resta qualquer dúvida no que se refere à impossibilidade de acolhimento da presente ação, eis que seus pedidos principais residem no âmbito das funções político-orçamentárias, em relação às quais o Judiciário não deve atuar, sob pena de quebra da separação dos Poderes.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença recorrida para que seja extinta sem julgamento de mérito, con-

denando a autora ao pagamento de custas e de honorários advocatícios.

Contrarrazões ofertadas pela parte autora a f. 75/78 (indexador 85).

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça a f. 103/110 (indexador 103), opinando pelo desprovimento do recurso do Município Réu e pelo provimento do recurso da parte autora.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, constato a presença dos requisitos de admissibilidade necessários ao conhecimento destes recursos. Isto porque o os apelantes são isentos de custas; os recursos foram interpostos dentro do prazo (indexadores 68 e 74); observados os requisitos da “regularidade formal”, do “cabimento” e do “interesse recursal”. Além de terem sido interpostos por parte legítima. Logo, constatada a presença dos requisitos de admissibilidade na forma prevista no CPC de 2015, conheço dos presentes. Quanto aos efeitos, recebo os recursos de apelação em seus regulares efeitos.

Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência, ajuizada por M.J.R.C. Rep/p/s/Mãe M.S.R., em face do Município de Petrópolis, objetivando a autora sua imediata matrícula em creche municipal, (preferencialmente, CEI Luiz Marchiori), em que foi julgado parcialmente procedente o pedido, concedendo-se o prazo de 6 (seis) meses para que o réu providencie vaga para a autora em creche na rede municipal, sob pena de fixação de multa e, por consequência extingo o processo com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, I, do CPC. Condenando o Município de Petrópolis ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 100,00, com fundamento no artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil. Ausente condenação nas custas processuais, ante o disposto no artigo 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 17, IX, da

lei estadual nº 3.350/99 e taxa Judiciária devida nos termos da súmula nº 145 deste e. Tribunal.

Saliente-se que o direito da menor à educação possui relevância constitucional, conforme se pode verificar do art. 208, inciso IV¹, da CRFB/88, que, inclusive, estabelece o dever de o Estado garantir educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 05 (cinco) anos de idade.

Nesta linha de entendimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 54, inc. IV², dispõe que é dever do Estado assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 05 (cinco) anos de idade.

Sendo que a Constituição Federal reza em seu art.211, § 2º³, que cabe ao Município atuar de forma prioritária no ensino fundamental e na educação infantil.

Assim, é dever do poder público promover a educação fundamental pública e gratuita, não podendo a Secretaria Municipal de Ensino negar vaga na pré-escola; em creche ou escola municipal sem qualquer fundamentação plausível.

Assim, cabe à Municipalidade adotar políticas eficientes para inclusão dos menores em estabelecimento de ensino, não podendo alegar a necessidade de observância da lista de espera ou superlotação das unidades escolares.

Nesta toada, o e. Supremo Tribunal Federal, em julgamento paradigma, afastou a invocação da reserva do possível para determinar ao Município de Volta Redonda que matriculasse uma menina em creche pública, senão vejamos:

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE MUNICIPAL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

– A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e, também, o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

– Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação

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

(...).

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

2 Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...).

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016)

3 “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. (...).

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.”

infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

– A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

– Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

– Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e de executar políticas públicas, revela-se pos-

sível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

(RE nº 956.475/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 12/05/2016).

Assim, não merecem acolhimentos as alegações expendidas pelo Município réu, ora 2º apelante.

Noutro giro, verifica-se que assiste razão à parte autora, 1ª apelante, em sua irresignação recursal.

Nesta linha de entendimento, a fim de conferir efetividade a direito fundamental previsto na Constituição da República necessário se faz a matrícula da autora em creche próxima à sua residência. Ademais, o art. 53, inciso V⁴, do E.C.A preceitua que a educação é direito da criança e do adolescente, sendo-lhes assegurado acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência.

Outrossim, a prestação, educação infantil, é prerrogativa constitucional indisponível e que objetiva assegurar a todas as crianças o desenvolvimento integral e acesso à escola, inclusive por tratar-se de matéria de política pública prioritária.

4 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:

V – acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. (Redação dada pela Lei nº 13.845, de 2019)”

Nesta toada, constata-se que o prazo estipulado pelo magistrado *a quo* para o cumprimento da obrigação é irrazoável, razão pela qual, merece ser reduzido para o prazo de 30 dias, eis que mais proporcional e razoável, diante do objeto tratado na presente lide.

Nesta linha de raciocínio, cabe transcrever pequeno trecho do Parecer da Douta Procuradoria de Justiça:

“(…). A Constituição Federal, norma máxima do nosso sistema, além de fixar a absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente (art. 227), prevê o direito à educação em duas passagens diversas, como um direito social dos pais trabalhadores (art. 7º, XXV) e como um direito educacional da criança.

Diante desta escolha normativa, não é dado ao administrador público negar-lhe implementação no mundo dos fatos, até porque a discricionariedade deve dar-se somente nos limites da lei, sob pena de converter-se em arbitrariedade. Feita a escolha do interesse público a ser atendido, em diversas passagens da Constituição e de leis ordinárias, resta ao administrador providenciar meios concretos para implementá-lo, sendo sua omissão (inconstitucional e ilegal) impugnável através de ação judicial.

Por este mesmo raciocínio, não pode o Município utilizar a Lei de Responsabilidade Fiscal ou demais entraves orçamentários para combater o direito subjetivo da criança. Ora, a Constituição Federal data de 1988; a Lei nº 9.394 é de dezembro de 1996; e o ECA foi publicado em julho de 1990. Passados mais de vinte anos destas normas, todas asseguradoras do direito à creche e escola, é inadmissível que os entes públicos não tenham organizado seus orçamentos para atender seu dever.

Em suma, tem-se aqui mais uma omissão ilícita do ente público, consistente em não organizar suas leis orçamentárias adequadamente para atender aos interesses eleitos na Constituição Federal e nas leis. Essa inércia, que merece ser combatida pelo Poder Judiciário, não justifica a negativa de matrícula da criança na creche/escola pública, incumbindo ao Município aparelhar sua estrutura administrativa para atender aos pedidos de matrícula, perfeitamente previsíveis, inclusive através da ampliação da rede educacional e de previsões nas leis orçamentárias subsequentes.

Assim, sendo a educação infantil uma prerrogativa constitucional indisponível que objetiva assegurar às crianças o seu desenvolvimento integral e, posteriormente, o acesso à escola, gera-se a inabalável conclusão de que o Município não pode se esquivar desta prestação, devendo a mesma ser prioritária em matéria de política pública.

Nesta linha de ideia, ao nosso sentir, a sentença merece reparo para determinar a matrícula da infante em creche próxima à sua residência, em atenção ao contorno prioritário que o direito à educação infantil possui.

Como bem salientado pelo i. membro do *Parquet* em atuação junto ao primeiro grau de jurisdição (promoção de pasta 000090), “não podemos concordar com uma estipulação de um prazo de seis meses para que réu cumpra seu dever, o que já tinha que ter sido realizado de imediato, posto que mais esse período de espera além daquele no qual o infante já esteve na lista da SME só vai lhe trazer mais prejuízo, além de não encontrar respaldo em nenhum dos pedidos formulados pela parte autora ou mesmo pela parte ré.”

Desta maneira, esta Procuradoria de Justiça opina pela reforma da sentença vergastada com a concessão ao apelante da tutela de urgência

requerida com a efetivação imediata da matrícula de M.J. em creche próxima à sua residência. (...)”

Assim sendo, diante de todo o argumentado, entendo que assiste parcial razão à autora, apelante, devendo ser reformada a sentença para que seja realizada matrícula em creche próxima a sua residência no prazo de 30 (trinta) dias.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município réu e dar parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela autora para que seja realizada matrícula em creche próxima a sua residência no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$ 100,00.

RIO DE JANEIRO, 27 DE MAIO DE 2020.
DES. TEREZA CRISTINA SOBRAL BITTENCOURT
SAMPAIO
RELATORA

PODER FAMILIAR. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. CITAÇÃO PESSOAL DA GENITORA. NÃO MANIFESTAÇÃO. USUÁRIA DE DROGAS. AUSÊNCIA DE ENDEREÇO FIXO. DESCASO E ABANDONO DO INFANTE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. FAMÍLIA SUBSTITUTA. ECA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA AO REQUERIMENTO DE DESTITUIÇÃO. RECURSO DA CURADORIA ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE VULNERAÇÃO AO ARTIGO 256 DO CPC/15. DESPROVIMENTO.

Pelo que se extrai dos autos, houve citação editalícia infrutífera, tanto no Estado do Rio de Janeiro, quanto no Estado de Tocantins.

Inaplicabilidade do artigo 256 do CPC/15, mas sim do artigo 158, § 4º do ECA, face o princípio da especialidade do microsistema.

Tentativa de citação pessoal da genitora na cidade tocantinense de Araguaína, no local denominado “Feirinha”, infrutífera, pelo fato de ser usuária de drogas e não possuir endereço fixo, infelizmente passando seus dias a perambular pelo local notoriamente conhecido naquele município pela venda e consumo de entorpecentes.

Vale salientar que em relação ao direito de menor toda situação fático normativa deve ser considerada em benefício do infante e, no caso, a criança está sob a guarda de casal habilitação à adoção há quase três anos, além do fato da criança ter desenvolvido vínculo socioafetivo com o casal.

Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0212536-27.2018.8.19.0001, em que é Apelante H.G.C. representada pela Curadoria Especial, e Apelado, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro,

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de apelação cível interposta por H.G.C. representada pela Curadoria Especial contra a sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Infância, Juventude e Idoso da Comarca da Capital, nos autos da ação de destituição de poder familiar proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, sob os seguintes fundamentos, *verbis*:

“Trata-se de pedido de destituição do poder familiar proposto pelo Ministério Público, em face de H.G.C., genitora da criança S.G.C., em que objetiva a destituição do

poder familiar, alegando o abandono perpetrado em relação a esta, bem como de sua família extensa.

A inicial veio acompanhada pelos documentos de f. 16/162.

Decisão de suspensão do poder familiar a f. 20. Edital de citação da requerida réus a f. 187.

Certidão a f. 193v de que não houve manifestação da requerida.

Contestação do Curador Especial a f. 199/206, arguindo a nulidade da citação da requerida e manifestando sua discordância com o pedido inicial.

Promoção do Ministério Público a f. 208/209 pugnando pela procedência do pedido.

É o relatório, passo a decidir.

Inicialmente, cumpre destacar que a genitora, apesar de pessoalmente citada, conforme se observa da certidão cartorária a f. 193, não apresentou resposta, restando configurada sua revelia.

Não merece prosperar, portanto, as alegações do Ilustre órgão da DPGERJ quanto a nulidade da citação da requerida, que restou comprovada tanto nos presentes autos, quanto nos autos da ação originária, movida pelo Ministério Público do Estado de Tocantins, conforme se depreende do documento de f. 141, onde consta informação quanto a citação por edital da requerida naquele processo, bem como a decretação de sua revelia. Ademais o art. 158 do ECA em seu § 4º dispensa a expedição dos ofícios de praxe para localização dos genitores que se encontram em local incerto e não sabido, promovendo-se a citação por edital no prazo de 10 dias. Quanto ao mérito, o poder familiar é um conjunto de

deveres e obrigações impostos aos pais quantos aos filhos menores de 18 anos. Neste sentido, o art. 1.634 do Código Civil impõe aos genitores os deveres de criação, educação, guarda e vigilância dos filhos.

Nesse sentido, o art. 1.638 do Código Civil prevê as hipóteses de destituição do poder familiar, que ocorrem quando o pai ou a mãe castiga imoderadamente o filho, o deixa em abandono, ou pratica atos contrários à moral e aos bons costumes ou quando incide reiteradamente nas faltas previstas no art. 1.637 do mesmo diploma legal.

Esse entendimento também foi acolhido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ao determinar em seu art. 24 que “a perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em processo contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”. Em complementação, este art. 22, dispõe: “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

Na verdade, a finalidade do poder familiar é assegurar à criança e ao adolescente o direito de se desenvolver física, intelectual e moralmente, proporcionando-lhe segurança afetiva e psíquica na realização de sua vocação.

Os atributos do poder familiar se manifestam em três aspectos fundamentais, no plano pessoal, quais sejam: guarda, educação e correição, sendo mais que um direito, mas acima de tudo um dever dos pais.

Compulsando os autos verifica-se que restaram comprovados os fatos alegados na

inicial, em especial a falta de assistência moral, material e educacional da requerida para com a infante, o que atesta a irresponsabilidade materna.

Além disso, percebe-se, pois, que a destituição do poder familiar se adéqua ao presente caso, em virtude de a requerida, citada pessoalmente, não ter se manifestado, sendo, portanto, revel. Dessa forma, o descaso e abandono da genitora é evidente e autoriza a destituição do poder familiar.

Nesse diapasão, o deferimento do pedido se impõe visando o melhor interesse da criança, uma vez que os esforços em estabelecer os vínculos da família biológica e extensa com o infante foram infrutíferos, o que demonstra com facilidade a falta de cuidado que este sofreu desde o seu nascimento.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido inicial para destituir do poder familiar de H.G.C. em relação a infante S.G.C.

Em consequência, julgo extinto o processo com o julgamento do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Determino a expedição de mandado para averbação da destituição do poder familiar no registro de nascimento da criança.

Sem custas”.

Em suas razões de insurgência recursal pugna pela nulidade da sentença alegando em resumo que não houve a correta intimação pessoal da genitora da menor.

Expõe que a ação de destituição de poder familiar, proposta pelo MPERJ em face da genitora de S., tramitou primeiro na Vara da Infância e Juventude da Comarca de Araguaína – Tocantins e que após a suspensão do poder familiar da ré, o referido Juízo deferiu a guarda provisória de S.

a um casal habilitado para adoção, residente na cidade do Rio de Janeiro.

Em razão desse fato, o MPERJ requereu o declínio da competência para o julgamento para a 1ª Vara da Infância, Juventude e Idoso da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro.

Assim que os autos chegaram ao Juízo da 1ª Vara da Infância, Juventude e Idoso da Comarca da Capital que certificou que o Juízo de Araguaína não enviou a cópia integral dos autos.

Por essa razão o MPERJ, a f.165, requereu a expedição de ofício à Comarca de Araguaína – TO, para que fosse remetida a cópia integral dos autos.

Aduz mais que não constariam dos autos os documentos indispensáveis ao exercício da ampla defesa da genitora, assim como o PIA (Plano Individual de Atendimento) indicado a f. 18, bem como o mandado de citação de f. 95, a citação via edital realizada na Comarca de Araguaína – TO dificultou a apresentação da defesa pela Curadoria Especial.

Expõe que a apresentação de defesa sem conhecimento da íntegra da demanda violaria as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Sustenta que o MPERJ, a f. 184, reafirmou a ausência de integralidade dos autos remetidos pela Comarca de Araguaína – TO, quando requereu nova citação por edital da genitora, o que foi deferido pelo Juízo de 1ª instância.

Todavia, a citação editalícia estaria eivada de nulidade, porque não foi configurada quaisquer das hipóteses previstas no artigo 256 do CPC, as quais autorizam a realização da citação por edital.

Aduz que não há qualquer prova da citação pessoal da genitora e o único documento que existe é uma certidão de negativa de f. 95, inexistindo qualquer mandado correspondente.

Logo, a genitora não foi citada pessoalmente.

Entende que o ECA não proíbe simples consulta aos cadastros de órgãos como DETRAN, Receita Federal, SEAP e TRE.

Assim sendo, considera que não se poderia dizer que a genitora se encontrava em local incerto e não sabido, porque não esgotadas todas as tentativas de sua localização, que é condição imposta pelo CPC para validade de citação por edital.

Diz ainda que o caso em deslinde envolve o destino de uma família, cuja proteção especial do Estado (art. 222 da CRFB) decorre do princípio da dignidade da pessoa humana.

Razão por que pede o provimento recurso para que seja anulada a sentença, por violação às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, para que sejam determinadas pesquisas junto aos órgãos de praxe na tentativa de localização do endereço da genitora e determinada sua citação pessoal.

Ao ensejo, prequestiona os arts. 1º, III, 5º, *caput*, LIV, LV, 226, 227 da CF/88; 6º, 256 e 257 do NCP; arts. 3º, 4º, 6º, 19, 24, 25, 28, 100, 152, 155 a 163 da Lei nº 8.069/90; bem como aos princípios constitucionais do superior interesse da criança, da dignidade da pessoa humana, da isonomia, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, requerendo a apelante que esta C. Câmara se manifeste expressamente a respeito desta violação.

Há contrarrazões de f. 223/225.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso. (f. 254/268).

É o Relatório.

VOTO

Inicialmente, releva mencionar que se encontram presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

Cuida-se de ação de destituição de poder familiar proposta pelo Ministério Público do Estado de Tocantins em desfavor de H.G.C., em relação à sua filha S.G.C., natural de Araguaína/TO, nascida em 10/06/2017.

Ao longo do processamento do feito foi revelado que a genitora da menor tem severos problemas de drogadição, vivendo em situação de rua e perambulando nos arredores de um local denominado “Feirinha” no município de Araguaína – TO.

Foi realizada citação por edital pelo juízo daquele Estado, que restou infrutífera, foi apresentada a lista de adotantes e foi escolhido o casal residente no Município do Rio de Janeiro – RJ (com quem a infante reside desde então), tendo o MPERJ requerido nova citação por edital, no que foi atendido e novamente inexitosa.

Sobreveio a sentença que julgou procedente o pedido de destituição do poder familiar.

Contra a sentença interpôs a Curadoria o presente recursal pugnando pela declaração de nulidade da decisão por vulneração aos princípios da ampla defesa e do contraditório, por conta de citação editalícia sem a consulta simples nos sistemas do SEAP, TRE e Receita Federal.

O recurso não merece acolhida.

Não há que se falar em nulidade da citação, porque a genitora não foi citada pessoalmente, isso porque conforme a decisão do juízo tocantinense:

“No PIA acostado nos autos em anexo (evento 24), consta que segundo a avó paterna da criança, senhora A.M.C., a requerida vive em situação de rua, residindo aos arredores da “Feirinha”, em companhia de seu companheiro, o qual é o genitor da infante.

(...)

No PIA não ficou demonstrada a possibilidade de reintegração à família natural ou extensa, diante das situações de vulnerabilidades relatadas e observadas pela equipe técnica da Casa de Acolhimento”.

Assim sendo, resta evidenciado que a genitora vive em situação de rua e drogadição, vivendo

nos arredores de em um local chamado “Feirinha”, portanto, em local incerto e não sabido.

Pelo que se extrai dos autos, a f. 28, houve tentativa de citação pessoal da ré, via OJA, no local “Feirinha”, pois, conforme informado na exordial e confirmado por entrevistas, a senhora H. é usuária de drogas e não possui endereço fixo, infelizmente, passando seus dias a perambular pelo local notoriamente conhecido pela venda e consumo de entorpecentes na cidade tocantinense.

Ressalte-se que consta dos documentos iniciais informação do Estudo Psicossocial que já houve tentativa de retirada da senhora H. das ruas, mas sem sucesso.

E mais, a f. 95, consta certidão do OJA que não foi possível intimar a senhora H., por ela estar em local incerto e não sabido.

Por essa razão, sobreveio a citação editalícia.

Visto isso, face o princípio da especialidade, tem aplicação o disposto no microsistema do ECA, e não do CPC/15, que prevê a citação por edital em casos como o dos autos, *verbis*:

Art. 158. O requerido será citado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, indicando as provas a serem produzidas e oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos.

§ 4º Na hipótese de os genitores encontrarem-se em local incerto ou não sabido, serão citados por edital no prazo de 10 (dez) dias, em publicação única, dispensado o envio de ofícios para a localização. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

Vale salientar que no processo de adoção em apenso (0159037-31.2018.8.19.0001) à presente ação de destituição de poder familiar, também não foi possível localizar o paradeiro da genitora por ausência de informação a respeito (f. 154 daqueles autos)

Ainda que assim não fosse, tem aplicação ao caso o enunciado nº 292 da súmula deste egrégio Tribunal, que assim dispõe:

“para a citação por edital não se exige a expedição de ofícios, mas apenas a certidão negativa no endereço declinado na petição inicial e constante nos documentos existentes nos autos e, ainda, a pesquisa nos sistemas informatizados do TJRJ”

A respeito do tema, este colendo Tribunal já se debruçou sobre o assunto e a sentença foi prolatada em alinhamento com esse entendimento, conforme se extrai da leitura da ementa abaixo colacionada, *verbis*:

“APELAÇÃO. Ação de destituição de poder familiar movida pelo Ministério Público. Genitora ré citada por edital. 1. Preliminar de nulidade de citação. Nulidade não verificada, tendo em vista não ser obrigatória a expedição de ofícios a órgãos públicos e concessionárias de serviços públicos para legitimar a citação por edital. Inteligência do enunciado sumular nº 292 do TJRJ. 2. Preliminar de cerceamento de defesa, por não ter sido a curadoria especial intimada para se manifestar sobre relatório social e para apresentar alegações finais. Nulidade não verificada, tendo em vista a ausência de prejuízo à defesa no caso concreto. 3. No mérito, resta patente a inaptidão da ré para o exercício do poder familiar, diante dos relatos de testemunhas, sendo certo que já foi afastada de outros sete filhos em decorrência de reiterado comportamento negligente, motivado em larga medida por dependência alcoólica. 4. Menor que, após ter sido abrigado em instituição por duas ocasiões, se encontra há quase sete anos colocado em família substituta, a qual já ajuizou ação de adoção da criança. 5. Circunstâncias fáticas que determinam,

à luz do princípio do melhor interesse da criança, a destituição do poder familiar. (Recurso Não Provido. Apelação 2199409-69.2011.8.19.0021 Des(a). CELSO SILVA FILHO – Julgamento: 27/02/2019 – Vigésima Terceira Câmara Cível)

Importante destacar que a criança foi colocada em família substituta, a qual vem prestando toda assistência material, moral, afetiva e educacional necessária ao pleno desenvolvimento da menor, conforme estudos técnicos realizados nos autos do processo de adoção (nº 0159037-31.2018.8.19.0001).

Saliente-se que consta dos autos que o Conselho Tutelar entrou em contato com familiares da senhora H., que se recusaram a cuidar da infante, pois já possuiria outros filhos que são criados por parentes, bem como sua recusa ao tratamento de drogadição.

Com isso, resta evidente a situação de vulnerabilidade social e risco iminente de vida da criança.

Por derradeiro, não se verifica vulneração a qualquer artigo legal, tendo sido respeitada CRFB, os superiores interesses da menor, bem como o microsistema do ECA.

Isto posto, voto pelo desprovimento do recurso.

RIO DE JANEIRO, 04 DE AGOSTO DE 2020.
DES. LÚCIO DURANTE
RELATOR

REDE PÚBLICA DE ENSINO. MUNICÍPIO. PANDEMIA. FORNECIMENTO DE MERENDA AOS ALUNOS DURANTE A SUSPENSÃO DAS AULAS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À ALIMENTAÇÃO. CRFB/88. LEI Nº 13.987/2020. DISTRIBUIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO, PARA AFASTAR A MULTA E DETERMINAR A COMPROVAÇÃO, NO JUÍZO DE ORIGEM, DA ENTREGA DOS CARTÕES DE ALIMENTAÇÃO AOS ALUNOS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENSÃO DE OBRIGAR A MUNICIPALIDADE RÉ A FORNECER ALIMENTAÇÃO AOS ALUNOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO DURANTE O PERÍODO DE SUSPENSÃO DAS AULAS. DECISÃO JUDICIAL QUE DEFERIU A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E POSTERIORMENTE MAJOROU O VALOR DA MULTA APLICADA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU.

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que deferiu a tutela de urgência, em Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública, visando obrigar à Municipalidade ré a fornecer alimentação aos alunos integrantes de sua rede de ensino, durante a suspensão das aulas ocorrida em razão a pandemia.

2. Preliminares suscitadas pela Defensoria Pública, após o oferecimento de contrarrazões. Intempestividade do recurso e inépcia da inicial. Na forma do art. 223 do CPC “Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial”.

3. Intempestividade. Rejeição. Consoante entendimento firmado pelo E. STJ: “os prazos previstos no inciso II do art. 198 da Lei nº 8.069/90 somente são aplicáveis aos procedimentos especiais previstos nos arts. 152 a 197 do ECA”. Na espécie, cuida-se de ação coletiva, de procedimento ordinário, sujeitando-se a regra do art. 212, § 1º, do ECA, a qual determina a aplicação das normas dispostas no CPC. Recurso tempestivo.

4. No que diz respeito à suposta inépcia da inicial recursal, a alegação deve ser afastada. Conquanto a narrativa da peça não contenha redação regular, tal fato não impede o conhecimento da matéria, tampouco criou óbice para o exercício do contraditório.

5. Mérito. Fornecimento de merenda escolar durante a pandemia. Tema de cunho constitucional. O art. 227 da Constituição Federal assegurou a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à alimentação, afigurando-se dispositivo de aplicação imediata por lastrear direito fundamental. Outrossim, o art. 208, VII, da CF pontuou a obrigação do Estado de fornecer educação, bem como complementar todas as necessidades vinculadas ao desenvolvimento deste direito, incluindo-se a alimentação do educando.

6. O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) foi criado com o escopo de promover a alimentação escolar para estudantes de todas as etapas da educação básica pública.

7. A Lei nº 11.947/09, que dispôs acerca do atendimento da alimentação escolar, foi alterada pela Lei nº 13.987/2020 para introduzir o art. 21-A, possibilitando a distribuição de gêneros alimentícios a serem adquiridos com os recursos financeiros recebidos pelo PNAE.

8. O Município colacionou aos autos documentos visando demonstrar a insuficiência da verba oriunda do PNAE para assistir os alunos, sendo necessária a integração com verbas públicas. Maior dilação do prazo estipulado pelo juízo, a fim de se possibilitar a realização de um planejamento orçamentário.

9. Documentos carreados ao recurso a comprovar a entrega de cartões de alimentação às unidades de ensino em 24/06/2020.

10. Parcial provimento do agravo para elidir a multa aplicada, determinando-se que a Municipalidade comprove, junto ao Magis-

trado de origem, a entrega dos cartões de alimentação aos alunos de sua rede pública de ensino.

11. DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0041958-63.2020.8.19.0000, em que figura como Agravante Município de Paraíba do Sul e como Agravada Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, dar provimento parcial ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Município de Paraíba do Sul, contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Paraíba do Sul, que deferiu a tutela de urgência requerida pela parte autora, ora agravada, nos seguintes termos (indexador 284 do processo originário):

“Retornam os autos com petição do Município réu noticiando que, segundo a narrativa de f. 269 que ´objetivando realizar a melhoria na alimentação dos alunos integrantes da rede pública de ensino municipal, o decreto prevê a utilização do Cartão Alimentício para cada aluno matriculado na rede municipal pública de ensino, no valor de cinquenta reais´. Acompanham a petição cópia de atos publicados em órgão de imprensa local e matéria jornalística no mesmo sentido. Ora, apesar de reconhecer os esforços do Município réu, é fato que até o momento a tutela ainda não foi cumprida, isto porque não há prova de que os insumos destina-

dos a merenda escolar estão chegando aos alunos da rede pública. Quando muito, pela petição anterior e documentos juntados pelo mesmo réu as f. 217 e 220 e que datam de abril e maio, com o mesmo conteúdo, há, no máximo alegação de uma única entrega de 500 cestas básicas no mês de março, isto é, há 03 meses atrás, aliás, no início da quarentena e suspensão das aulas, enquanto o próprio município reconhece no mesmo documento que possui 6.150 alunos na rede pública, estando patente o descumprimento da tutela. Não basta gritar aos quatro ventos, como fez na petição de f. 207 que políticas públicas são administradas pelo executivo e não pelo judiciário, MP ou pela Defensoria Pública; não basta afirmar que tais órgãos decidiram ignorar a Constituição da República. Mas, seria preciso, antes de criticar, cumprir a parte que lhe cabe no seio das competências constitucionais. A razoabilidade e a ponderação da decisão tomada pelo juízo se mostram tanto pelo lapso temporal omissivo do réu, ou seja, desde março (a única entrega de cestas em quantidade insuficiente) sem solução definitiva, quanto pela prorrogação de prazo concedida pelo juízo a f. 252 e que ainda não deu frutos. Ora, passados mais de 03 meses da suspensão das aulas, somente agora com uma decisão judicial o Município réu vem pedir prazo para fazer chegar aos alunos da rede pública alimentos destinados a merenda escolar. Somente agora com decisão judicial o Município réu teve a ‘grande’ ideia de licitar cartões de alimentação. Nada mais absurdo. Será mesmo que as tais políticas públicas estão sendo eficientemente administradas? E se não estão, a quem caberia exigir direitos fundamentais, ao Papa? Não, ao Judiciário, sim, e por força da decisão já tomada a f. 185,

que está mantida e ativa, intimado que foi o Município réu da prorrogação de prazo as f. 264 em 03/06/2020, é certo que nesta data já se pode falar em mora. Desta forma, não resta outra alternativa senão majorar a multa já aplicada para R\$ 20.000,00 a partir da intimação desta decisão. Retornem os autos em 05 dias e não tendo havido prova do cumprimento, será determinado o bloqueio de valores provenientes do PNAE para custeio das obrigações. I. e dê-se ciência ao MP e DP.

Em suas razões recursais, a Municipalidade agravante informa tratar-se de demanda, na qual se pretende a distribuição de alimentos para alunos da rede pública escolar municipal de ensino de Paraíba do Sul, em decorrência da suspensão das aulas diante da propagação do COVID-19.

Sustenta ter garantido o direito básico dos alunos que necessitavam de merenda escolar, razão pela qual, juntamente com a Secretaria de Assistência Social, direcionou os alimentos que se encontravam nos estoques das escolas públicas para suprir a necessidade dos cidadãos em vulnerabilidade social.

Alega que, mesmo dando prosseguimento às orientações ditas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública foi surpreendido com ação movida pela Defensoria questionando a destinação das verbas referentes à alimentação escolar, no período de suspensão das aulas.

Afirma ter criado uma alternativa para sua atuação social, com a entrega de carta alimentício para cada aluno matriculado na rede pública de ensino, entretanto, a solução não agradou o juízo que determinou o bloqueio das verbas municipais destinadas à alimentação.

Pondera que o direito a uma alimentação adequada deve ser examinado dentro de um contexto, levando-se em conta as condições sociais, culturais, econômicas de cada pessoa.

Consigna ser entendimento do STF a impossibilidade de bloqueio das verbas provenientes do PNAE (Programa Nacional de Alimentação).

Aduz que todos os cartões alimentícios já foram disponibilizados, e estão sendo entregues gradativamente, não tendo o Magistrado de origem ponderado a burocracia necessária para a contratação e distribuição do cartão.

Pugna pelo provimento do recurso para reformar a decisão agravada.

Contrarrazões pela Defensoria Pública no indexador 19.

Manifestação do Ministério Público, pelo provimento parcial do recurso (indexador 26).

Petição da Defensoria Pública, informando o seu interesse em realizar sustentação oral (indexador 59).

Nova petição da Defensoria Pública, apresentando memorial com prefaciais de intempestividade do recurso e inépcia da exordial recursal, bem como repisando, quanto ao mérito, a possibilidade de utilização da verba originária do PNAE (indexador 65).

É o relatório.

Preliminarmente, insta pontuar que a última petição da Defensoria Pública, mostra-se em antinomia à legislação processual, ao suscitar temas por ela não elencados em suas contrarrazões, trazendo tumulto ao processo, condata que não se prestigia, pois em desalinho ao art. 223 do CPC:

Art. 223. Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando as-

segurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa.

Nada obstante, a recorrida fundamenta a intempestividade do agravo com espeque no art. 198, II, do ECA. Entretanto, o prazo previsto no dispositivo citado diz respeito aos procedimentos especiais elencados no ECA a partir do art. 152 até o art. 197-A, tais como, perda e suspensão do poder familiar, destituição da tutela, colocação em família substituta, dentre outros.

Com efeito, a Ação Coletiva proposta pela Defensoria constitui procedimento ordinário, e encontra regulamentação específica na referida legislação, a partir do art. 208 (Da Proteção Judicial dos Interesses Individuais, Difusos e Coletivos), sendo de se ressaltar que, em sua petição inicial, a agravada faz alusão ao capítulo do ECA autorizador da tutela de urgência, especificamente direcionado à tutela dos interesses coletivos (indexador 03 dos autos originários):

Por sua vez, o artigo 213, da Lei n. 8.069/1990, assim dispõe:

“Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu.

§ 2º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.”

A relevância do fundamento da demanda dispensa maiores comentários, bastando o lembrete de que se trata de discussão quanto ao descumprimento direto do Princípio da Prioridade Absoluta, em prejuízo aos direitos e, consequentemente, ao desenvolvimento físico e psíquico de milhares de crianças e adolescentes. Tal prejuízo decorre da comprovada falta de acesso à alimentação.

Nesse contexto, o prazo a ser computado segue o disposto no art. 212 do ECA, ou seja, o previsto no CPC, *in verbis*:

Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

§ 1º Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil.

§ 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

Destarte, não há como se falar em intempestividade do recurso, haja vista que o prazo para interposição de agravo de instrumento em ação coletiva proposta no âmbito do ECA, é o de 15 dias, computado em dias úteis, conforme disposto na legislação processual. A propósito:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRAZO PARA RECORRER. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. PROCEDIMENTO ESPECIAL PRÓPRIO. APLICAÇÃO DO ART. 198 DO ECA. REGRA GERAL DO CPC/15 AOS PROCEDIMENTOS NÃO REGULADOS.

1. “Em razão da regra da especialidade e do objetivo de atender aos superiores interesses da criança e do adolescente, no sentido de se imprimir maior celeridade no julgamento dos feitos em matéria referente a essas pessoas, o prazo previsto no inciso II do artigo 198 da Lei nº 8.069/90 é aplicável inclusive ao recurso especial relativo aos procedimentos especiais previstos nos artigos 152 a 197 do ECA.” (AgInt no AREsp nº 1.120.686/MG, Rel. Ministro LÁZARO

GUIMARÃES (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018)

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp nº 1.420.393/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 06/12/2019)

RECURSO ESPECIAL. MEDIDA DE PROTEÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DE MENOR. DIREITO À EDUCAÇÃO. PAIS OPTANTES DO SISTEMA DE *HOMESCHOOLING* (ENSINO DOMICILIAR). AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO ANTECIPATÓRIA QUE DETERMINOU A MATRÍCULA DA CRIANÇA NA REDE PÚBLICA. DEFINIÇÃO DO PRAZO RECURSAL APLICÁVEL.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90) prevê o prazo de 10 (dez) dias para a interposição dos recursos no âmbito dos procedimentos da Justiça da Infância e da Juventude (artigo 198).

2. O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, estabelecia o lapso de 15 (quinze) dias para o manejo de apelação, embargos infringentes, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência (artigo 508).

3. Em se tratando de agravo cabível contra decisões interlocutórias, o prazo recursal também era de 10 (dez) dias (artigo 522 do CPC de 1973), assim como estipulado no ECA.

4. O CPC de 2015, contudo, veio a unificar os prazos recursais, estabelecendo, como regra geral, o lapso de 15 (quinze) dias úteis (artigos 219 e 1.003).

5. Os procedimentos especiais expressamente enumerados pelo ECA submetem-se ao prazo recursal decenal do artigo 198 daquele diploma.

Por outro lado, os reclamos interpostos nos âmbitos de outras ações deverão observar as normas gerais do CPC de 2015, aplicando-se-lhes, portanto, o prazo quinzenal do § 5º do artigo 1.003.

6. Na hipótese, os autos principais versam sobre “ação de medida de proteção” de menor que não estaria frequentando a rede regular de ensino, em virtude de omissão de seus genitores. Em razão do deferimento da tutela antecipada pleiteada pelo Ministério Público estadual, os réus interpuseram agravo de instrumento, que não foi conhecido pelo Tribunal de origem, em razão do decurso do prazo decenal estipulado no inciso II do artigo 198 do ECA.

7. Não se enquadrando a presente demanda entre os procedimentos especiais previstos no ECA, o prazo recursal a ser observado era o quinzenal, computado em dias úteis, consoante estipulado pelo Novo CPC, razão pela qual se afigura impositivo reconhecer a tempestividade do agravo de instrumento interposto na origem.

8. Recurso especial provido.

(REsp nº 1.697.508/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 04/06/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. DECISÃO DECLINATÓRIA DA COMPETÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. MICROSSISTEMA DE DIREITO COLETIVO. PRESTÍGIO. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos

a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC” (Enunciado Administrativo nº 3). 2. A discussão travada nos presentes autos consiste em saber se é cabível agravo de instrumento, no bojo de ação popular, contra decisão que declinou da competência. 3. O aresto distrital não conheceu do recurso por entender que o art. 1.015 do CPC/2015 elenca um rol taxativo de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. 4. A despeito de inaplicável a tese fixada pela Corte Especial, sob a sistemática de recursos representativos, acerca da taxatividade mitigada do rol do art. 1.015 do CPC/2015 (REsps nº 1.696.396/MT e 1.704.520/MT – DJe 19/12/2018), posto que a decisão agravada na origem é anterior à publicação daquele paradigma, o caso guarda peculiaridade, porquanto o art. 19, § 1º, da Lei da Ação Popular traz previsão expressa de que “das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento.” 5. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que as disposições do Código de Processo Civil aplicam-se de forma subsidiária às normas insertas nos diplomas que compõem o microsistema de tutela dos interesses ou direitos coletivos (composto pela Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, Lei de Improbidade Administrativa, Mandado de Segurança Coletivo, Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente) e, em algumas situações, tem feito prevalecer a norma especial em detrimento da geral (REsp nº 1.452.660/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 27/04/2018). 6. A norma específica inserida no microsistema de tutela coletiva, prevendo a impugnação de decisões interlocutórias mediante

agravo de instrumento (art. 19 da Lei nº 4.717/65), não é afastada pelo rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015, notadamente porque o inciso XIII daquele preceito contempla o cabimento daquele recurso em “outros casos expressamente referidos em lei.” 7. Agravo interno provido para anular o aresto recorrido e determinar que o Tribunal *a quo* examine o agravo de instrumento ali interposto, como entender de direito.

(AgInt no REsp nº 1.733.540/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, julgado em 25/11/2019, DJe 04/12/2019)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS Nº 282/STF E Nº 211/STJ. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRAZO RECURSAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 198 DO ECA.

FAZENDA PÚBLICA. PRAZO EM DOBRO (ART. 188 DO CPC). PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.

1. Não há falar em violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes.

2. No caso dos autos, não houve apreciação pelo Corte de origem sobre os dispositivos legais supostamente violados, o que impossibilita o julgamento do recurso neste aspecto, por ausência de prequestionamento, nos termos das Súmulas nº 282/STF e nº 211/STJ.

3. É consolidada a orientação desta Corte Superior no sentido de que: a) os prazos

previstos no inciso II do art. 198 da Lei nº 8.069/90 somente são aplicáveis aos procedimentos especiais previstos nos arts. 152 a 197 do ECA; b) os prazos recursais dos procedimentos ordinários serão estabelecidos pelas regras gerais do Código de Processo Civil, nos termos do *caput* do art. 198 do ECA; c) a regra prevista no art. 188 do CPC, que confere prazo em dobro para o Ministério Público e a Fazenda Pública recorrerem, é aplicável aos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4. Sobre o tema, os seguintes precedentes: REsp nº 851.947/RS, 2ª Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe de 19/05/2008; REsp nº 857.272/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 02/04/2008; REsp nº 784.285/RS, 1ª Turma, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe de 04/12/2006; REsp nº 727.134/SC, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 22/08/2005.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp nº 839.709/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRAZOS RECURSAIS PREVISTOS NO ART. 198 DO ECA. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS REGULADOS NOS ARTIGOS 152 A 197. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 508 E 188 DO CPC. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Cuida-se de recurso especial fundado no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, manejado pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão que extinguiu o recurso de apelação sob o argumento de intempestividade.

Alega-se a ocorrência de dissenso pretoriano e violação dos artigos 508 e 188 do CPC e 198, II, do ECA, afirmando-se que o feito deve ser regido pelas regras do CPC, e não pelo ECA, embora diga respeito à tutela de saúde de uma criança. Juntam-se precedentes nos quais, em sede de ação civil pública, reconheceu-se a primazia do CPC em relação ao ECA.

2. Merece acolhida a irresignação, uma vez que a jurisprudência desta Corte Superior assenta o entendimento de que os prazos fixados no art. 198 do ECA somente são aplicados aos procedimentos especiais regulados nos artigos 152 a 197 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que não é o caso dos autos. Precedentes: Resp nº 784.285/RS, DJ 04/12/2006, Rel. Min. DENISE ARRUDA; Resp nº 633.030/SC, DJ 12/09/2006, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI).

3. Recurso especial conhecido e provido para o fim de aplicar à espécie os prazos processuais fixados no Código de Processo Civil, e aplicar ao recurso de apelação regular julgamento.

(REsp nº 1.002.571/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, julgado em 20/05/2008, DJe 23/06/2008)

No que diz respeito à suposta inépcia da inicial recursal, a alegação deve ser afastada. Conquanto a narrativa da peça não contenha redação regular, tal fato não impede o conhecimento da matéria, tampouco criou óbice para a recorrida exercer o contraditório (indexador 19).

Assim, presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do presente recurso, razão pela qual deve ser conhecido.

Quanto ao mérito, o agravo deve ser parcialmente provido.

Importante registrar que o tema debatido nos autos originários, referente a preservação do fornecimento da merenda escolar durante a pandemia, constitui matéria de índole constitucional, conforme decisão do E. STJ, nos autos do pedido de Suspensão de Liminar e Sentença nº 2.727/RJ.

Isto porque, o art. 227 da Constituição Federal assegurou a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à alimentação, afigurando-se dispositivo de aplicação imediata, por lastrear direito fundamental.

Nada obstante, o art. 208, VII, da CF pontuou a obrigação do Estado de fornecer educação, bem como complementar todas as necessidades vinculadas ao desenvolvimento deste direito, incluindo-se a alimentação do educando, *ex vi*:

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

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

Nesse contexto, foi criado o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), com o escopo de promover a alimentação escolar para estudantes de todas as etapas da educação básica pública.

Destarte, o “governo federal repassa, a estados, municípios e escolas federais, valores financeiros de caráter suplementar efetuados em 10 parcelas mensais (de fevereiro a novembro) para a cobertura de 200 dias letivos, conforme o número de matriculados em cada rede de ensino.”¹.

Nada obstante, a Lei nº 11.947/09, que dispôs acerca do atendimento da alimentação

¹ Apud o contido no <http://www.fnede.gov.br/programas/pnae> acesso em 30/07/2020

escolar, foi alterada pela Lei nº 13.987/2020 para introduzir o art. 21-A, possibilitando a distribuição de gêneros alimentícios a serem adquiridos com os recursos financeiros recebidos pelo PNAE:

Art. 21-A. Durante o período de suspensão das aulas nas escolas públicas de educação básica em razão de situação de emergência ou calamidade pública, fica autorizada, em todo o território nacional, em caráter excepcional, a distribuição imediata aos pais ou responsáveis dos estudantes nelas matriculados, com acompanhamento pelo CAE, dos gêneros alimentícios adquiridos com recursos financeiros recebidos, nos termos desta Lei, à conta do Pnae.

Nessa ordem de ideais, correta a decisão que deferiu a tutela de urgência, haja vista a existência de legislação autorizando a distribuição de alimentos para suprir a falta das refeições fornecidas durante a frequência do aluno na unidade escolar.

Entretanto, instado a se manifestar, o ente informou o andamento de processo para cumprir a determinação judicial, através da entrega de cartões alimentícios.

Nesse ponto, deve-se ressaltar que, a escolha administrativa da forma de realização deste direito, a princípio, não pode ser declinada ao Judiciário, conforme destacou Min. DIAS TOFFOLI, em decisão monocrática na SL 1.342/RJ, proferida em 23/06/2020:

É relevante, no ponto, i) a consideração de que os produtos usados na alimentação ofertada nas instituições de ensino no período letivo são adquiridos em larga escala, o que impacta no valor utilizado para esse fim; bem como ii) a circunstância de que o emprego de gêneros

alimentícios para oferta da refeição no estabelecimento educacional demanda uma gestão diferenciada daquela necessária à oferta de kits com alimentos *in natura* aos alunos nesse período ou a “transferência de renda” correspondente. Não se ignora que a crise sanitária do novo coronavírus, ora vivenciada, atingiu o funcionamento de instituições tanto no setor privado quanto público, e, nessa medida, impôs alterações no cotidiano de todos. Também não desconsidero a relevância do direito cuja satisfação a decisão ora objurgada pretende garantir. Mas, exatamente em função da gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas acerca das políticas públicas a serem adotadas, não cabendo ao Poder Judiciário substituir os gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento. Esse entendimento, destaque, não desobriga o poder público de cumprir com as diretrizes constitucionalmente estabelecidas, tampouco imuniza os gestores de recursos repassados a título do PNAE de se responsabilizarem pela implementação da política preconizada. O que se afirma é que apenas eventuais ilegalidades ou violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais – repita-se – promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem de quem não foi eleito para tanto e não integra o Poder Executivo, responsável pelo planejamento e execução dessas medidas

Conforme reportagem colacionada no indexador 272 dos autos originários, a Municipalidade esclarece a insuficiência dos recursos repassados pelo PNAE para assistir os alunos

de sua rede pública, pois representaria um valor médio de R\$ 10,00 por aluno, ao tempo que o cartão alimentação será disponibilizado no montante de R\$ 50,00. Logo, o Município utilizará verbas públicas para suprir tal necessidade, pelo que a tomada desta decisão não poderia ser realizada em um curto prazo, sendo de se ressaltar sua intimação para o cumprimento da tutela em 26/05/2020 (indexador 185 dos autos originários), diante da necessidade de se fazer um planejamento orçamentário.

Não se ignora o custo da implementação desta política pública, bem como a efetivação do processo de escolha da empresa a ser contratada, bem como da entrega dos referidos cartões.

Nesse contexto, não se pode presumir a má gestão do Poder Executivo, a ponto de lhe impor o pagamento de multa processual, que sequer será revertida aos hipossuficientes, a quem se pretende proteger.

Diante deste estado de exceção vivenciado em razão da pandemia, de se observar maior cautela na concessão de liminares, e fixação de multas, a fim de torná-la mais efetiva.

E assim se diz, porque é dever do Magistrado promover maior efetividade à tutela do direito, prevenindo a atuação protelatória das partes, na dicção do art. 139 do CPC. A propósito:

Na direção do processo, cumpre ao órgão jurisdicional assegurar às partes igualdade de tratamento, com o que vela pela paridade de armas no processo civil (art. 5º, I, CF), elemento indissociável de nosso processo justo (art. 5º, LIV, CF). Na esteira do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e prestada em tempo razoável (art. 5º, XXXV e LXXVIII, CF), toca-lhe o dever de dirigir o processo de modo que alcance solução

do litígio em prazo razoável. Tem o juiz, na condução do processo, o dever de interpretar a legislação processual civil em conformidade com os direitos fundamentais processuais, preferindo para solução dos casos o sentido legal que concretize de maneira ótima os direitos fundamentais. Cumpre-lhe ainda prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (arts. 80 e 772, CPC) e tentar conciliar as partes a qualquer tempo (arts. 334 e 359, CPC). (Marinoni, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Versão Eletrônica).

Com efeito, a aplicação de multa diária de R\$ 10.000,00, posteriormente majorada para R\$ 20.000,00, ao Município com o fim de proporcionar alimentação aos alunos da rede pública, não denota a observância à premissa de realização do direito no processo.

Dessa forma, o recurso é parcialmente acolhido para elidir a incidência da multa.

Registre-se que os recursos provenientes do PNAE têm lastro federal, sua utilização demanda o cumprimento de requisitos específicos e, a princípio, não se encontra no âmbito de competência da Justiça Estadual, consoante conclusão extraída da decisão proferida pelo Ministro TOFFOLI, abaixo reproduzida:

A única verba vinculada à educação que foi autorizada legalmente para compra de kits de alimentação para os alunos da rede pública durante a suspensão das aulas foi a verba do PNAE que, conforme já mencionado, por ser verba federal, está sujeita a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, Ministério Público Federal, sendo, ainda, de competência da Justiça Federal a apreciação quanto a sua eventual utiliza-

ção indevida. [...] Assim, a implementação dessa política pública no Município de São Pedro da Aldeia deve ser realizada com o incremento financeiro de outras políticas assistenciais sem que sejam utilizados recursos vinculados à educação (e caso o Município opte por utilizar o recurso do PNAE, devendo observar todas as condições e restrições legais, inclusive a resolução nº 02/2020 do FNDE).

Nada obstante, a destinação orçamentária das receitas públicas perpassa pelo programa selecionado pela Administração, não cabendo ao Poder Judiciário substituir-se nesta função. Por óbvio, é possível o controle da legalidade das escolhas administrativas, mas esse atuar demanda a demonstração inequívoca da ilegalidade no aproveitamento das receitas públicas, circunstância a ser aferida a partir de dados concretos. No mesmo sentido, destaca-se, novamente, a decisão do Min. TOFFOLI:

Mas eventual política pública municipal assistencial que, em situações como a presente, são fundamentais para proporcionar à população aldeense socialmente vulnerável condições mínimas de sobrevivência, não pode ser determinada sem um mínimo de planejamento e de previsão orçamentária, sob pena de impossibilidade de seu cumprimento, da falta de controle/fiscalização dos recursos utilizados, da consequente utilização indevida de verbas públicas, da responsabilização civil e criminal do gestor público e posterior prejuízos à rede municipal de educação quando as aulas retornarem.” Por essas razões, em análise perfunctória, entendo que a subversão, como aqui se deu, da ordem administrativa vigente no município de São Pedro da Aldeia não pode ser feita de forma isolada, sem análise de suas consequências para

o orçamento estatal, que está sendo chamado a fazer frente a despesas imprevistas e que certamente têm demandado esforço criativo, para a manutenção das despesas correntes básicas do município. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender os efeitos da decisão que concedeu liminar nos autos do Agravo de Instrumento nº 0030062-23.2020.8.19.0000/RJ.

Ressalte-se, neste ponto, a alteração na LINDB a impor que as decisões judiciais sopelem as consequências de sua implementação, *in verbis*:

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

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

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

Contudo, observa-se no presente agravo, ter a Municipalidade colacionado a lista de escolas e alunos (anexo 1), que devem receber o cartão alimentação entregues às unidades de ensino em 24/06/2020.

Dessa forma, de se concluir ter o ente agravante concretizado, em junho de 2020, um planejamento orçamentário para garantir o acesso à alimentação dos alunos integrantes da sua rede de ensino.

Assim, tendo em vista os documentos colacionados no presente agravo, a demonstrar a distribuição dos cartões de alimentação às unidades de ensino, em 24/06/2020, o recurso é parcialmente provido para se elidir a mora do Município, determinando-se ao ente a comprovação do cumprimento da tutela de urgência, junto ao Magistrado de origem, através da efetiva entrega do cartão alimentação aos responsáveis pelos alunos matriculados.

Quanto ao parecer do Ministério Público, no sentido de vedar a utilização de verbas vinculadas à educação, bem como de distribuição *in pecunia* de recursos provenientes do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, de se observar que tais matérias não foram objeto do recurso interposto, não havendo devolução da matéria a este Órgão Julgador.

Nada obstante, conforme disposto na decisão do E. STF, o exame quanto à correta utilização das verbas do PNAE não está no âmbito da competência da Justiça Estadual. Outrossim, a transferência de renda integra o pedido formulado na presente demanda. Nessa linha de raciocínio, a intenção de modificação do pleito deve vir por via própria.

Em caso de descumprimento desta obrigação, poderá o Magistrado de origem utilizar todas “as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial” (art. 139, IV, do CPC).

Por tais razões e fundamentos, dá-se parcial provimento ao agravo de instrumento, para afastar a multa aplicada, determinando-se que a Municipalidade comprove, junto ao juízo de origem, a entrega dos cartões de alimentação aos alunos de sua rede pública de ensino.

RIO DE JANEIRO, 10 DE SETEMBRO DE 2020.
DES. SÉRGIO SEABRA VARELLA
RELATOR

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AÇÃO CÍVEL PÚBLICA. ROCK IN RIO. MEIO AMBIENTE. FOGOS DE ARTIFÍCIO. LAUDO PERICIAL. REGIÃO DA LAGOA DE JACAREPAGUÁ. EFEITO NOCIVO TEMPORÁRIO. LICENCIAMENTO. AUSÊNCIA DE DANO AMBIENTAL. IMPROCEDÊNCIA.

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, QUE TEM POR OBJETIVO MINIMIZAR EFEITOS NOCIVOS AO MEIO AMBIENTE DA REGIÃO DA LAGOA DE JACAREPAGUÁ, CAUSADOS POR FOGOS DE ARTIFÍCIO COM EFEITO SONORO, EM TODAS AS EDIÇÕES DO EVENTO “ROCK IN RIO”, ORGANIZADO PELA EMPRESA ROCK WORLD S/A. LAUDO PERICIAL ELABORADO POR PERITO NOMEADO PELO JUÍZO, QUE AFIRMOU SER EVIDENTE O EFEITO NOCIVO, PORÉM TEMPORÁRIO, DO BARULHO PROVOCADO PELA QUEIMA DE FOGOS, MAS RESSALTOU QUE O EFEITO SONORO PEDE SER MITIGADO COM A UTILIZAÇÃO DE FOGOS SEM ESTAMPIDO. ALEGAÇÃO DA RÉ DE QUE JÁ NÃO UTILIZA FOGOS DE ARTIFÍCIO COM EFEITO DE ESTAMPIDO DESDE O EVENTO REALIZADO EM 2017 E QUE A MESMA CONDUTA SERÁ ADOTADA NA EDIÇÃO DE 2019, BEM COMO EM OUTRAS EDIÇÕES QUE FUTURAMENTE VENHAM A SER REALIZADAS. COM EFEITO, NESSE PONTO, MOSTRA-SE CORRETA A SENTENÇA, POSTO QUE NÃO SE PODE CONDENAR A 2ª RÉ A ABSTER-SE DE UMA CONDUTA QUE JÁ NÃO REALIZA, NEM POSSUI PRETENSÃO DE REALIZAR FUTURAMENTE. NO QUE TANGE A CONDENÇÃO DO MUNICÍPIO NA OBRIGAÇÃO DE EFETUAR ESTUDOS PRÉVIOS E FISCALIZAR O LICENCIAMENTO, REALIZANDO O MONITORAMENTO ACÚSTICO DO RUÍDO DECORRENTE DA QUEIMA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO, PREVIAMENTE E DURANTE O EVENTO, MOSTRA-SE EQUIVOCADA A SENTENÇA, POSTO QUE, COMO É SABIDO, TAL RESPONSABILIDADE JÁ É ATRIBUIÇÃO DO MUNICÍPIO, ATRAVÉS DE SEUS

ÓRGÃOS FISCALIZADORES, RAZÃO PELA QUAL, NÃO FAZ SENTIDO TAL CONDENÇÃO E, NESSE PONTO, A SENTENÇA MERECE SER MODIFICADA. AUSÊNCIA DE DANO AMBIENTAL PRESENTE OU FUTURO – O ALEGADO DANO AMBIENTAL NÃO RESTOU COMPROVADO. DANO HIPOTÉTICO OU POTENCIAL QUE NÃO ENSEJA REPARAÇÃO MORAL. POR FIM, DIANTE DA IMPROCEDÊNCIA TOTAL DO PEDIDO INICIAL NÃO HÁ QUE SE FALAR EM CONDENÇÃO DO MP-AUTOR EM HONORÁRIOS, NOS TERMOS DO ART. 18, DA LEI Nº 7.347/85. VALE RESSALTAR QUE PELO MESMO CRITÉRIO, EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA, CASO A AÇÃO FOSSE JULGADA PROCEDENTE, TAMBÉM NÃO CABERIA HONORÁRIOS EM FAVOR DO MP-AUTOR DA AÇÃO, A NÃO SER NA HIPÓTESE DE COMPROVADA MÁ-FÉ DA PARTE RÉ. IMPROVIMENTO AO RECURSO DO MP (AUTOR) E PROVIMENTO AO RECURSO DO MUNICÍPIO, PARA AFASTAR A CONDENÇÃO DO MUNICÍPIO DO RJ NA OBRIGAÇÃO DE FAZER FIXADA NA SENTENÇA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 0055251-34.2019.8.19.0001 em que são Apelantes Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Município do Rio de Janeiro e Apelados Os Mesmos e R.W.S/A.

Acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Apelo do Ministério Público-autor e, dar provimento ao Apelo do 1º Réu-Município do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos interpostos ante o julgado proferido nos autos da ação civil pública, com pedido liminar, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Município

do Rio de Janeiro e R.W.S/A em que se pretende:

- 1) A proibição do uso de fogos de artifício com estampido, em todas as edições futuras do evento nomeado *Rock in Rio* (incluindo a que se realizará no ano de 2019) a contar do corrente ano, de forma a reduzir o impacto sonoro deste artefato pirotécnico, especialmente para a fauna que possui como *habitat* natural a Lagoa de Jacarepaguá e seu entorno, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada queima de fogos;
- 2) A obrigatoriedade por parte do órgão ambiental licenciador competente de exigir do empreendedor, por ocasião do licenciamento ambiental de todas as edições futuras do evento nomeado *Rock in Rio* (incluindo a que se realizará no ano de 2019), a contar do corrente ano, a realização de estudos ambientais prévios e durante o evento, inclusive Programa de Monitoramento Acústico que abarque inclusive medição do ruído decorrente da queima de fogos de artifício, com pontos de monitoramento nas áreas de concentração da fauna, que possui como *habitat* natural a Lagoa de Jacarepaguá e seu entorno, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);
- 3) A condenação dos réus na obrigação de indenizar os danos consumados no curso desta ação civil pública, decorrentes da queima de fogos de artifício, nas edições futuras do evento nomeado *Rock in Rio*, em valor a ser apurado em liquidação e revertido ao FECAM, na forma legal.
- 4) A condenação dos réus nos ônus de sucumbência, inclusive honorários advocatícios que serão revertidos para o Fundo Especial do Ministério Público – FEMP.

Assim constou na parte dispositiva da sentença – Índice Eletrônico nº 1.138:

“(...) Ante o exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE a pretensão autoral para determinar ao MUNICÍPIO, através de seu órgão am-

biental licenciador, que exija a realização dos estudos ambientais prévios e durante os eventos futuros - 2019, inclusive -, além da implementação de Programa de Monitoramento Acústico que abarque a medição do ruído decorrente da queima de fogos de artifício durante os festivais, com pontos de monitoramento nas áreas de concentração da fauna, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Ausentes fatos exteriores indicativos da iminente ou futura utilização de fogos de artifício com estampido, e em face da inexistência de dano certo, atual e subsistente, DESACOLHO os pleitos de tutela inibitória (IE 40/41, item 1) e indenização (IE 41, item 2), respectivamente. Sem ônus, haja vista a sucumbência ínfima experimentada pelos réus, assim como a isenção legal em favor do *Parquet*. Intimem-se. Transitada em julgado, realizem-se as anotações de praxe e, cumpridas as obrigações, dê-se baixa e arquivem-se. (...)”

Apelo do Ministério Público (autor) – índice nº 1.174, alegando que, ao contrário do afirmado na sentença, restou demonstrada a existência de indicativos da iminente ou futura utilização de fogos de artifício com estampido no evento. Ressalta que em matéria ambiental tem especial aplicação o princípio da precaução. Aduz que o laudo pericial de f. 838/862 produzido por perito de confiança do juízo está alinhado com os estudos técnicos realizados pelo GATE-Ambiental e que restou patente o dever de indenizar pelos danos causados ao meio ambiente. Prequestiona, para fins de eventual interposição de recursos aos tribunais superiores, os seguintes dispositivos legais: art. 225, § 3º da Constituição da República; art. 3º e art. 14, § 1º da Lei nº 6.938/81 e art. 927, parágrafo único do Código Civil. Requer a reforma da sentença para que seja

julgado procedente o pedido inicial consistente na obrigação da ré de abster-se de promover o uso de fogos de artifício com estampido, em todas as edições futuras do evento nomeado *Rock in Rio*, condenando-se os réus de forma solidária na obrigação de indenizar os danos ambientais consumados no curso desta ação civil pública, decorrentes da queima de fogos de artifício, nas edições futuras do evento nomeado *Rock in Rio* (incluindo a que se realizou no ano de 2019). Pugna ainda pela condenação dos réus nos ônus da sucumbência.

No índice 1.216 o Município do Rio de Janeiro opôs embargos de declaração, que foram rejeitados, nos termos da decisão proferida no índice nº 1.223:

“1 - IE 1216: Inexiste a contradição apontada. A ausência de efeito de estampido não significa a adequação do ruído produzido nem elide a necessidade de licenciamento, pois, como resta claro na sentença embargada, subsiste uma indefinição acerca da exata dimensão do impacto ocasionado pela queima de fogos sobre a fauna local, a atrair a incidência do princípio da precaução. Note-se que o provimento embargado consigna expressamente que a inicial relata medições em edições anteriores do festival que teriam constatado níveis de ruído acima dos limites estabelecidos pela legislação em vigor (v. IE 16/19). *Ex positis*, conheço dos embargos de declaração, porquanto tempestivos, mas lhes nego provimento, face à ausência de quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC/2015. Publique-se. Intimem-se.

2 - IE 1.174: Aos apelados.

Após, subam ao Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”.

Apelo do Município – índice nº 1.238, alegando que a legislação municipal não proíbe fogos com estampido. Afirma que sentença é contraditória, pois se não há indicativos do uso de fogos de artifício com efeito estampido, desnecessário estudo ambiental para dizer se tais fogos prejudicam ou não o meio ambiente. Sustenta que o constante monitoramento pelo Poder Público impõe ônus excessivo. Ressalta que a edição do festival de 2019 já ocorreu sem causar danos. Requer a reforma da sentença para que sejam julgados improcedentes os pedidos para licenciar todas as edições futuras do *Rock in Rio* e para exigir estudos ambientais prévios e durante o evento, inclusive monitoramento acústico.

Contrarrrazões do Município RJ (Índice nº 1.265); do MP-autor (índice nº 1.290) e de R.W.S/A (índice nº 1.320).

Manifestação da d. Procuradoria de Justiça pelo conhecimento de ambos os recursos, e, no mérito, pelo provimento da apelação ministerial e pelo desprovimento do recurso do ente municipal – Índice nº 1.347.

No índice 1.363/1.366 a ré - R.W.S/A apresentou novo documento - “Relatório Técnico de Manejo e Monitoramento de Fauna Silvestre presente na área conhecida como Parque Olímpico e na porção do Complexo Lagunar de Jacarepaguá para realização do Festival *Rock in Rio* Brasil 2019” (elaborado pelo Instituto Manguezais), sobrevivendo a manifestação do MP e do Município sobre o referido documento nos índices nº 1.449 e 1.453, respectivamente.

É o relatório.

VOTO

Cuida-se de ação civil pública, com pedido liminar, ajuizada em 11/03/2019, pelo Ministério Público do Estado do RJ visando a proibição da utilização de fogos com estampido em todas as edições futuras do evento *Rock in Rio*, inclusive a de 2019, em razão dos danos causados à fauna da região da Lagoa de Jacarepaguá pelo impacto sonoro dos

referidos fogos de artifício. Pretende também que o Município do Rio de Janeiro seja obrigado a realizar estudos ambientais prévios e durante o evento, inclusive Programa de Monitoramento Acústico que abarque a medição do ruído decorrente da queima de fogos de artifício. Pede também que os Réus sejam condenados ao ressarcimento dos danos causados ao meio ambiente.

Em face da sentença de parcial procedência, apelaram o MP-autor e o 1º Réu-Município do RJ. Recursos que ora se apreciam.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o MP-autor trouxe, juntamente com a sua inicial, parecer Técnico do GATE-AMBIENTAL (Grupo de Apoio Técnico Especializado em matéria de meio ambiente).

Inobstante, antes de analisar o pedido liminar, a il. Magistrada da 14ª Vara da Fazenda Pública determinou a realização de perícia a ser elaborada por *expert* de confiança do juízo (índice nº 693).

A ré – R.W.S/A apresentou nos índices nºs 769 e 781 seus pareceres técnicos.

O Perito - Bruno Polycarpo Palmerim Dias, nomeado pelo juízo, apresentou seu laudo no índice nº 838, onde esclarece, dentre outras coisas, que:

“(…) O Parque Olímpico do Rio de Janeiro está localizado no Cabo Pombeba, uma formação geográfica com formato triangular que avança sobre a Lagoa de Jacarepaguá, no bairro da Barra da Tijuca, Zona Oeste do Município do Rio de Janeiro.

Historicamente, o Cabo da Pombeba é um local que tem sido palco de grandes eventos esportivos. No ano de 1977, foi inaugurado o autódromo de Jacarepaguá. Já em 2006, o setor noroeste do autódromo foi desmobilizado para viabilizar a construção de unidades esportivas para o Pan-Americano de 2007, como o Parque Aquático Maria Lenk e a Arena Multiuso. O Autódromo Internacional

Nelson Piquet recebeu sua última prova em 2012. A partir de então, passou a ser totalmente desmobilizado para construção do complexo esportivo que veio a se chamar Parque Olímpico do Rio de Janeiro (OLHAR OLÍMPICO, 2019)”.

Do histórico relatado pelo perito, importante destacar que o local onde se situa o Parque Olímpico, palco do evento *Rock in Rio*, já vem sendo utilizado desde os idos de 1977, quando foi inaugurado o Autódromo de Jacarepaguá e desde essa data tem sido palco de grandes eventos esportivos.

Importante destacar também que, conforme mencionado pelo Perito na f. 846: “A principal atividade que contribui para o adiantado processo de degradação é o lançamento de despejos de origem doméstica, principalmente oriundos de hotéis e condomínios, que não estão ligados ao sistema de esgotamento sanitário da Barra e Jacarepaguá”.

Tais considerações trazem aspectos importantes a serem registrados.

Primeiramente, merece destaque o fato de que desde o ano de 1977 grandes eventos começaram a ser realizados no local, iniciando-se pelas Corridas de Fórmula 1, evento que sem sombra de dúvidas trouxe um grande impacto sonoro para a região.

Em segundo lugar, também merece destaque o fato de que grande parte da degradação sofrida pelo meio ambiente local é gerado pelo esgoto sanitário que vem sendo despejado há diversos anos na Lagoa de Jacarepaguá, sem tratamento adequado, o que sem dúvidas, causa um impacto ambiental permanente e muito maior para a referida região do que o impacto causado pela poluição sonora.

No entanto, destacadas estas breves considerações, o presente julgamento deve-se ater ao fato alegado na inicial: impacto causado pela poluição sonora gerada pelo barulho dos fogos de artifício utilizados no evento denominado “*Rock in Rio*”.

Concluindo seu laudo, o perito na f. 859, afirmou ser evidente o efeito nocivo temporário que é provocado pelo barulho da queima de fogos, mas ressaltou que o efeito sonoro pode ser mitigado com a utilização de fogos sem estampido:

“(...) Diante do exposto, fica evidente que o efeito sonoro da queima de fogos na região objeto da perícia provoca impactos negativos à fauna local, mas que podem ser reduzidos/mitigados. Portanto, além dos processos de autorização junto aos órgãos apontados no item 5.7 (órgão ambiental competente, Corpo de Bombeiros, etc), entendemos que o organizador do evento *Rock in Rio - 2019* deve buscar opções tecnológicas que causem o menor impacto sonoro possível. Neste sentido, o presente estudo revelou que o emprego de fogos de artifício sem estampido é uma alternativa que atende a essa premissa e é viável tecnicamente, tendo, inclusive, sido adotada em grandes espetáculos pirotécnicos, como o *Réveillon 2018-2019* de algumas cidades do Brasil”.

Observa-se que pedido de tutela antecipada foi indeferido pela il. Magistrada NEUSA REGINA LARSEN DE ALVARENGA LEITE (índice nº 903) pelos seguintes fundamentos:

“O laudo pericial de pdf. 838 é claro em suas conclusões de que inexistente a comprovação de impacto negativo permanente gerado com a queima de fogos. Conforme ressaltado pelo sr. Perito: “Em razão da intensa ocupação humana da área, verifica-se que os efeitos da luminosidade produzida pelos fogos são atenuados pela luz artificial das edificações e da iluminação pública, não representando um impacto significativo.”

Com relação à poluição sonora e seus

efeitos, o sr. Perito ressalta: No entanto, o efeito sonoro, como revelado nos estudos de Shamoun-Baranes *et al* (2011), Gronqvist *et al* (2016) e Dale *et al* (2010), causa estresse aos animais de uma maneira geral. Em razão do estresse provocado, há ocorrência, e. g., de ações de fuga e, em alguns casos, de autolesões.

Contudo, em se tratando especificamente da fauna presente na região de estudo, de acordo com Parecer Técnico elaborado pela equipe de Afugentamento e Monitoramento do RIR 2017, não foram identificados casos de envolvendo o ferimento de animais. Quanto às ações de fuga, também de acordo com o parecer, foram temporárias, *i. e.*, após os eventos com picos sonoros os animais regressavam.

Não há, desta forma, a comprovação de impacto negativo ao meio ambiente gerado pelos fogos de artifício. Assim, não ficaram comprovados os requisitos para o deferimento da antecipação de tutela pleiteada, não restando comprovada a probabilidade do direito de dano ambiental irreversível. Desta forma, embora seja recomendável a utilização de fogos de artifício sem estampido, que mitiguem os efeitos causados pelo impacto sonoro à fauna local, a utilização dos mesmos não pode ser condição indispensável para a realização da queima de fogos.

Ressalte-se que desde 1977 há grandes eventos no local, começando pelas corridas de Fórmula 1, na época em que a área, sequer, era tão urbanizada e cuja extensão sonora sempre foi enorme. Atualmente, é uma região completamente cheia de imóveis, com barulhos de carros, buzinas e até

referente às construções de empreendimentos imobiliários, com máquinas de diversas naturezas (...)."

Em sede de agravo de instrumento (proc. nº 0027870- 54.2019.8.19.0000), interposto contra a referida decisão, foi concedido efeito suspensivo para deferir parcialmente a tutela recursal para proibir a utilização de fogos de artifício com estampido, em todas as edições futuras do evento nomeado *Rock in Rio*, a contar do ano de 2019 – índice nº 1.012.

A ré – R.W. alega em sua defesa que já não utiliza fogos de artifício com efeito de estampido desde o evento realizado em 2017 e que a mesma conduta será adotada na edição de 2019, bem como nas edições futuras.

O il. Magistrado sentenciante entendeu que, de fato, a 2ª ré já não utilizava de artefatos com estampido e que não havia nenhum indicativo de que a 2ª ré, no futuro, viria utilizar-se de tal artefato.

Com efeito, conforme destacado na sentença: “Pois bem, o acervo probatório revela que já eram utilizados, desde o evento de 2017, artefatos pirotécnicos sem estampido, apenas o GATE não tivera acesso a essas informações técnicas. Destarte, à míngua da existência de fatos exteriores indicativos da iminente ou futura utilização de fogos de artifício com estampido, não é possível reconhecer ameaça concreta de ato lesivo, um dos pressupostos da tutela inibitória. De fato, se a parte não utilizou no passado o artefato lesivo nem externou quaisquer sinais de que o usará no futuro, não há sentido em condená-la a abster-se daquilo que não fez nem pretende fazer”.

Portanto, a sentença neste aspecto deve ser mantida, posto que não se pode condenar a 2ª ré a abster-se de uma conduta que já não realiza, nem possui pretensão de realizar futuramente.

No que tange ao segundo pleito autoral, no sentido de compelir o Município a realizar estudos prévios e fiscalizar o licenciamento,

sabe-se que tal responsabilidade já é atribuição do Município, através de seus órgãos fiscalizadores, razão pela qual, não faz sentido tal condenação e, nesse ponto, a sentença merece ser modificada.

Por fim, com relação ao alegado dano ambiental, este não restou comprovado.

Não há prova de ter ocorrido danos ao meio ambiente nas edições do evento já realizadas, conforme se extrai do laudo pericial - f. 857: “(...) Por fim, o Parecer Técnico de Afugentamento e Monitoramento da Fauna Silvestre durante a Queima de Fogos do Evento *Rock in Rio* 2017, revelou que pelos 7 (sete) dias do festival, não houve a necessidade de ações emergenciais (assistência médico-veterinária / ações de afugentamento).

E no que se refere às edições futuras do evento, também não há como prosperar tal pleito, posto que relacionado a um dano hipotético que não se sabe se irá ocorrer.

Para que se possa imputar uma conduta danosa, é essencial que reste demonstrada a conduta, o resultado e o nexos causal, o que não restou comprovado no presente caso.

O ordenamento jurídico não admite dano hipotético ou potencial, que apenas cria risco de dano que não se efetiva.

Portanto, analisando-se os três requerimentos feitos na inicial:

- 1) Condenação do 2º réu (R.W.) na obrigação de abster-se de utilizar fogos com estampido;
- 2) Condenação do 1º réu (Município) a realizar estudos ambientais e monitoramento acústico;
- 3) Condenação dos réus ao ressarcimento de danos ambientais.

Entendo que nenhum dos pleitos autorais merece prosperar.

Com relação ao item 2, não há porque se condenar o poder público, no caso o Município do RJ, na obrigação de fazer o que já lhe é imposto por lei, posto que tal fiscalização já é um dever do Município, através de seus órgãos de fiscalização.

Quanto aos pedidos contidos nos itens 1 e 3, merece ser mantida a sentença, visto que, não se pode condenar a 2ª ré a abster-se de uma conduta que já não realiza, nem possui pretensão de realizar futuramente, nem a indenizar danos ambientais que futuramente venha, eventualmente, a praticar.

Por fim, diante da improcedência total do pedido não há que se falar em condenação do MP-autor em honorários, nos termos do art. 18, da Lei nº 7.347/85: “Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”.

Vale ressaltar que pelo mesmo critério, caso a ação fosse julgada procedente, também não caberia honorários em favor do MP-autor da ação, a não ser na hipótese de comprovada má-fé da parte ré.

Apenas por amor ao debate, considero importante salientar que a tese apresentada pelo MP, ora apelante, contraria entendimento de nossa corte Superior, ao qual me filio, no sentido de que, por critério de simetria, não cabe a condenação da parte vencida em ação civil pública ao pagamento de honorários advocatícios para o MP-autor, quando ausente a má-fé.

A questão não é nova, valendo registrar o que consta no Informativo STJ nº 404 (Período: 24 a 28 de agosto de 2009):

PRIMEIRA SEÇÃO - ACP. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MP.

Na ação civil pública (ACP) movida pelo Ministério Público, a questão da verba ho-

norária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei nº 7.347/1985. Segundo este Superior Tribunal, em sede de ACP, a condenação do MP ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o *Parquet* beneficiar-se de honorários quando for vencedor na ACP. Precedentes citados: AgRg no REsp nº 868.279-MG, DJe 06/11/2008; REsp nº 896.679-RS, DJe 12/05/2008; REsp nº 419.110-SP, DJ 27/11/2007; REsp nº 178.088-MG, DJ 12/09/2005, e REsp nº 859.737-DF, DJ 26/10/2006. EREsp nº 895.530-PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, julgados em 26/08/2009.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso do MP-autor e dar provimento ao recurso do Município do RJ para afastar a condenação do ente Municipal na obrigação de fazer fixada na sentença.

RIO DE JANEIRO, 30 DE JULHO DE 2020.
DES. ANTONIO CARLOS ARRÁBIDA PAES
RELATOR

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTALAÇÃO DE MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO ESSENCIAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO ELÉTRICO. DEVER CONSTITUCIONAL. PROCEDÊNCIA.

APELAÇÃO CÍVEL. LIGHT. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRETENSÃO DE INSTALAÇÃO DE MEDIDOR PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA RÉ, AO ARGUMENTO DA AUSÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SERVIÇO ESSENCIAL QUE EMANA DOS DIREITOS

CONSTITUCIONAIS E FUNDAMENTAIS À CIDADANIA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DO ACESSO UNIVERSAL À REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONCESSIONÁRIA QUE DEVE OBSERVAR OS DITAMES CONSTITUCIONAIS, NÃO LHE SENDO PERMITIDO NEGAR A PRESTAÇÃO DE FORNECIMENTO DE BEM ESSENCIAL SEM JUSTO MOTIVO. CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS QUE CORROBORA A VERACIDADE DA NARRATIVA AUTORAL, NO SENTIDO DE QUE A MORADIA DA AUTORA DEVE SER INTEGRADA AO PLANO DE UNIVERSALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA FOMENTADO PELA ANEEL. RÉ QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE COMPROVAR QUAISQUER FATOS IMPEDITIVOS, EXTINTIVOS E MODIFICATIVOS DO DIREITO AUTORAL, NOS TERMOS DO ART. 373, II, DO CPC. DANOS MORAIS CONFIGURADOS *IN RE IPSA*. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA N° 192 DESTE TJERJ. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO CORRETAMENTE FIXADO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n° 0008400-04.2019.8.19.0205, em que é Apelante Light Serviços de Eletricidade S/A e Apelada S.C.

Acordam os Desembargadores da Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em sessão nesta data, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação ajuizada por S.C. em face de Light Serviços de Eletricidade S/A, objetivando que a ré efetue a instalação de medidor trifásico de energia elétrica para o apto XX, sito na Rua X, X, CEP X, Inhoaíba, possibilitando o fornecimento regular de energia e cobrança mensal pelo consumo, sob pena de multa diária, bem como seja a mesma condenada ao pagamento

de indenização por danos materiais e morais.

O Juízo da 6ª Vara Cível do Foro Regional de Campo Grande – Comarca da Capital, no index 000131, julgou parcialmente procedente a pretensão inicial para: a) confirmar a tutela antecipada por sentença; b) condenar a ré em indenizar a autora com a quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), a título de dano moral, com correção monetária a contar da sentença e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

Julgou improcedente o pedido de indenização por dano material. Por conseguinte, declarou extinto o processo, com apreciação do mérito, na forma do art. 487, I, do CPC.

Considerando a sucumbência recíproca e observando a proporcionalidade, condenou a autora em 1/3 (um terço) das despesas processuais, cabendo à ré as despesas processuais pela diferença.

Condenou, ainda, a autora nos honorários advocatícios devidos ao patrono da ré, fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), na forma do art. 85, § 8º, do CPC.

Condenou, por fim, a ré nos honorários advocatícios devidos ao patrono da autora, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, na forma do art. 85, § 2º, do CPC.

Apela a ré, no index 000262, sustentando, em resumo, que as circunstâncias apresentadas nos autos militam em desfavor da autora, sobretudo porque estas informam que a concessionária agiu dentro da mais perfeita lisura e boa-fé, sem que tivesse perpetrado nenhum ato contrário ao direito, passível de indenização.

Alega, ainda, que conforme comprovado na peça de defesa, a instalação do medidor foi realizada, não havendo, portanto, que se falar em dever de indenizar.

Nesse diapasão, argumenta que toda a conduta adotada pela ré foi realizada dentro dos ditames da Lei, uma vez que observou todos os

preceitos dos contratos firmados entre as partes, tendo ocorrido, no caso em exame, a culpa exclusiva da vítima, nos moldes do artigo 14, § 3º, II, da Lei nº 8.078/90, sendo esta uma das causas de exclusão do nexo de causalidade.

Por outro lado, afirma que deixou a autora de lograr êxito em comprovar os fatos constitutivos de seu direito, na forma do artigo 373, I do Código de Processo Civil, ônus que lhe incumbe.

Assevera, ainda, que nos autos não constam percalços pessoais ou financeiros, a legitimar o recebimento de uma indenização por dano moral.

Conclui, assim, que inexistente, no contexto apreciado, a demonstração de prática de ato ilícito por parte da ré, inexistindo, portanto, o dever de indenizar o autor por qualquer dano, inclusive de ordem moral.

Requer o provimento do recurso, a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos autorais ou, caso assim não se entenda, seja reduzido o valor da condenação extrapatrimonial fixado na sentença.

Contrarrazões da autora no *index* 000152.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada em face de Light Serviços de Eletricidade S/A, objetivando a autora a prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica na residência da autora, como a instalação de medidor, bem como a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, tendo o Juízo *a quo* julgado procedentes em parte os pedidos.

Irresignada, apela a ré, alegando a ausência de falha na prestação do serviço, bem como de ato ilícito por ela cometido a ensejar a condenação ao pagamento de indenização à autora.

Não merece prosperar o inconformismo da ré.

O artigo 5º, parágrafo 2º, da CF/88 traz a chamada cláusula aberta dos direitos fundamentais, que dispõe no sentido de que “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”.

Neste contexto, verifica-se que a Carta Magna, em seu artigo 1º, elenca a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil (princípios fundamentais).

E, nos dias atuais, a observância desses princípios fundamentais, em sua completude, depende, necessariamente, do acesso pelos cidadãos brasileiros a determinados serviços, que, pela sua essencialidade, devem ser considerados também como fundamentais, à luz dos ditames constitucionais.

Com base neste raciocínio, nasceu, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o princípio do acesso universal à rede de distribuição de energia elétrica, para possibilitar a plenitude da cidadania e em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com tal princípio, o fornecimento de energia elétrica constitui direito subjetivo e constitucional do administrado e representa serviço público de natureza essencial.

Assim, por força do contrato de concessão que realizam com a Administração Pública, as distribuidoras (concessionárias) têm o dever de garantir as condições necessárias para que o serviço de energia elétrica possa ser acessível a todos, não sendo possível negar-se a prestação do mesmo sem justificativa admissível, sob pena de inobservância à própria Constituição da República.

No caso em exame, verifica-se que a ré não se desincumbiu de comprovar justo motivo para deixar de prestar à autora o fornecimento do serviço essencial de eletricidade, ocorrendo que somente instalou o medidor na residência da mesma após o ajuizamento da presente ação e o deferimento da tutela de urgência, sendo que

as alegações da concessionária, tanto em sede de contestação, como em grau recursal, são de cunho genérico, não havendo qualquer respaldo para a negativa administrativa da mesma na seara administrativa.

A autora, a seu turno, comprovou que solicitou o fornecimento de luz em seu imóvel, juntando, nos índices 000024/00026, protocolos de atendimento, e demonstrou, ainda, que imóveis vizinhos ao seu são abastecidos de energia elétrica, com medidores instalados, pelo que se depreende da foto constante do index 000030 e da conta de energia elétrica daquela unidade consumidora de index 000029.

Deste modo, importa salientar que, conforme fotos e documentos anexados à exordial, restaram evidenciados os requisitos das Resoluções da ANEEL de nº 223 e nº 414 para integração da moradia do autor no Plano de Universalização de Energia Elétrica, a saber:

Resolução ANEEL nº 223, de 29/04/2003:

“(…) Art. 3º - A partir da data de publicação desta Resolução, a concessionária deverá atender, sem qualquer ônus para o solicitante, ao pedido de nova ligação para unidade consumidora cuja carga instalada seja menor ou igual a 50 kW, com enquadramento no Grupo B, que possa ser efetivada mediante extensão de rede em tensão inferior a 2,3 kV, inclusive instalação ou substituição de transformador, ainda que seja necessário realizar reforço ou melhoramento na rede em tensão igual ou inferior a 138 kV.”

Resolução ANEEL nº 414, de 09/09/2010:

“(…) Art. 40. A distribuidora deve atender, gratuitamente, à solicitação de fornecimento para unidade consumidora, localizada

em propriedade ainda não atendida, cuja carga instalada seja menor ou igual a 50 kW, a ser enquadrada no grupo B, que possa ser efetivada:

I - mediante extensão de rede, em tensão inferior a 2,3 kV, inclusive instalação ou substituição de transformador, ainda que seja necessário realizar reforço ou melhoramento na rede em tensão igual ou inferior a 138 kV; ou

Redação dada pela Resolução Normativa ANEEL Nº 479 DE 03/04/2012:

II - em tensão inferior a 2,3 kV, ainda que seja necessária a extensão de rede em tensão igual ou inferior a 138 kV.”

Sob essa perspectiva, percebe-se que a ré não se desincumbiu de comprovar quaisquer fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito autoral, nos termos do art. 373, II, do CPC, não havendo justificativa para negar o fornecimento do serviço essencial para a autora, tanto assim que procedeu à instalação do medidor após o ajuizamento da demanda, como determinado na decisão da tutela de urgência, corretamente confirmada na sentença apelada.

No que tange aos danos morais, também não merece qualquer reforma a sentença apelada, eis que estes se configuram *in re ipsa*, decorrendo do próprio fato, já que a negativa de prestação de serviço essencial, sem qualquer fundamento, sem dúvida acarreta ao indivíduo abalo psicológico que foge à normalidade, podendo ser aplicada ao caso, por analogia, a Súmula 192 do TJERJ:

“Súmula 192 - A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás natural configura dano moral.”

Assim, verificado o prejuízo extrapatrimonial, importante ressaltar que a fixação do *quantum* deve atender aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sopesando o Magistrado o dano sofrido, bem como as condições econômicas da vítima e do ofensor, não podendo atribuir valor ínfimo ou exagerado, que permita o enriquecimento sem causa do consumidor.

Diante do exposto e analisando-se a situação fática narrada, verifica-se que o montante de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), fixado no *decisum*, se encontra em consonância com os valores geralmente arbitrados por este Tribunal, não comportando a redução pretendida pela ré, até mesmo porque a autora ficou sem o serviço essencial por cerca de 3 (três) meses.

Consigna-se a jurisprudência:

0002448-46.2019.8.19.0075 – APELAÇÃO - Des(a). GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA - Julgamento: 15/09/2020 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível. Pretensão de instalação de relógio medidor, cancelamento de eventuais débitos, além de indenização por dano moral, sob o fundamento, em síntese, de que, apesar de ter atendido às exigências da ré, esta, após diversas solicitações, não realizou a instalação, restando o demandante impossibilitado de usufruir do serviço de energia elétrica. Sentença de procedência do pedido. Inconformismo da demandada. Relação de consumo. Concessionária que não logrou demonstrar que o autor deixou de atender aos requisitos necessários para a efetivação do serviço, tampouco que as pendências, supostamente, existentes não foram sanadas, deixando, assim, de se desincumbir do ônus probatório que lhe competia. Ré que deixou de cumprir com a contraprestação devida, permanecendo o

recorrido privado de atividade elétrica em seu imóvel por alguns meses, perdurando a inércia até 1 (um) mês, após o deferimento da antecipação de tutela no presente feito. Conduta da demandada que atentou contra os princípios da eficiência e continuidade do serviço público, nos termos do artigo 22, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Responsabilidade objetiva. Inteligência do artigo 14, *caput* e § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Falha na prestação de serviço. Dano moral configurado. Quantia, arbitrada em R\$ 7.000,00 (sete mil reais), que não merece redução. Recurso ao qual se nega provimento, majorando-se os honorários advocatícios em 5% (cinco por cento) sobre o *quantum* fixado pelo Juízo *a quo*, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, perfazendo o total de 18% (dezoito por cento) sobre o valor da condenação.

0041827-81.2017.8.19.0004 – APELAÇÃO - Des(a). ALCIDES DA FONSECA NETO - Julgamento: 16/10/2019 - VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DEMORA DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA PARA INSTALAÇÃO EM UNIDADE RESIDENCIAL. AUTORA QUE PASSOU MAIS DE 15 DIAS SEM O SERVIÇO ESSENCIAL. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A PRETENSÃO DE DANO MORAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Relação de consumo, decorrente de negativa de concessionária de energia elétrica para instalação do seu medidor em unidade residencial. Apelante que não se desincumbiu de seu ônus probatório, quanto à alegação de que o consumidor não realizou os procedimentos necessários

para possibilitar a instalação. Art. 373, inc. II, do Código de Processo Civil. Falha na prestação do serviço caracterizada. Danos materiais no montante de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) que restaram comprovados, posto que a autora ficou mais de 15 (quinze) dias sem luz. Demora injustificada para efetivar a ligação que, por si só, tem o condão de macular a honra objetiva e subjetiva daquele que se viu privado de gozar e fruir de seu imóvel, ante a ausência de fornecimento de energia elétrica. Dano moral configurado. Manutenção da sentença. Honorários majorados para 15% sobre o valor da condenação. Desprovisionamento do recurso.

Portanto, a manutenção da sentença que julgou procedentes os pedidos autorais é medida de rigor.

Face ao exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso, majorando-se os honorários sucumbenciais devidos pela ré à autora para 17% (dezessete por cento) do valor da condenação, na forma do art. 85, § 11, do CPC.

RIO DE JANEIRO, 10 DE DEZEMBRO DE 2020.

DES. MÔNICA FELDMAN DE MATTOS
RELATORA

AÇÃO INDENIZATÓRIA. GREVE DE PROFESSORES EM INSTITUIÇÃO PRIVADA DE ENSINO SUPERIOR NÃO CONSTITUI DANO MORAL *IN RE IPSA* PARA ESTUDANTES. PROVIDÊNCIAS PARA MINIMIZAR EFEITOS DA GREVE. DANOS MORAL E MATERIAL NÃO COMPROVADOS. DANO MATERIAL EMERGENTE E LUCROS CESSANTES. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ PROVIDO

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INSTITUIÇÃO PRIVADA DE ENSINO SUPERIOR. PRELIMINAR AFASTADA. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA AFASTAR O DANO MORAL.

1. Preliminar afastada. Julgamento antecipado do pedido, nos termos do art. 355, I do CPC. A análise do dano material alegado pelo autor não requer produção de outras provas além da farta documentação anexada, estando o processo devidamente instruído para o julgamento.

2. Greves de professores durante o curso. Embora a ocorrência de greves possa gerar prejuízos materiais e infortúnios que ultrapassem a barreira do mero aborrecimento, certo é que não se trata de hipótese de dano moral *in re ipsa* como alegado na inicial e, ainda que se trate de responsabilidade objetiva, para a sua configuração é preciso que os danos sejam comprovados, sobretudo quando a Instituição toma as providências para minimizar os seus efeitos, como a reposição das aulas perdidas. Precedentes do TJRJ.

3. Danos materiais e morais não comprovados. Na hipótese, entretanto, o histórico escolar e o boletim demonstram que as disciplinas dos semestres em que estava matriculado foram devidamente cursadas pelo autor, que realizou normalmente as avaliações dos períodos, com a indicação do preenchimento da respectiva carga horária, com exceção daquelas em que houve reprovação por falta.

4. Inscrição realizada fora do prazo. Culpa exclusiva do autor. A documentação anexada à própria inicial demonstra que o autor não conseguiu retomar o curso no primeiro semestre de 2015 porque solicitou a sua inscrição após o prazo previsto no calendário escolar, não podendo atribuir a responsabilidade à ré pela perda do período.

5. Diploma expedido três meses após a colação de grau. Sequer a demora de três meses para a expedição do diploma pode ser invocada para o atraso no exercício da advocacia, uma vez que para a inscrição definitiva na OAB-RJ, basta que o requerente apresente a certidão de colação de grau, conforme informação extraída do próprio *site* da Ordem dos advogados.

6. Reforma parcial da sentença. Restando demonstrado nos autos que as paralisações não trouxeram prejuízo ao autor, a perda do primeiro semestre de 2015 ocorreu por sua culpa e, ainda, que o diploma foi expedido três meses após a colação de grau, impõe-se não apenas a manutenção da improcedência dos pedidos de danos emergentes e lucros cessantes, como também a reforma parcial da sentença para julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais. Ônus sucumbenciais invertidos.

PROVIMENTO DO RECURSO DA RÉ E NEGATIVA DE PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0008000-52.2017.8.19.0207, em que figuram como Apelantes: Associação Sociedade Brasileira de Instrução e R.C.F. e como Apelados: Os Mesmos.

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos em dar provimento ao recurso da ré e negar provimento ao recurso do autor, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por R.C.F., em face de Associação Sociedade Brasileira de Instrução, pleiteando o pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da má prestação do serviço de ensino superior, em razão de greves durante o curso, da perda de um semestre por falha da ré, da demora em expedir o diploma, bem como da impossibilidade de aproveitar oportunidades de emprego neste período.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

“(…). Com relação aos danos materiais, entendo que são todos improcedentes, pois não restaram demonstrados em nenhuma de suas espécies. Não há danos emergentes devidamente comprovados uma vez que não se sabe ao certo os valores efetivamente pagos pelo autor em cada mês de greve já que ele não junta aos autos os comprovantes de pagamento. Ademais, não houve efetivo prejuízo de conteúdo, apesar das paralisações das aulas, uma vez que o próprio demandante afirma que passou na OAB de forma antecipada e com excelentes notas, de forma que a ré cumpriu com os objetivos dos serviços de ensino, pelos quais recebeu os pagamentos. No mesmo sentido, os lucros cessantes não estão evidenciados, pois não foi juntado aos autos, mesmo após longa instrução processual, nada que comprove a efetiva oferta de trabalhar com a prima em escritório de advocacia de sucesso, tampouco de trabalhar em qualquer outro lugar no período objeto da lide. Destaque-se que, tal prova incumbia ao autor, apesar da inversão do ônus da prova, pois diz respeito ao fato constitutivo do seu direito, e a sua negativa seria de produção impossível por

parte do réu. No entanto, há dano moral, por conta do fato do serviço (artigo 14, do CDC), diante da frustração, sensação de impotência, revolta e angústia criadas pela monumental incompetência da ré em gerir a universidade, causando insegurança completa para a autora em relação à sua formação, além de perda de tempo. O importante para caracterizar o dano moral não é o ilícito em si mesmo, mas sim a repercussão que ele possa causar. Não será necessário para a configuração do dano moral, a repercussão externa do sofrimento, sendo apenas indispensável que o sofrimento atinja o sentimento íntimo e pessoal de dignidade da parte autora. Ademais, é inegável a perda da chance de se graduar e receber o seu diploma no tempo correto e razoável, e ter acesso a oportunidades de emprego em momento anterior ao que acabou acontecendo em concreto em razão das greves e dos atrasos administrativos na instituição demandada. Resta, assim, a fixação do *quantum* indenizatório. A fixação do valor da indenização por danos morais não é nova, nem pacífica, mas é certo que objetiva, de um lado, compensar o lesado pelos sofrimentos experimentados, e, de outro, inibir o autor da prática do dano, devendo ser levados em conta o grau do sofrimento experimentado, as condições das partes e a gravidade e duração da lesão, não podendo o valor a ser fixado ser fonte de lucro a ensejar o enriquecimento sem causa da parte que sofreu o dano. O arbitramento do dano moral deve ser moderado e equitativo para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro (o lucro *capiendo*). Diante das circunstâncias do caso concreto e em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, fixo o valor do dano

moral em R\$ 15.000,00, (quinze mil reais), atendendo tal fixação à finalidade reparação/sanção, como já examinado. Isto posto, nos termos do art. 487, inciso I do NCCP, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado somente para condenar a ré ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de indenização por danos morais, corrigidos monetariamente a partir da data da publicação da presente (verbete da súmula nº 362 do STJ) e acrescida de juros legais de 1% ao mês contados a partir da citação. Tendo em vista a sucumbência majoritária e sobretudo a causalidade, condeno a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.”

Recorre, tempestivamente, Anhanguera Educacional Participações S/A, a f. 810/821, pugnando pela reforma da sentença. Sustenta, em síntese, que: (I) os efeitos das greves foram minimizados com a reposição de aulas, avaliações e demais atividades acadêmicas, não restando comprovado nenhum prejuízo ao autor; (II) ao longo do curso o apelado fora reprovado por notas e faltas em 18 oportunidades, além de ter trancado 5 disciplinas; (III) o autor jamais interpôs requerimento administrativo sobre os fatos ventilados na presente demanda; (IV) o diploma foi expedido em tempo razoável e sequer houve requerimento de urgência; (V) na ausência do diploma, a Declaração de Conclusão do curso emitida pela Universidade pode ser apresentada em qualquer instituição. Subsidiariamente, requer a redução do valor arbitrado.

Recorre, tempestivamente, R.C.F., a f. 850/872, pugnando pela reforma parcial da sentença. Afirma, em síntese, que os lucros cessantes e os danos emergentes foram efetivamente comprovados. Caso se entenda que

não há provas quanto ao dano material, suscita, como questão preliminar, a deficiência da decisão saneadora que não abordou o lucro cessante e não fixou os pontos controvertidos, pugnando pela conversão do julgamento em diligência para colheita de provas.

Aduz, ainda, que: (I) a ré atrasou em seis meses sua habilitação profissional, pois em 2015 o autor perdeu o semestre de aulas não conseguiu terminar o procedimento de matrícula por problemas no *site* da Universidade; (II) houve nove meses de atraso na entrega do diploma; (III) em razão de tais fatos, o réu perdeu duas ofertas de emprego e não conseguiu suceder sua prima no escritório, pois ela adoeceu no início de 2016 e faleceu no início de 2017; (IV) o réu não provou as supostas reposições das aulas; (V) devem ser restituídos os valores proporcionais referentes aos períodos de greve; (VI) incide a teoria da perda de uma chance tanto em razão do lucro cessante quanto em relação às oportunidades perdidas de emprego.

Contrarrazões a f. 264/276 e a f. 291/293.

É O RELATÓRIO.

Os apelos são tempestivos e seguiram a regularidade formal. Há legitimidade e interesse recursal. Presentes os requisitos de admissibilidade, os recursos devem ser conhecidos.

De plano, afasta-se a preliminar suscitada pelo autor.

Isto porque as provas constantes nos autos se revelaram suficientes para o julgamento antecipado do pedido, sem a necessidade de maior dilação probatória, nos termos do art. 355, I do CPC:

Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

Desta forma, a análise da existência do dano material alegado pelo autor não requer produção de outras provas além da farta documentação anexada, estando o processo devidamente instruído para o julgamento.

No mérito, cinge-se a controvérsia à responsabilidade da universidade ré pelos prejuízos materiais e morais alegados pelo autor provenientes do contrato de prestação de serviço educacional.

A relação estabelecida entre as partes é de consumo, por figurar o autor como consumidor, em conformidade com o art. 2º do CDC, e as ré como fornecedora, conforme art. 3º do mesmo diploma legal.

Nos termos do artigo 20 do CDC, a responsabilidade civil dos fornecedores de serviço é objetiva, respondendo, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores pelos vícios dos serviços prestados.

Na hipótese, ao contrário do que constou na sentença, não restou incontroversa a ocorrência de nove greves durante o período em que o autor frequentou o curso de direito - janeiro de 2010 a julho de 2014 e agosto a dezembro de 2015.

Compulsando os autos, verifica-se que, embora o autor tenha anexado reportagens de jornais, *blogs* e *sites* do sindicato dos professores (f. 61/99) para indicar a ocorrência de nove greves que teriam lhe causado prejuízo, fato é que foram citadas paralisações ocorridas em períodos em que a matrícula do autor sequer estava ativa (segundo semestre de 2014 e primeiro semestre de 2015 trancados - f. 256).

Conforme o quadro contido a f. 22 da inicial (item 49), foram quatro os semestres com paralisações efetivamente considerados pelo próprio autor, “cruzando os dados destas notícias com os calendários acadêmicos” (2012.02, 2013.01, 2013.02 e 2015.02).

Ressalta-se, por outro lado, que nas mesmas matérias também é noticiado que o Reitor da Faculdade estava tomando as providências para a reposição do conteúdo programático (79/80).

Embora a ocorrência de greves de professores possa gerar prejuízos materiais e infortúnios que ultrapassem a barreira do mero aborrecimento, certo é que não se trata de hipótese de dano moral *in re ipsa* como alegado na inicial e, ainda que se trate de responsabilidade objetiva, para a sua configuração é preciso que os danos sejam comprovados, como, por exemplo, a perda de aulas sem a devida reposição ou o pagamento por disciplinas que deixaram de ser ministradas.

A propósito:

Apelação Cível. Relação de consumo. Parte autora que alega atraso e deficiência em sua formação, tendo em vista a ocorrência de greve dos funcionários da instituição de ensino superior do qual era aluna. Sentença de improcedência dos pedidos. Irresignação da autora. Falha na prestação do serviço não configurada. A ocorrência de greve independe da vontade da instituição de ensino. Documentos juntados aos autos que comprovam a aplicação de provas até mesmo durante o alegado período de paralisação. Apelante que se formou no tempo previsto. Dano moral inexistente. Sentença que não merece reforma. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

(0139961-51.2011.8.19.0038 – Apelação - 1ª Ementa - Des. SÉRGIO SEABRA VARELLA - Julgamento: 27/04/2016 - Vigésima Quarta Câmara Cível)

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. INDENIZATÓRIA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE QUE SE RECHAÇA. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO COMPETENTE. NO

MÉRITO, GREVE DOS PROFESSORES, POR DOIS MESES. SITUAÇÃO QUE ULTRAPASSA O CONTROLE DA EMPRESA RÉ. REPOSIÇÃO DAS AULAS. HISTÓRICO ESCOLAR EXPEDIDO APÓS O PREENCHIMENTO DA CARGA HORÁRIA. INOCORRÊNCIA DE PRÁTICA DE ATO ILÍCITO. DANO MATERIAL. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MERO ABORRECIMENTO DECORRENTE DAS DIFICULDADES COTIDIANAS. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 75, DESTA EGRÉGIA CORTE. 1. “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.” (Verbete sumular nº 75, TJRJ) 2. Na hipótese dos autos, tem-se que a greve dos professores é fato que foge ao controle da instituição de ensino, não havendo prova suficiente a caracterizar a prática de ato ilícito, ou mesmo de negligência da sua parte, na medida em que promoveu a reposição das aulas pendentes, sendo certo que o Histórico Escolar só poderia ser expedido após o preenchimento da correspondente carga horária das disciplinas. 3. Dano material não comprovado, Inexistência da prática de ato ilícito pela ré, que promoveu a reposição das aulas, fornecendo o Histórico Escolar após o preenchimento da carga horária, bem como o autor não comprovou o pagamento do valor referente à renovação da matrícula não efetivada. 4. Dano moral não configurado. Mero aborrecimento decorrente das dificuldades cotidianas, que não tem o condão de gerar dano moral. Inteligência do verbete sumular nº 75 deste Tribunal de Justiça. 5. Sentença que se mantém. Recurso desprovido, nos termos do voto do Relator.

(0464543-22.2012.8.19.0001 – Apelação - Des. LUIZ FERNANDO DE ANDRADE PINTO - Julgamento: 05/10/2016 - Vigésima Quinta Câmara Cível)

Na hipótese, entretanto, o histórico escolar e o boletim, juntados pela ré a f. 255/258, demonstram que as disciplinas dos semestres em que estava matriculado foram devidamente cursadas pelo autor, que realizou normalmente as avaliações dos períodos, com a indicação do preenchimento da respectiva carga horária, com exceção daquelas em que houve reprovação por falta.

Destaca-se que as alegações autorais relacionadas às greves são feitas de maneira genérica com base nas notícias anexadas, não indicando especificamente nenhuma disciplina que tenha sofrido maiores percalços com as paralisações. Curiosamente, quando se refere ao segundo semestre de 2015, um dos períodos impugnados, o faz de maneira elogiosa, destacando o seu bom desempenho (itens 16 e 66 da petição inicial).

Por outro lado, também não assiste razão ao autor quanto às alegações de que tenha perdido o período de 2015.01 por falha no sistema da Universidade.

Isto porque, de acordo com a documentação anexada à própria inicial, verifica-se que o autor requereu a matrícula em 26 de fevereiro de 2015, conforme o protocolo a f. 103, quando já expirado o prazo indicado para reabertura e renovação de matrícula, consoante o calendário a f. 124, sendo o pedido indeferido por “PRAZO EXPIRADO” (f. 103).

Por fim, quanto à alegação de demora na expedição do diploma, nota-se que o dia considerado pelo autor, 05/09/2016, refere-se, na verdade, à data do requerimento de sua inscrição na OAB-RJ (f. 110), sendo certo que o Histórico Escolar anexado a f. 256, traz a informação de que o Diploma foi expedido em

08/06/2016, menos de três meses após a data efetiva da colação de grau, em 10/03/2016 (f. 256).

Ressalta-se, que de acordo com o Manual do Aluno a f. 297, a expedição do diploma deveria ser requerida pelo autor após a colação de grau junto à Secretaria/CAR, onde seria verificada a regularidade da documentação e providenciada a expedição. No entanto, não há nos autos nenhum comprovante de que o requerimento tenha sido feito pelo autor, nem no registro de protocolos administrativos anexado a f. 103.

Ademais, sequer a demora de três meses para a expedição do diploma pode ser invocada para o atraso no exercício da advocacia, uma vez que para a inscrição definitiva na OAB-RJ, basta que o requerente apresente a certidão de colação de grau, conforme informação extraída do próprio *site* da Ordem dos advogados (<https://www.oabRJ.org.br/inscricao-nos-quadros>).

Registra-se, por oportuno, que o autor se formou dentro do tempo previsto para conclusão do curso, não se formando antes em razão do seu afastamento voluntário com o trancamento da matrícula – (“Num outro momento da vida – que começa em 2015, pouco antes de completar o ano que ficou afastado do curso –, o autor decide voltar a estudar” – f. 08).

Logo, quanto aos demais fatos alegados na inicial, forçoso concluir que a doença adquirida após a perda do primeiro semestre de 2015 ou a impossibilidade de aproveitar ofertas de emprego antes da sua inscrição definitiva nos quadros da OAB, obviamente, não podem ser atribuídas à ré.

Portanto, restando demonstrado nos autos que as paralisações não trouxeram prejuízo ao autor, que a perda do primeiro semestre de 2015 ocorreu por sua culpa e, ainda, que o diploma foi expedido três meses após a colação de grau, impõe-se não apenas a manutenção da improcedência dos pedidos de danos emergentes e

lucros cessantes, como também a reforma parcial da sentença para julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Por tais fundamentos, voto no sentido de dar provimento ao recurso da ré, reformando-se a sentença para julgar improcedentes os pedidos de danos morais, e negar provimento ao recurso do autor. Ônus sucumbenciais invertidos, condenando-se o autor ao pagamento das despesas processuais e dos honorários sucumbenciais, fixados em 12% sobre o valor atualizado da causa, observada a gratuidade de justiça, nos termos dos artigos 85, §§ 2º e 11 e 98, § 3º do CPC.

RIO DE JANEIRO, 16 DE SETEMBRO DE 2020.

**DES. MÔNICA DE FARIA SARDAS
RELATORA**

CONSUMIDOR. SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA. INEXISTÊNCIA DE HIDRÔMETRO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. TERMO DE RECONHECIMENTO RECÍPROCO DE DIREITOS E OBRIGAÇÕES. COBRANÇA POR ESTIMATIVA. VALORES EXCESSIVOS. CORTE NO FORNECIMENTO. DANO MORAL *IN RE IPSA*. CONFIGURAÇÃO. SERVIÇO ESSENCIAL. SENTENÇA MANTIDA.

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DO CONSUMIDOR – SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA – INEXISTÊNCIA DE HIDRÔMETRO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – COBRANÇA POR ESTIMATIVA – VALORES EXCESSIVOS – CORTE DO FORNECIMENTO – DANO MORAL *IN RE IPSA* CONFIGURADO – ESSENCIALIDADE DO SERVIÇO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória em face das concessionárias prestadoras do serviço de fornecimento de água. Cobranças por estimativa realizadas inexistente a instalação de hidrômetro. Corte do fornecimento de serviço essencial. A existência de legislação específica não afasta a aplicação do CDC, cujas normas incidem quando presente uma relação de consumo, tal como

ocorre nos autos. Serviço essencial que deve ser prestado de forma regular e contínua. O faturamento baseado em estimativa revela-se abusivo, porquanto desconsidera o consumo efetivamente realizado, superfaturando a contraprestação do serviço e subvertendo a finalidade da tarifa mínima. Danos morais configurados. Negado provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, na Apelação Cível nº 0003116-49.2018.8.19.0205 em que são Apelantes CEDAE - Companhia Estadual de Águas e Esgotos e F.AB. Zona Oeste S.A., sendo apelada D.V.P.M.

Acordam os Desembargadores que participam da sessão da Décima Sétima Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Divalda Vale de Paiva Matos ajuizou ação de obrigação de fazer c/c indenizatória em face da CEDAE - Companhia Estadual de Águas e Esgotos - RJ e Zona Oeste Mais Saneamento afirmando manter relação de consumo com os réus, através de serviço prestado em sua residência, situada na Rua XXX, Guaratiba - Rio de Janeiro/RJ. Esclarece que no local existem duas economias e que ambas nunca possuíram hidrômetro. Afirma que as rés emitem cobranças com base em estimativa de consumo, gerando valores excessivos. Aduz que, em razão dos valores excessivamente gerados, acabou por se tornar inadimplente, vindo a sofrer a interrupção do serviço, em junho de 2017. Por tais fatos, requer: a) a tutela antecipada para o imediato restabelecimento do serviço, bem como para instalação de um hidrômetro em cada economia e para que as rés se abstenham de incluir o nome nos cadastros restritivos de crédito; b) a decla-

ração de inexistência de débito que ultrapassem cinco anos do ajuizamento da ação, em razão da prescrição; c) a revisão do débito, incidindo a tarifa mínima até instalação do hidrômetro; d) o parcelamento do débito a ser apurado, em prestações que não excedam R\$ 50,00; e) indenização por dano moral. (indexador 003)

Decisão deferindo a gratuidade de justiça e concedendo a tutela antecipada. (indexador 064).

Contestação da CEDAE arguindo a preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, sustenta não possuir responsabilidade pelos fatos descritos na inicial, em razão da transferência da gestão comercial do serviço. Esclarece que nunca foi solicitada a instalação de hidrômetro na unidade de consumo. Afirma que as contas foram faturadas com base na média de consumo, não havendo irregularidade na apuração do débito. Sustenta a legalidade na cobrança por estimativa baseada no número de economias. Pugna pela improcedência da pretensão formulada. (indexador 168)

Contestação da ré FAB. Zona Oeste S/A suscitando a falta de interesse de agir em razão de cancelamento dos débitos, bem como pelo serviço inativo para a unidade de consumo, fazendo a parte autora uso de poço artesiano. Apresenta preliminar de falta de ilegitimidade passiva. No mérito, sustenta que o imóvel da autora não é abastecido por rede oficial de água, inexistente no logradouro da autora, tendo destacado que os moradores fazem uso de poço artesiano. Esclarece que apesar da emissão de faturas, a parte autora jamais realizou pagamentos, tendo os débitos sido cancelados. Sustenta que a mera cobrança, desprovida de apontamento nos cadastros restritivos, não configura dano moral. Argumenta com a impossibilidade de instalação de hidrômetro na unidade de consumo, já que o imóvel não é abastecido por rede oficial de água. Pugna pela improcedência da pretensão formulada. (indexador 307).

Decisão saneadora, ocasião em que foi invertido o ônus da prova em favor da parte autora e deferida a produção da prova documental. (indexador 435).

A sentença julgou procedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

“...III. Dispositivo ISSO POSTO, julgo parcialmente procedente a pretensão formulada para: a) confirmar a tutela antecipada por sentença; b) estender os efeitos da tutela antecipada em sentença, determinando que as rés instalem hidrômetro na unidade de consumo da autora, em relação a cada economia (duas, no total), no prazo de dez dias, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais), passando, ainda, a emitir contas com base no consumo registrado pelo hidrômetro ou, na impossibilidade, pela tarifa mínima, sob pena de não ser considerado legítimo o corte por falta de pagamento. Intime-se por OJA; c) condenar as rés na revisão do débito referente ao período de disponibilização do serviço, observada a prescrição decenal, devendo o refaturamento tomar por base a tarifa mínima por única economia, com a observação de que a partir da instalação do hidrômetro a apuração de consumo deverá ser pelo consumo efetivo ou, na impossibilidade de medição, pela tarifa mínima. Fica vedada a prática de meios coercitivos de cobrança, referente as faturas que serão revisadas, enquanto não cumprida a obrigação de fazer, sendo certo, ainda, que o inadimplemento de dívidas pretéritas não autoriza a interrupção do serviço; d) condenar as rés, solidariamente, em indenizar a autora pela quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a título de dano moral, com correção monetária a contar da sentença

e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Julgo improcedente o pedido de parcelamento do débito. Por conseguinte, declaro extinto o processo, com apreciação do mérito, na forma do art. 487, I, do CPC. Considerando a sucumbência insignificante da parte autora, condeno a parte ré nas despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), na forma do art. 85, § 8º, do CPC. P.R.I. Com o trânsito em julgado e sem incidentes, dê-se baixa e arquivem-se os autos, observando o art. 229-A da Consolidação Normativa”. (indexador 457)

Apelação da CEDAE reiterando os termos da defesa. Ressalta que os serviços relativos à prestação de esgotamento sanitário e toda a gestão comercial – inclusive cobranças, instalação de hidrômetros, verificação de regularidade do uso da água entre outras questões comerciais inclusive, não são mais prestadas na área de AP5 pela CEDAE e sim única e exclusivamente pela segunda ré. Informa ter sido firmado termo de reconhecimento recíproco de direitos e obrigações entre a concessionária e o Município do Rio de Janeiro, através do qual este último ficou expressa e unicamente responsável por todo o serviço de limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo de águas pluviais e esgotamento sanitário (coleta, transporte e tratamento) referente às localidades abrangidas nos bairros anteriormente mencionados. Sustenta a prescrição trienal. Informa que, de acordo com o Decreto Estadual nº 553/76 e a legislação federal sobre o tema, qual seja a Lei nº 6.528/78 e a Lei nº 11.445/2007, está autorizada a faturar o consumo por estimativa quando não existir hidrômetro instalado no imóvel, uma vez que todos os usuários proprietários de imóveis abastecidos pela CEDAE, possuidores ou não de hidrômetro, devem pagar pelo serviço prestado. Por esta razão, o legislador criou uma forma

de cobrança, que considera as características físicas do imóvel. Aduz que não foram encontradas irregularidades nas cobranças efetuadas pela empresa apelante, vez que foram realizadas com base no decreto regulamentador dos serviços de água e esgoto no Estado. Entende ser dever do usuário adquirir o aparelho e realizar as obras/adaptações necessárias para que o mesmo possa ser instalado conforme especificações da CEDAE, nos termos dos arts. 25, p. único e art. 52, ambos do Decreto nº 553/76. Afirma não existir dano moral. (indexador 501)

Apelação da ré F.AB. Zona Oeste arguin-do sua ilegitimidade passiva no que tange ao abastecimento de água e instalação de ramal porque é responsável pela prestação do serviço de esgotamento sanitário e gestão comercial do serviço de esgotamento sanitário e abastecimento de água. Sustenta que o serviço de abastecer as residências com água encanada é prestado exclusivamente e de responsabilidade da CEDAE. Informa que quem abastece a água na localidade onde reside a parte autora é a CEDAE, bem como é ela a responsável pela ligação de ramal, motivo pelo qual seria a única responsável pelas reclamações da apelada. Ressalta que malgrado o recebimento das faturas a apelada não realizou o pagamento de nenhuma delas, razão pela qual não há qualquer valor a ser devolvido ou danos a serem reparados, já que a matrícula se encontra inativa e todas as cobranças canceladas. Alega que não basta apenas ao usuário requerer a instalação de hidrômetro em sua residência, sendo necessário que o mesmo dote seu imóvel com condições mínimas para a instalação do equipamento. Alega que os custos para adequação do imóvel para a ligação à rede pública de abastecimento de água potável competem inteiramente ao usuário, incluindo-se aí o próprio custo do hidrômetro. Assevera que a parte apelada não comprovou como os fatos narrados lhe causaram quaisquer desdobramentos extraor-

dinários ou ofensas a direitos personalíssimos hábeis a “afetar o âmago da dignidade humana” que justifiquem a condenação da ré a lhe pagar indenização por danos morais. (indexador 690)

Recursos tempestivos e preparados. (indexadores 530 e 736)

Ausência de manifestação da apelada. (indexador 752)

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, os apelos devem ser recebidos em seus regulares efeitos.

Com efeito, trata-se de ação em face da CEDAE e da FAB. Zona Oeste S.A, em razão de cobranças por estimativas em faturas pelo consumo de água, em que pese a inexistência de hidrômetro.

Cabe ressaltar a aplicabilidade da legislação consumerista nas relações jurídicas entre usuários e concessionárias de serviços públicos, sem excluir as normas dos Decretos nº 553/76 e nº 11.445/07, que coexistem harmonicamente com o microsistema protetivo.

Inicialmente, insta analisar a preliminar de ilegitimidade passiva arguida por ambos os apelantes, para afastá-la.

Isto porque, o Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro, o Município do Rio de Janeiro e a CEDAE é *res inter alios* e não pode ser oposto ao consumidor, com a finalidade única de afastar a responsabilidade da concessionária do serviço.

Como é cediço, o artigo 22 do CDC atribui aos órgãos públicos, por si ou suas empresas concessionárias e permissionárias, a obrigação de fornecer serviços adequados e eficientes. O parágrafo único do aludido dispositivo normativo estabelece que, na hipótese de descumprimento, as pessoas jurídicas serão compelidas a cumprir a obrigação e a reparar os danos causados.

Ademais, consta nas cobranças a identificação das rés, na posição de credora, consoante se infere das contas acostadas aos indexadores 031 a 050:

Por outro lado, foi assinado um Termo de Contrato de Obras entre o Município do Rio de Janeiro, denominado Poder Concedente, e a F. AB Zona Oeste S/A, denominada Concessionária, relativo à região da Área de Planejamento 5 (AP-5), onde se localiza o imóvel da parte autora. (indexador 266)

Destarte, conclui-se da cláusula 7.1 do aludido contrato a existência de cooperação entre as concessionárias (Cedae e F. AB Zona Oeste), por meio do qual a obrigação poderá ser cumprida através da colaboração entre estas, sendo possível o reconhecimento da solidariedade.

Passa-se à análise do mérito.

Primeiramente, quanto ao prazo prescricional, impende registrar o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que, em recurso submetido ao rito dos recursos repetitivos, fixou tese no sentido de que “o prazo prescricional para as ações de repetição de indébito relativo às tarifas de serviços de água e esgoto cobradas indevidamente é de: (a) 20 (vinte) anos, na forma do art. 177 do Código Civil de 1916; ou (b) 10 (dez) anos, tal como previsto no art. 205 do Código Civil de 2002, observando-se a regra de direito intertemporal, estabelecida no art. 2.028 do Código Civil de 2002”.

Neste sentido, confira-se o seguinte precedente:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS. ART. 105, III, ALÍNEAS “A” E “C”, DA CF/1988. QUESTÕES PRELIMINARES - RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SEGURADORAS: FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 20, § 3º, DO CPC/1973. PREQUESTIONAMENTO.

QUESTÃO DEBATIDA PELA CORTE DE ORIGEM. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N° 211/STJ. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. EXCEPCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA N° 7/STJ. APLICAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO ESPECIAL MANEJADO PELA COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP: SUPOSTA AFRONTA AOS ARTS. 3° E 267, VI, DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N° 211/STJ. APLICAÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVA E DE FUNDAMENTO FIRMADO À LUZ DO DIREITO LOCAL. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N° 7/STJ E N° 280/STF. CONHECIMENTO PARCIAL. MÉRITO - RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA SABESP: SUSCITADA CONTRARIEDADE AO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. QUESTÕES QUE SEQUER FORAM OBJETO DO APELO NEM DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. COBRANÇA INDEVIDA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TARIFAS. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL DO CÓDIGO CIVIL (ART. 205). ARESTO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL DA SABESP CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015, C/C O ART. 256-N E SEQUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ. (...) 8. Trata-se de recurso especial interposto de aresto em que se discutiu o lapso prescricional cabível aos casos de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços de água e esgoto, tendo o eg. TJ/SP firmado que o prazo de prescrição, nessas hipóteses, é de 10 (dez) anos, se ao caso se aplicar o Código Civil de 2002 (art. 205) ou de 20 (vinte) anos, se for aplicado o Código Civil de 1916

(art. 177), por força da regra de transição estabelecida no art. 2.028 do Código Civil de 2002. 9. Primeiramente, descabe falar em violação do art. 535 do CPC/1973 se a Corte de origem, examinando os limites postos no apelo interposto (e-STJ, f. 470-499), analisou a questão fático-jurídica dentro daqueles limites, mesmo proclamando entendimento que não encampa as teses defendidas pela recorrente SABESP. 10. A Primeira Seção, no julgamento do REsp n° 1.113.403/RJ, de relatoria do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (DJe 15/09/2009), submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n° 08/2008, firmou orientação de que, ante a ausência de disposição específica acerca do prazo prescricional aplicável à prática comercial indevida de cobrança excessiva, é de rigor a incidência das normas gerais relativas à prescrição insculpidas no Código Civil na ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Assim, o prazo é vintenário, na forma estabelecida no art. 177 do Código Civil de 1916, ou decenal, de acordo com o previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. 11. A tese adotada no âmbito do acórdão recorrido quanto à prescrição da pretensão de repetição de indébito por cobrança indevida de valores referentes a serviços de água e esgoto alinha-se à jurisprudência deste Tribunal Superior. 12. Com efeito, a pretensão de enriquecimento sem causa (ação *in rem verso*) possui como requisitos: enriquecimento de alguém; empobrecimento correspondente de outrem; relação de causalidade entre ambos; ausência de causa jurídica; e inexistência de ação específica. Trata-se, portanto, de ação subsidiária que depende da inexistência de causa jurídica. A discussão acerca da cobrança indevida de valores constantes de relação contra-

tual e eventual repetição de indébito não se enquadra na hipótese do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, seja porque a causa jurídica, em princípio, existe (relação contratual prévia em que se debate a legitimidade da cobrança), seja porque a ação de repetição de indébito é ação específica. 13. Tese jurídica firmada de que “o prazo prescricional para as ações de repetição de indébito relativo às tarifas de serviços de água e esgoto cobradas indevidamente é de: (a) 20 (vinte) anos, na forma do art. 177 do Código Civil de 1916; ou (b) 10 (dez) anos, tal como previsto no art. 205 do Código Civil de 2002, observando-se a regra de direito intertemporal, estabelecida no art. 2.028 do Código Civil de 2002”. (...) (REsp nº 1.532.514/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, Primeira Seção, julgado em 10/05/2017, DJe 17/05/2017)

Outrossim, a obrigação de fornecimento e instalação de hidrômetro compete a CEDAE e não ao consumidor, consoante estabelece o Decreto Estadual nº 553/76 em seus artigos 38 e 41, ora transcritos:

Art. 38 – A instalação e a conservação de hidrômetros e de limitadores de consumo serão feitas pela CEDAE.

Art. 41 – Os hidrômetros e os limitadores de consumo, de que trata este Capítulo, são de propriedade da CEDAE.

Destarte, vale destacar que no âmbito do Município do Rio de Janeiro foi editada a Lei Municipal nº 6.361/2018 que, em seu art. 1º, veda expressamente a possibilidade das concessionárias de serviços públicos de realizarem cobrança por estimativa, como se verifica:

Art. 1º As empresas concessionárias fornecedoras de água, luz e gás no âmbito do

Município do Rio de Janeiro ficam impedidas de realizarem estimativas de consumo para fins de cobrança através de levantamento de áreas e cômodos nos imóveis dos consumidores.

Ressalte-se que, o art. 2º da referida lei dispõe que as empresas somente poderão efetuar cálculos para as faturas por meio da leitura dos aparelhos medidores de aferição de consumo, consoante se constata:

Art. 2º As empresas concessionárias fornecedoras de água, luz e gás só poderão efetuar cálculos através da leitura dos aparelhos medidores de aferição de consumo, quais sejam relógios e/ou hidrômetros, sendo estes especialmente inspecionados pelos órgãos de metrologia competentes.

Igualmente, a legislação municipal prevê, em seus artigos 3º e 4º, que a obrigação de fornecimento e instalação de aparelho medidor compete as concessionárias e não ao consumidor:

Art. 3º Nos casos de aquisição do primeiro aparelho medidor, os valores destes equipamentos serão cobrados diretamente aos consumidores conforme tabela já existente, uma única vez.

Art. 4º A troca e o conserto dos aparelhos medidores serão de responsabilidade das concessionárias, não recaindo ao consumidor quaisquer ônus para o pagamento dos serviços.

Sendo assim, constata-se que para a fixação do preço a ser cobrado por seus serviços, a concessionária deve considerar o valor apurado no hidrômetro instalado nas unidades consumidoras, sendo permitida a aplicação da tarifa mínima apenas quando não atingido o consumo mínimo estabelecido.

Neste sentido, o verbete nº 152 da Súmula do TJRJ: “A cobrança pelo fornecimento de água, na falta de hidrômetro ou defeito no seu funcionamento, deve ser feita pela tarifa mínima, sendo vedada a cobrança por estimativa”.

Desta forma, a cobrança por estimativa, efetivada pela prestadora do serviço público é ilegal e desrespeita o consumidor, porquanto desconsidera o consumo efetivamente realizado, superfaturando a contraprestação do serviço e subvertendo a finalidade da tarifa mínima.

Na hipótese em tela, a ré emitia faturas com base em consumo estimado sem que houvesse a instalação de hidrômetro. Por esta razão, nesse caso, deveria ocorrer a cobrança pela tarifa mínima.

Desse modo, diante da evidente abusividade e ilegalidade das cobranças efetuadas pela ré, impõe-se o cancelamento dos débitos em nome da autora.

Assim sendo, o ato ilícito está demonstrado, pelo fato de que as rés exigiram a cobrança de valores que não poderiam ser exigidos diante da ausência de hidrômetro apto a apurar o consumo real.

A cobrança indevida levada a efeito pelas rés não decorreu de um engano justificável, restando configurada, na verdade, a má-fé das concessionárias, especialmente se considerado o corte do fornecimento de serviço essencial ocasionado pela cobrança de valor excessivo, apurado por estimativa.

Quanto ao dano moral, à toda evidência, a ausência de recebimento de água é causa de grande angústia e aflição, não se tratando de mero aborrecimento, em razão da essencialidade do serviço, acarretando dano moral *in re ipsa*.

Entretanto, o valor da indenização por danos morais deve ser compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento experimentado, a capacidade econômica do causador do dano e as condições

sociais da vítima. E, no caso, deve ser levado em consideração que a autora ficou por longo período sem o abastecimento de água em sua residência. (indexador 064)

Destarte, o valor fixado na sentença está de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e com os parâmetros adotados pela jurisprudência desta Corte de Justiça, em casos análogos.

À conta de tais fundamentos, o voto é no sentido de negar provimento aos recursos.

RIO DE JANEIRO, 11 DE NOVEMBRO DE 2020.

DES. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS
RELATOR

COVID-19. EMPRESA. PANDEMIA. PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES. REQUERIMENTO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE FALTA DE LIQUIDEZ DOS NEGÓCIOS. REFORMA DA SENTENÇA. PAGAMENTO DAS CUSTAS E TAXA JUDICIÁRIA AO FINAL.

Agravo de Instrumento. Decisão que indeferiu requerimento de benefício da gratuidade de justiça. Decisão que se baseou nas posses de bens dos autores a justificar o indeferimento acima mencionado. Com efeito, as medidas implementadas por conta da pandemia do COVID-19, notoriamente, impactaram, financeiramente, todas as empresas, com o fechamento e paralisação das atividades. Assim, em tempos de coronavírus, os pressupostos legais para concessão da gratuidade devem ser flexibilizados e melhor analisados pelo Magistrado, uma vez que, em várias situações, os documentos antes utilizados como meios comprobatórios da hipossuficiência financeira, como declaração de imposto de renda e extratos bancários, por exemplo, não prestarão para retratar a realidade do momento posterior à crise da pandemia. Dessa forma, devem ser considerados para a concessão do

benefício no momento atual, a falta de liquidez dos negócios, as previsões de retomada da economia e os impactos que as medidas de distanciamento social e quarentena podem ter causado no funcionamento das empresas, da manutenção dos empregos e da dificuldade de recolocação no mercado de trabalho etc. Os documentos trazidos aos autos não são suficientes para a comprovação da alegada hipossuficiência econômica atual, e que o impacto da pandemia da COVID-19 causou aos agravantes. Não obstante, em observância ao princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB), afigura-se razoável a autorização do pagamento das custas e taxa judiciária ao final do processo, antes da sentença, consoante o Enunciado Administrativo do Fundo Especial do Tribunal de Justiça (FETJ) nº 27. Recurso provido.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0049841-61.2020.8.19.0000 em que são agravantes C.C.V.S. e P.R.S.S. e agravado I. P.P.Ltda.

Acordam os Desembargadores da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão do MM. Juízo da 3ª Vara de Família da Comarca de Niterói, que indeferiu o requerimento de gratuidade de justiça, e determinou o recolhimento das custas.

Alegam que a decisão proferida deixou de se manifestar sobre os impactos da pandemia do COVID-19 na atividade empresarial exercida pelos agravantes, já que ambos são sócios de sociedade empresária que realiza produção de

eventos, conforme disposto na declaração de imposto de renda e na exordial, sendo a citada atividade laboral a única fonte de sustento dos agravantes e de sua família.

Sustentam que a atividade exercida pelos agravantes está restringida em decorrência das proibições impostas pelo poder público desde março de 2020. Por essa razão, há mais de 4 (quatro) meses que os agravantes não possuem qualquer receita, acumulando apenas despesas e dívidas. E, ainda, não há nenhuma previsão para o retorno de tais atividades, impactando ainda mais a condição financeira dos agravantes. Outro fator que deve ser ressaltado é que, no ramo de atividade dos agravantes, é praxe que os clientes realizem o pagamento apenas dias antes da realização do evento. Em outras palavras, sem a realização de eventos, não há remuneração.

Ressalte-se, ainda, que a sociedade empresarial dos agravantes apenas se encontra aberta em função do Programa Empresa Cidadã do Município de Niterói, pois a ausência de recursos financeiros para o pagamento de salários dos funcionários e demais encargos resulta, diretamente, da impossibilidade de continuidade da atividade econômica, conforme documentação anexa.

Por fim, requereram o provimento do recurso para que seja concedido o benefício da gratuidade de justiça, ou, seja deferido o pedido de pagamento das custas ao final do processo.

Informações prestadas pelo juiz *a quo* mantendo a decisão agravada, doc. 000017.

Não houve oferta de contrarrazões, doc. 000019

É o relatório.

VOTO

Cinge-se a controvérsia recursal, em saber se os autores, ora agravantes, tem direito ao benefício da gratuidade de justiça e/ou ao recolhimento das custas ao final.

Importante inovação promoveu o legislador do Novo Código de Processo Civil brasileiro, ao

disciplinar a concessão dos benefícios da justiça gratuita no CPC, derogando, inclusive, alguns dispositivos da Lei nº 1.060/50, procurando, com isso, dar mais efetividade à questão da gratuidade processual.

Pelo novo Diploma Processual, o pressuposto para a concessão do benefício é a “insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios”, conforme dispõe o *caput*, do artigo 98, do novo CPC.

O artigo 99, § 2º, do mesmo diploma legal, dispõe que o juiz poderá indeferir o pedido, se houver nos autos elementos que evidenciem a falta de pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

A gratuidade de justiça constitui exceção dentro do sistema judiciário pátrio e o benefício da assistência judiciária gratuita deve ser deferido apenas àqueles que são, efetivamente, necessitados, na acepção legal. E, sendo exceção, a interpretação deve ser, necessariamente, restritiva, notadamente, se o pretense beneficiário for pessoa jurídica, cuja prova de impossibilidade de custeio, efetivamente, se impõe.

Na hipótese, prefacialmente, impõe-se anotar que as medidas implementadas por conta da pandemia do COVID-19, notoriamente, impactaram financeiramente todas as empresas, com o fechamento e paralisação das atividades.

Assim, em tempos de coronavírus, os pressupostos legais para concessão da gratuidade devem ser flexibilizados, e melhor analisados pelo Magistrado, uma vez que, em várias situações, os documentos antes utilizados como meio comprobatórios da hipossuficiência financeira, como declaração de imposto de renda e extratos bancários, por exemplo, não prestarão para retratar a realidade do momento posterior à crise da pandemia.

Isto porque, ainda que se observe nas declarações de Imposto de Renda a existência de bens imóveis, ou rendimentos consideráveis de pessoas jurídicas, estes estão, fatalmente, prejudicados pelo cenário econômico atual, uma vez que diversos Estados adotaram medidas restritivas de prevenção, desde a declaração de existência de calamidade pública no País, em razão da pandemia da Covid-19, como o distanciamento social e quarentena, com determinação de fechamento de comércio e atividades econômicas não essenciais.

Dessa forma, devem ser considerados para a concessão do benefício no momento atual, a falta de liquidez dos negócios, as previsões de retomada da economia, e os impactos que as medidas de distanciamento social e quarentena podem ter causado no funcionamento das empresas, manutenção dos empregos e dificuldade de recolocação no mercado de trabalho etc.

Neste contexto, não pode ser negado acesso à justiça ao empresário, especialmente, de pequeno e médio porte, que não possua condições de arcar com as custas do processo para demandar em juízo, por exemplo, desde que reste comprovado como a pandemia atual impactou o seu negócio e, como, momentaneamente, haverá necessidade de concessão do benefício.

Nesse panorama, reafirmando que o benefício da gratuidade de justiça deve ser conferido a quem dele, realmente necessite, tem-se que os documentos trazidos não são suficientes para a comprovação da alegada hipossuficiência econômica atual, e que o impacto da pandemia do COVID-19 causou aos agravantes, a fim de isentá-los do custeio das despesas processuais.

Não obstante, em observância ao princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB), afigura-se razoável a autorização do pagamento das custas ao final do processo, consoante o Enunciado Administrativo do Fundo Especial do Tribunal de Justiça (FETJ) nº 27, *in verbis*:

“Considera-se conforme ao princípio da acessibilidade ao Poder Judiciário (CF/88, art. 5º, XXXV) a possibilidade, ao critério do Juízo em face da prova que ministre a parte autora comprovadamente hipossuficiente, desta recolher as custas e a taxa judiciária ao final do processo, ou de parcelar o recolhimento no curso do processo, desde, em ambas as situações, que o faça antes da sentença, como hipótese de singular exceção ao princípio da antecipação das despesas judiciais (CPC, art. 19), incumbindo à serventia do Juízo a fiscalização quanto ao correto recolhimento das respectivas parcelas”

Diante de tais premissas, a decisão vergastada merece ser reformada para se deferir o pagamento das custas ao final do processo.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para reformar a decisão recorrida, e deferir o pagamento das custas e da taxa judiciária ao final do processo, ou seja, antes da sentença.

RIO DE JANEIRO, 16 DE DEZEMBRO DE 2020.
DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA
RELATOR

DEFENSORIA PÚBLICA. DESCABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EM ATUAÇÃO CONTRA A PESSOA JURÍDICA À QUAL PERTENÇA. SÚMULA Nº 421 DO STJ. A AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA NÃO AFASTA A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. DEFENSORIA PÚBLICA. VERBA HONORÁRIA. DESCABIMENTO.

Trata-se de apelação contra sentença proferida em ação obrigacional que condenou o Estado ao pagamento de honorários sucumbenciais fixados em R\$ 500,00 em favor da Defensoria Pública.

Em que pese a autonomia administrativa de que é dotada, a Defensoria Pública continua sendo órgão do Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual não se pode falar em inaplicabilidade do instituto da confusão (art. 381, Código Civil). Ademais, não há que se cogitar de superação do Verbete de nº 80 desta egrégia Corte. No mesmo sentido, o Verbete sumular de nº 421/STJ.

Recurso provido, nos termos da decisão do Desembargador Relator.

DECISÃO

Trata-se de Apelação Cível nº 0000832-86.2019.8.19.0026, em que foi Apelante: Estado do Rio de Janeiro e Apelados: Veraldo Lacerda Botelho e Outro. Apelação contra sentença (pasta nº 000102) proferida em ação obrigacional (fornecimento de medicamentos), que condenou o Estado ao pagamento de honorários sucumbenciais fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais) em favor da Defensoria Pública.

O Estado do Rio de Janeiro apelou (pasta nº 000269), argumentando a impossibilidade de condenação ao pagamento de verba honorária à Defensoria Pública em razão do instituto da confusão.

Contrarrazões nos autos.

Parecer do Ministério Público à pasta nº 000292, opinando pelo provimento do recurso. É o relatório.

Estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

Em que pese a autonomia administrativa de que é dotada, a Defensoria Pública continua sendo órgão do Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual não se pode falar em inaplicabilidade do instituto da confusão (art. 381, Código Civil).

Ademais, não há que se cogitar de superação do Verbete de nº 80 desta egrégia Corte, que ainda vigora:

.....
.....A Defensoria Pública é órgão do Estado do Rio de Janeiro.

Logo, a este não pode impor condenação nos honorários em favor daquele Centro de Estudos, conforme jurisprudência iterativa do STJ.

No mesmo sentido, o Verbete sumular de nº 421, do STJ:

..... Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

Lapidar quanto ao tema é a compreensão externada pelo eminente Desembargador ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos contra o acórdão prolatado no processo nº 0009600-65.2014.8.19.0029, da sua relatoria:

.....o teor do art. 4º, XXI, da Lei Complementar nº 80/1994 não foi alterado após a EC nº 80/2014. Na verdade, seu teor permanece o mesmo desde quando alterado pela Lei Complementar nº 132/2009 – anteriormente, portanto, à edição do enunciado 421 da Súmula do STJ, e, evidentemente, à promulgação da EC nº 80/2014.

Impende salientar, ainda, que o art. 134, § 2º, da CR, que atribui à Defensoria Pública autonomia funcional, administrativa e orçamentária, possui redação atual dada pela EC nº 45/2004.

Portanto, não há motivos para superação do entendimento consolidado no STJ por

suposta superveniência de legislação nova, pois o quadro legal relativo à matéria é o mesmo desde quando editado o enunciado de súmula mencionado. Em outros termos, embora a EC nº 80/2014 tenha conferido prerrogativas importantíssimas (e merecidas) à Defensoria Pública, tais como a constitucionalização de seus princípios institucionais, nenhuma delas se relaciona estritamente à controvérsia em exame.

Ademais, se o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece que os honorários seriam devidos, em tese, por força de legislação infraconstitucional (lei complementar), o Tribunal constitucionalmente incumbido de uniformizar a interpretação sobre a lei é o Superior Tribunal de Justiça. E o que se nota é que, no STJ, permanece hígida, até hoje, a orientação consolidada no enunciado supramencionado...

.....
.....
O aresto recebeu a seguinte ementa:0009600-65.2014.8.19.0029 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA – 2ª ementa. Des (a). ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento: 20/03/2019 - Segunda Câmara Cível

Embargos de declaração. Direito Processual Civil. Defensoria pública. Honorários. Não são devidos, à Defensoria Pública, honorários advocatícios sucumbenciais quando a instituição atuar contra a pessoa de direito público à qual pertença (Enunciado 421 da Súmula do STJ). Entendimento que permanece o mesmo ainda após o advento da EC nº 80/2014. Julgados dissonantes, de caráter meramente persuasivo, que não devem ser seguidos, sob

pena de ofensa ao art. 927, IV, do CPC. Embargos de declaração providos, sem efeitos infringentes.

.....

Assim, nos termos do art. 932, V, a do CPC, dou provimento ao recurso para reformar parcialmente a sentença e excluir a condenação do Estado ao pagamento de verba honorária em favor da Defensoria Pública.

RIO DE JANEIRO, 18 DE SETEMBRO DE 2020.

DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO
RELATOR

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INSPETOR DE SEGURANÇA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. CONVOCAÇÃO PARA PROVA DE APTIDÃO FÍSICA DEZ ANOS APÓS A INSCRIÇÃO E APROVAÇÃO NA PRIMEIRA FASE DO CONCURSO. REPROVAÇÃO. PRAZO EXÍGUO ENTRE A CONVOCAÇÃO E A REALIZAÇÃO DA NOVA PROVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. NÃO APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONTIDO NO RE Nº 630.733. APELO PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO DE ADMISSÃO PARA O CARGO DE INSPETOR DE SEGURANÇA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. PRETENSÃO PARA ANULAR O ATO ADMINISTRATIVO QUE REPROVOU A AUTORA NO EXAME DE APTIDÃO FÍSICA PARA A QUAL FOI CONVOCADA, MAIS DE DEZ ANOS DE SUA INSCRIÇÃO E APROVAÇÃO NA PROVA OBJETIVA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELAÇÃO DE AMBOS OS LITIGANTES. RÉU POSTULA A IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS CONTIDOS NA INICIAL, SOB PENA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. AUTORA REQUER O DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA.

- O que se constata nesta demanda, é que após ter se inscrito e ter sido aprovada na prova objetiva, em 2003, que é a primeira fase do concurso para o ingresso no cargo de Inspetor de Segurança e Administração Penitenciária – 3ª Categoria, a autora somente veio a ser convocada para o teste de aptidão física, mais de dez anos depois, tendo cerca de trinta dias, apenas, para se preparar, o que se mostra um tempo muito exíguo, considerando o grande lapso de tempo à espera da efetivação desta segunda fase. O caso em tela, difere da hipótese analisada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE sob o nº 630.733, sob a sistemática da repercussão geral, posto que o pedido de anulação do ato de reprovação da autora no teste de aptidão física do certame em questão, e de marcação de nova data, não se fundamenta em uma circunstância pessoal da candidata, que a teria prejudicado ou impedido a realização da referida prova, o que, aí sim, afrontaria o princípio da isonomia.

- Por sua vez, merece prosperar o Apelo interposto pela autora, que visa o deferimento, desde já, da tutela provisória de urgência, para conferir maior eficácia ao julgado, e lhe permitir a sua convocação para realização de novo exame de aptidão física, com o prazo mínimo de antecedência de 90 dias, ressaltando-se que já se foram 17 anos desde a sua inscrição e aprovação na prova objetiva deste concurso. Entendimento em contrário, impediria a efetividade da função jurisdicional.

- 1º APELO DESPROVIDO E 2º PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos destas Apelação Cível nº 0224447-07.2016.8.19.0001, onde figuram, como Apelantes: Estado do Rio de Janeiro e S. B. e Apelados: os Mesmos,

Acordam, os Desembargadores que integram a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao 1º Apelo e **dar provimento** ao 2º, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

VOTO

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer, com pedido de tutela provisória de urgência, ajuizada por S. B. contra o Estado do Rio de Janeiro, onde alega ter prestado concurso público para ingresso no cargo de Inspetor de Segurança e Administração Penitenciária – 3ª Categoria, promovido pelo réu, termo edital publicado no DOERJ em 28/10/2003

Destaca ter sido aprovada na fase objetiva, à época, restando habilitada para o exame de aptidão física, cuja convocação somente ocorreu mais de dez anos após, em março/2016, por força do cumprimento da decisão judicial proferida na ação civil pública nº 0012799-29.2007.8.19.0001, tendo sido reprovada (f. 20/23 – index. 000016).

Prossegue narrando que teve poucos dias para se preparar fisicamente, quando o tempo recomendado para tanto seria de, no mínimo, 90 (noventa) dias.

Por estas razões, postulou a concessão da tutela provisória de urgência, no sentido de determinar a realização de novo exame de aptidão física, observando-se o prazo de antecedência mínima de 90 dias, com pedido eventual de reserva de vaga. No mérito, pretendeu a consolidação da tutela provisória, com a anulação do ato administrativo que a reprovou no certame, reintegrando-a ao mesmo para prosseguimento nas demais etapas, sob pena de multa.

A sentença proferida a f. 185/201 julgou procedente o pedido contido na inicial, para anular o ato que determinou a reprovação da autora na prova de exame físico, e determinar a sua remarcação, no prazo mínimo de 90 dias para

a sua preparação. Restou, ainda, condenado o réu ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, isento das despesas processuais.

Apelou o réu, a f. 224/234, pugnando pela improcedência dos pedidos da autora, sob o fundamento da inexistência de ilegalidade no ato administrativo de sua reprovação. Aduz que não há prova nos autos de que o teste de aptidão física foi realizado fora dos padrões definidos no Edital, não sendo possível, assim, afastar a presunção de legalidade e veracidade, atributo do ato administrativo. Alega que a procedência do pedido autoral afrontará o princípio da isonomia entre os candidatos que foram regularmente considerados aprovados e prosseguiram no certame. Por fim, afirma que a exigência do teste de aptidão física para o cargo de inspetor de segurança e administração penitenciária atende ao princípio da razoabilidade e eficiência, e ressalta a impossibilidade de controle jurisdicional sobre o mérito administrativo.

Apelação interposta pela autora a f. 271/276, onde vem postular o deferimento da tutela antecipada, para a realização de novo exame físico, com prazo não inferior a 90 dias de antecedência, prosseguindo-se nas demais etapas do concurso.

Pois bem. De início, cumpre destacar que o sistema constitucional vigente prevê na norma do artigo 37, inciso II, da CRFB, que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Sabe-se que o concurso público consiste em procedimento administrativo cujo escopo é aferir aptidões pessoais visando à seleção dos melhores candidatos ao provimento de cargos e funções, de modo que reza o consagrado aforismo que o “edital é a lei do concurso público”.

Como corolário dos princípios da legalidade e moralidade, emerge o princípio da vinculação ao edital, que estabelece, em síntese, que todos

os atos que regem o concurso público devem estrita obediência às regras estabelecidas para o processo seletivo.

O Supremo Tribunal Federal já consolidou o seu entendimento, no sentido de que, os princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia, impedem o afastamento de regra editalícia de desconsideração de alteração fisiológica temporária, que impossibilite a realização de testes físicos ou limite a capacidade física dos candidatos, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita, do RE nº 630.733, julgado sob a sistemática da repercussão geral:

RE nº 630.733, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-228 Divulg. 19/11/2013 Public. 20/11/2013 Recurso extraordinário. 2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde. 3. Vedação expressa em edital. Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. 5. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos. 6. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda chamada realizadas até a data da conclusão do julgamento. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Ocorre que, o caso em tela, difere da hipótese analisada pelo Supremo Tribunal Federal, e não se submete ao entendimento acima exposto, posto

que o pedido de anulação do ato de reprovação da autora no teste de aptidão física do certame em questão, e de marcação de nova data, não se fundamenta em uma circunstância pessoal da candidata, que a teria prejudicado ou impedido a realização da referida prova, o que, aí sim, afrontaria o princípio da isonomia.

Na verdade, o que se constata nesta demanda, é que após ter se inscrito e ter sido aprovada na prova objetiva, em 2003 (f. 20/21), que é a primeira fase do concurso para o ingresso no cargo de Inspetor de Segurança e Administração Penitenciária - 3ª Categoria, a autora somente veio a ser convocada para o teste de aptidão física, mais de dez anos depois, tendo perto de trinta dias, apenas, para se preparar, o que se mostra um tempo muito exíguo, considerando o grande lapso de tempo à espera da efetivação desta segunda fase.

De acordo com o que consta nos autos, a convocação da Demandante, para o exame de aptidão física, ocorreu por telegrama, em março de 2016, a ser realizado em 22 e 23 daquele mês, diante da determinação judicial proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0012799-29.2007.8.19.0001, sendo-lhe exigido: corrida - 2.000 metros, em 12 minutos (1 tentativa); corrida de velocidade - 75 metros, em 16 segundos (1 tentativa); salto em distância - 2,80 metros (3 tentativas); salto em altura - 1,00 metro (3 tentativas); subida na corda - 2,50 metros (3 tentativas), conforme edital em anexo.

Registro ser descabida a alegação do réu de que estaria havendo ingerência indevida do Poder Judiciário no mérito administrativo, pois se trata de análise da legalidade do ato administrativo que, de repente, com mais de dez anos de espera, convoca candidatos para o teste físico, cuja realização seria em menos de um mês do ato de convocação.

Saliento que recursos análogos a este, envolvendo o mesmo certame, já foram recentemente

analisados por esta Corte, cujo entendimento, o qual venho me curvar, é no sentido da total falta de razoabilidade na atuação do Estado réu, ao convocar candidatos inscritos em 2003 em um concurso público, já aprovados na prova objetiva à época, após anos e anos de espera, para a realização de teste físico, sem lhes conferir, no mínimo, 90 dias para a devida preparação.

Confira-se, a título de exemplo:

0474318-56.2015.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). GILBERTO CLÓVIS FARIAS MATOS - Julgamento: 28/07/2020 - Décima Quinta Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONCURSO PÚBLICO PARA INSPETOR DE SEGURANÇA E ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA. CONVOCAÇÃO PARA PROVA FÍSICA COM APENAS 15 (QUINZE) DIAS DE ANTECEDÊNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE/PROPORCIONALIDADE. REFORMA DA R. SENTENÇA. 1. É demasiadamente exíguo o prazo de 15 (quinze) entre a convocação e a realização de prova de aptidão física, em concurso público cujo edital foi publicado há mais de 15 (quinze) anos e que permaneceu suspenso por decisão judicial por mais de 10 (dez) anos. 2. Não é razoável supor que todos os candidatos permaneceram, por mais de uma década, se preparando fisicamente para um concurso sem previsão de conclusão. 3. Ausência de ingerência do Poder Judiciário no mérito administrativo, mas mero exame de legalidade/proporcionalidade do ato. 4. Anulação do ato administrativo eivado de vício insanável. 5. Condenação do Estado à obrigação de fazer consistente em nova convocação do candidato para a prova de

aptidão física, com antecedência mínima de 90 (noventa) dias. 6. Reforma da R. Sentença. 7. Provisão ao recurso.

0034693-44.2019.8.19.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA Des(a). JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI - Julgamento: 29/10/2019 Décima Segunda Câmara Cível Mandado de Segurança.

Concurso público para provimento de cargos de Inspetor de Segurança e Administração Penitenciária iniciado em 2003. Pretensão de remarcação do exame de aptidão física, com o reconhecimento da exiguidade do prazo estabelecido. Convocação efetuada em 12/02/2018 para realização do teste de aptidão física em 22/03/2018. Lapsos temporais de mais de 15 anos decorrido entre a publicação do edital (2003) e a convocação para a segunda etapa (2018). Prazo exíguo. Ausência de razoabilidade. Direito líquido e certo demonstrado. Precedentes. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

0384959-61.2016.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA - Julgamento: 21/01/2020 - OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE INSPETOR DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA. CONVOCAÇÃO PARA O EXAME DE APTIDÃO FÍSICA DEPOIS DE QUASE 12 ANOS DA PUBLICAÇÃO DO EDITAL. PRETENSÃO DE NOVO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA COM A CONVOCAÇÃO EM PRAZO RAZOÁVEL. Os atos administrativos gozam de presunção relativa de legitimidade que somente pode

ser afastada diante de suporte probatório mínimo que demonstre a ilegalidade, a falta de veracidade do ato praticado pela Administração Pública ou a violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido da inexistência de direito à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, salvo se contrária à disposição editalícia. O caso envolve situação peculiar, posto que o recorrente se inscreveu no referido concurso no ano de 2003 e mesmo tendo sido aprovado na prova objetiva não foi convocado à época para a realização do exame de aptidão física, mas, muito tempo depois, em 02/07/2015. Não é razoável que o recorrente depois de tanto tempo tivesse que se manter em treinamento contínuo e nas condições físicas necessárias para realizar o referido exame, até mesmo porque houve um novo concurso para o cargo pretendido no ano de 2006 pela Administração Pública. Sentença que se reforma para que seja concedida nova oportunidade ao apelante de realização do exame de aptidão física mediante convocação com no mínimo 90 (noventa) dias de antecedência, garantindo, assim, um prazo razoável para a preparação do teste. Precedentes desta Corte. Recurso CONHECIDO e PROVIDO.

0043718-78.2019.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). ALEXANDRE ANTÔNIO FRANCO FREITAS CÂMARA - Julgamento: 20/07/2020 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Direito Administrativo. Concurso Público de 2003 para o cargo de inspetor de segurança penitenciária da SEAP. Suspensão

do concurso que voltou a tramitar em 2013 com a convocação do apelante, com vinte dias de antecedência, para a realização do teste de aptidão física. Prazo que não possibilita aos candidatos que se preparem para o exame físico. Violação ao princípio da proporcionalidade. Ato administrativo ilegal. Controle de juridicidade do ato administrativo que não viola o princípio da separação de Poderes. Ausência de violação ao princípio da isonomia. Precedentes desta Corte. Anulação do ato administrativo que reprovou o apelante no teste de aptidão física. Remarcação do teste de aptidão física que deve ser comunicada ao recorrente com no mínimo noventa dias de antecedência da data da prova. Recurso provido.

Deste modo, deve ser desprovido o Recurso do réu.

Por sua vez, merece prosperar o apelo interposto pela autora, que visa o deferimento, desde já, da tutela provisória de urgência, para conferir maior eficácia ao julgado, e lhe permitir a sua convocação para realização de novo exame de aptidão física, com o prazo mínima de antecedência de 90 dias, ressaltando-se que já se foram 17 anos desde a sua inscrição e aprovação na prova objetiva deste concurso. Entendimento em contrário, impediria a efetividade da função jurisdicional.

Por estas razões, voto no sentido de CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso do réu, e DAR PROVIMENTO ao apelo da autora, para lhe deferir, desde já, o pedido de tutela provisória de urgência, nos termos deste voto. Majoro os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pelo demandado em 2%, na forma do artigo 85, § 11, do CPC/15.

RIO DE JANEIRO, 16 DE DEZEMBRO DE 2020.
DES. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES
RELATORA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORTES CHUVAS. FATO NOTÓRIO. BENEFÍCIO. ALUGUEL SOCIAL. INTERDIÇÃO DE IMÓVEL. DEFESA CIVIL. DIREITO SOCIAL À MORADIA. DEFENSORIA PÚBLICA. DESCABIMENTO DE HONORÁRIOS JURÍDICOS QUANTO À PESSOA JURÍDICA A QUAL PERTENÇA. SÚMULA 421 DO STJ E 80 DO TJRJ.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO OBRIGACIONAL C/C INDENIZATÓRIA. FORTES CHUVAS QUE ATINGIRAM O MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS. FATO NOTÓRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DENOMINADO “ALUGUEL SOCIAL”. IMÓVEL INTERDITADO PELA DEFESA CIVIL. DIREITO SOCIAL À MORADIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. DECRETO ESTADUAL Nº 42.406/2010, INSTITUIDOR DO PROGRAMA MORAR SEGURO. EDIÇÃO COM A FINALIDADE DE REASSENTAMENTO DA POPULAÇÃO QUE VIVE EM ÁREAS DE RISCO. CRIAÇÃO DO ALUGUEL SOCIAL, NÃO TRAZENDO QUALQUER LIMITAÇÃO QUANTO AO PERÍODO DE SUA CONCESSÃO. DECRETO ESTADUAL Nº 43.091/2011 EDITADO COM O OBJETIVO DE REGULAMENTAR OS PROCEDIMENTOS PARA A CONCESSÃO, FISCALIZAÇÃO E SUPERVISÃO DO BENEFÍCIO. RESTRIÇÃO AO DIREITO NÃO PREVISTA NO ATO NORMATIVO CRIADOR DO ALUGUEL SOCIAL. LIMITAÇÃO TEMPORAL ESTABELECIDADA POR DECRETO COM NATUREZA MERAMENTE REGULAMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAR A ORDEM JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO QUE DEVE ATENDER AOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SUSPENSÃO INDEVIDA. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO. REINserÇÃO DO AUTOR EM PROGRAMA HABITACIONAL. PEQUENO AJUSTE NA SENTENÇA QUANTO À CONDENAÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. O ENTENDIMENTO DO STJ PERMANECE FIRME

CONFORME O VERBETE DE SÚMULA Nº 421. POSICIONAMENTO DESTA CORTE DE JUSTIÇA, CONSOLIDADO NA SÚMULA Nº 80. INSTITUTO DA CONFUSÃO CONFIGURADO. RECURSO DO ENTE MUNICIPAL DESPROVIDO. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000961- 20.2018.8.19.0061 em que são apelantes Município de Teresópolis e Estado do Rio de Janeiro e, apelados, Os Mesmos e J.A.

Acordam Os Desembargadores que compõem a Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em dar parcial provimento ao recurso do Estado e negar provimento ao apelo do Ente Municipal, nos termos do voto da relatora. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenizatória com pedido de tutela de urgência ajuizada por J.A em face do Município de Teresópolis e do Estado do Rio de Janeiro afirmando, em resumo, que, em janeiro de 2011, e em razão das chuvas de grande proporção que caíram em Teresópolis e demais cidades da região serrana do Estado do Rio de Janeiro, teve seu imóvel, localizado na Rua X, S/N, Bairro X-X, interditado pelo primeiro réu.

Nesse sentido, o autor assevera que faz jus ao benefício social denominado aluguel social ou auxílio-moradia, pago pelo Poder Público para custear despesas de moradia em caráter emergencial em favor das famílias que tenham suas casas destruídas ou interditadas em razão de fenômenos da natureza.

Aduz que recebeu o benefício administrativamente até janeiro de 2014, quando o pagamento foi suspenso sem qualquer notificação.

Assim, pois, requer a condenação dos entes públicos ao restabelecimento do pagamento do aluguel social, a reinserção em programa social para receber moradia social, assim como a indenização por danos morais.

Decisão de indeferimento da tutela de urgência, a f. 70/71.

Contestação do Município de Teresópolis a f. 87/112 e do Estado do Rio de Janeiro a f. 120/162.

Réplica a f. 169.

Manifestação do Ministério Público, a f. 309/318, pela procedência parcial do pedido.

A sentença de f. 320/325 julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos:

“(...)Posto isso, JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido, concedendo em caráter definitivo a tutela de urgência para compelir os réus a restabelecerem, no prazo de 10 dias, o pagamento do aluguel social ao demandante e ao seu núcleo familiar, depositando-o na conta aberta na Caixa Econômica Federal para esta finalidade, sob pena de sequestro da quantia correspondente à obrigação inadimplida. Condeno ainda os réus a reinserirem o autor no programa habitacional existente, com o fim de perceber a moradia social. 56. Julgo improcedente o pedido de indenização por dano moral. 57. Em razão da sucumbência recíproca, as despesas judiciais serão rateadas entre as partes, nos termos do art. 86 do CPC. 58. Condeno o autor ao pagamento de 1/3 (um terço) das despesas processuais, além dos honorários de sucumbência, no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) para cada réu, nos termos do artigo 85, § 2º e § 14, do CPC. Todavia, suspendo a exigibilidade destas verbas em razão da gratuidade de justiça deferida ao autor, nos termos do artigo 98, §§ 1º, 2º e 3º, do CPC. 59.

Condeno o 1º réu (Município de Teresópolis) ao pagamento dos honorários de sucumbência à Defensoria Pública, no valor de R\$ 300,00, nos termos do artigo 85, § 3º e § 14, do CPC. 60. Deixo de condenar o Município ao pagamento da parte que lhe cabe das custas processuais, na forma do artigo 17, IX, da Lei Estadual nº 3.350/99, e taxa judiciária, em razão da reciprocidade de isenção de tributos, nos termos da Lei Complementar Municipal nº 62 de 05/04/2005. 61. Condeno o 2º réu (Estado do Rio de Janeiro) ao pagamento dos honorários de sucumbência, no valor de R\$ 300,00, nos termos do artigo 85, § 8º, do CPC, conforme novo entendimento adotado pelo Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental em Ação Rescisória nº 1.937, de relatoria do Ministro GILMAR MENDES, julgado em 30/06/2017. O Valor dos honorários deverão ser revertidos em favor do Fundo Orçamentário Especial do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro. 62. Deixo de condenar o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento das custas e da taxa judiciária, nos termos do artigo 17, IX e § 1º, da Lei Estadual nº 3.350/99 e do artigo 115, do DL nº 5/75. 63. Dê-se ciência à Defensoria Pública e ao Ministério Público. 64. Publique-se e intem-se.”

Apelo do Município de Teresópolis, a f. 339/354, tempestivo, no qual, reitera a preliminar de ilegitimidade passiva, destacando que o aluguel social foi instituído pelo Estado do Rio de Janeiro através de Decreto, de modo que este ato normativo não pode vincular o Município, em vista da autonomia administrativa. Acrescenta que não existe lei que obrigue a municipalidade fornecer moradia definitiva ao autor. Alega ainda

que a sentença não limitou o prazo do pagamento do benefício, violando o decreto Estadual nº 43.091/2011, o qual estabelece o limite de 12 (doze) meses, prorrogável por igual período, mediante comprovação da necessidade do núcleo familiar beneficiado.

Apela o Estado do Rio de Janeiro, a f. 369/389 alegando que é parte ilegítima, pois a pretensão autoral se direciona para o pagamento de benefício de assistência habitacional até a realocação de morador de imóvel interditado pelo ente municipal, conforme o artigo 30, inciso VIII, da CRFB/88. Declara que o autor não preenche os requisitos para a concessão do aluguel social, destinado às famílias vitimadas por eventos climáticos ou situadas em áreas de risco. Nesse aspecto, sustenta que a interdição do imóvel não decorreu destes fatores, mas sim porque o imóvel encontra-se em local que apresenta risco pelas próprias características. Destaca a impossibilidade de pagamento do benefício por período superior a 12 meses, prorrogável por mais 12 meses em caso de comprovação da manutenção do estado de necessidade, e não da construção de moradia definitiva pelo Estado. Pontua que a obrigação de pagamento por prazo indeterminado se revela contrária à legislação do próprio aluguel social. Aduz que não existe direito subjetivo à concessão de moradia por parte do Estado do Rio de Janeiro. Por derradeiro, pede o afastamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública.

Contrarrazões apresentadas a f. 369/411 e 417/425.

Manifestação da Procuradoria de Justiça a f. 440/456 pelo provimento dos recursos para limitar o pagamento do benefício do aluguel social ao período de 24 (vinte e quatro) meses.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Cuida-se de demanda obrigacional c/c indenizatória ajuizada em razão das fortes chuvas ocorridas no Município de Teresópolis em janeiro de 2011, que acarretaram deslizamentos de terra de grandes proporções, ocasionando a interdição do imóvel do autor.

De início, tem-se que a preliminar de ilegitimidade arguida pelos réus não reserva êxito, já que se trata de direito à moradia digna, protegido constitucionalmente, consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo sua efetivação responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, conforme art. 23, incisos I, IX e X da CRFB.

Por sua vez, o artigo 8º do Decreto Estadual nº 42.406/2010 estabelece que é dever do Estado providenciar, diretamente ou através do Município, o acolhimento de famílias removidas de áreas de risco.

Nesse aspecto, o Estado editou o Decreto nº 43.091/2011, estabelecendo uma parceria com os Municípios afetados para o pagamento do referido benefício, dispondo o artigo 2º:

“Art. 2º - O cadastramento e o pagamento do Aluguel Social serão realizados em parceria com os Municípios afetados, devendo o ente municipal apresentar demanda consubstanciada com os dados familiar e regiões atingidas e acompanhar mensalmente as condições sociais das famílias beneficiárias, por meio do Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) do Município”.

Ademais, o próprio ente municipal criou o Fundo Especial e Combate à Situação de Emergência e Calamidade Pública, através da Lei nº 2.996/2011, regulamentada pela Lei nº 3.992/2011, na qual assegura a concessão de benefício do auxílio-moradia às famílias afetadas diretamente pelas chuvas ocorridas na época, confirmando as ações descritas no art. 8º do supracitado Decreto Estadual.

Desta forma, patente a responsabilidade solidária dos entes públicos.

Da leitura dos autos, depreende-se que o autor foi vítima dos eventos descritos na exordial, conforme indica o termo de interdição (f. 66/67), de modo que os réus reconheceram que o demandante preenchia os requisitos para o recebimento do benefício.

Com efeito, antes do término de possíveis prorrogações (f. 250 e 252), deixaram de pagar a quantia, em razão do suposto retorno do autor ao imóvel.

Contudo, nesse ponto, o que se verifica é que o beneficiário comprovou que residia em local diverso, conforme contrato de locação acostado a f. 47 e 292/297, afastando a alegação do Município réu.

Além disso, a própria Secretaria de Municipal de Desenvolvimento Social (CREAS) constatou, em visita domiciliar, que a residência estava interditada, vazia e a equipe ainda foi informada que o casal de moradores havia se mudado (f. 256). Nesse sentido, a assistente social do Município solicitou o pedido de reativação do benefício em prol do autor, o qual, no caso, não foi atendido pelo ente público.

Desse modo, inexistem motivos para a suspensão do benefício, configurando uma conduta desproporcional e indevida dos réus.

Cumpra destacar que as alegações dos apelantes no sentido de que o imóvel estava em área de risco, não tendo ocorrido a interdição por eventos climáticos e de que o benefício se limita a 12 (doze) meses, prorrogável por igual período, não merecem prosperar.

Isso porque, afastando a hipótese de inoção recursal em prol do amplo debate processual, vislumbra-se que o ente federativo não comprovou minimamente qualquer situação que contrarie o informado na documentação da Secretaria de Defesa Civil (f. 66/67), bem como a detalhada averiguação realizada pelo

Centro de Referência de Assistência social (f. 256).

Cabe ressaltar que a legislação estadual prevê o pagamento do benefício denominado “aluguel social”, destinado às pessoas desabrigadas ou desalojadas, em razão da interdição e desocupação de imóveis, na forma do art. 5º, cumulado com art. 8º, ambos do Decreto Estadual nº 42.406/2010:

“Fica a Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil autorizada a realizar a interdição e a desocupação compulsória de imóveis situados nas áreas classificadas pela Comissão gestora do programa como vermelha”.

“...nos casos previstos no art. 5º, enquanto não estiverem disponíveis as unidades habitacionais para reassentamento da população residente em áreas de risco, o Estado providenciará, diretamente ou através do Município, o acolhimento das famílias removidas em abrigo, ou pagará, através da Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos, o valor de até R\$ 500,00 (quinhentos reais) por mês a título de aluguel social”.

Ou seja, o dispositivo legal é claro ao enfatizar que o benefício não sofrerá limitação temporal relativo ao período de concessão, enquanto não estiverem disponibilizadas as unidades habitacionais para as famílias afetadas pela calamidade. Frise-se, por oportuno, que não há demonstração cabal de oferecimento de abrigo (acolhimento).

Dessa forma, se o ente público não objetiva o pagamento do aludido benefício em prazo superior ao que alega ser devido, basta que promova o citado reassentamento dos cidadãos, alcançando assim a previsão constitucional do direito à moradia.

Ademais, agir de forma contrária, estimularia o não cumprimento de obrigações estatais, ferindo diretamente a dignidade da pessoa humana.

Vale registrar que o Decreto nº 43.091/2011, meramente regulamentador, tem como objetivo auxiliar na aplicação de ato normativo, não devendo limitar ou extinguir direitos, mormente quando o ato regulamentado não previu tal limitação, sob pena de violação ao Princípio da Legalidade, nos termos do art. 84, IV da CRFB.

Nesse aspecto, o doutrinador CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em sua obra **Curso de Direito Administrativo**, pp 347, define regulamento como “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estreita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da administração pública”.

Enfatiza o ilustre professor que o regulamento não inclui no sistema normativo regra geradora de direito ou obrigação, “nem favor ou restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento”, pp. 359. Confira-se:

“Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada.”

Apenas a título de reforço de argumentação, convém salientar que não se desconhece que o objetivo do Decreto Regulamentar não é o pagamento por tempo indeterminado, mas sim a possibilidade de eventuais prorrogações com o respectivo marco revisional, a fim de se comprovar a manutenção da necessidade do beneficiário.

Em relação à alegada reserva do possível, não há que preponderar a discricionariedade da administração pública, realizando o juízo de possibilidade e conveniência, tendo em vista o

mínimo existencial, de maior valor constitucional.

Além disso, é certo que a ausência de previsão orçamentária ou de recursos dos entes públicos não impossibilita, de forma absoluta, o contingenciamento dessas despesas, que podem ser objeto, inclusive, de dotação de créditos adicionais extraordinários.

Ressalte-se, ainda, que os apelantes não comprovaram efetivamente a ausência de recursos financeiros, limitando-se a alegações sem qualquer respaldo probatório, ônus que lhes cabia, nos termos do entendimento evocado através do verbete sumular TJRJ nº 241, nos seguintes termos:

“Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição”

Nesse sentido, ponderando-se os valores em jogo, quais sejam, a dignidade humana, moradia e o orçamento público, há que se prestigiar o direito à moradia, de modo a se garantir a manutenção da dignidade humana, já tão vulnerada após a interdição que deixou desabrigado o apelado.

Outrossim, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88), considerando que deve o Judiciário ser chamado a suprir, com sua intervenção, conduta omissiva da administração pública, cabendo-lhe a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais.

Havendo lesão ou ameaça a direito, o referido princípio não impede a atuação do Poder Judiciário, conforme cláusula pétrea prevista no art. 5º, XXXV, da Carta Magna.

É legítima, portanto, a interferência do Poder Judiciário quando ocorre a violação de normas constitucionais, como na situação em exame, até por serem aquelas imperativas e de hierarquia superior.

Assim, pois, diante do específico pedido autoral, deve o benefício ser restabelecido, vez que o prazo inicial de 24 meses não foi cumprido, assim como a reinserção do autor no programa habitacional existente, na forma descrita na sentença. Reitere-se que serão necessárias avaliações, inclusive pelo Centro de Assistência social, para comprovar as reais necessidades do beneficiário frente ao respectivo pagamento, observando-se o já citado Decreto Estadual nº 42.406/2010, especialmente no que se refere a possíveis prorrogações.

No tocante à irrisignação do Estado referente à condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, o julgado merece pequeno ajuste.

As Emendas Constitucionais nº 74/2013 e nº 80/2014 firmaram autonomia administrativa às Defensorias Públicas, ensejando modificação no quadro normativo, sendo necessário novo debate da questão constitucional acerca da obrigatoriedade ou não dos entes federativos pagarem a verba honorária às Defensorias que os integram.

Esta questão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal e teve repercussão geral negada no RE nº 592.730, paradigma do tema nº 134. Apesar de reconhecido o caráter constitucional da matéria, entendeu-se pela ausência dos requisitos da relevância jurídica, econômica, social e política.

Vale registrar que embora alguns julgados da Corte Superior possibilitem a condenação dos honorários sucumbenciais em favor da Defensoria pública em face do mesmo ente público, tais decisões não possuem força vinculante, apenas o caráter persuasivo, bem como não refletem o objeto da presente questão de forma direta e plena.

Importante salientar que a consolidada súmula nº 421 do STJ encontra-se dotada de previsibilidade e coerência, sendo certo que eventual pronunciamento que mude o enten-

dimento sobre a referida matéria deve ocorrer sob o regime de recurso repetitivo (repercussão geral) e, assim, na hipótese, possuirá força de precedente com a vinculação deste Órgão Julgador.

Nesse diapasão, o aludido Tribunal, considerando o não engessamento da jurisprudência, as novas necessidades e as mudanças de perspectivas com o passar do tempo, decidiu revisitar a tese fixada no julgamento anterior e reconheceu a repercussão geral dessa questão constitucional no recurso extraordinário nº 1.140.005/RJ, mas releva pontuar que não se encontra ainda definida a referida tese jurídica com eficácia vinculante, tampouco a modulação de efeitos.

Portanto, permanece íntegra a vinculação deste Órgão Julgador aos enunciados de súmula 421 do STJ e 80 deste Tribunal, permanecendo, inclusive, o entendimento de confusão patrimonial nos termos do art. 381 do CC.

Desse modo, a sentença deve ser reformada apenas para afastar a condenação do Estado do Rio Janeiro ao pagamento da verba sucumbencial em favor do CEJUR-DPGE.

Por tais motivos, voto no sentido de negar provimento ao apelo do ente municipal e dar parcial provimento ao recurso do Estado do Rio de Janeiro apenas para afastar a sua condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, na forma da fundamentação supra.

RIO DE JANEIRO, 22 DE OUTUBRO DE 2020.

DES. ODETE KNAACK DE SOUZA
RELATORA

IPU. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO EXECUTADO. ABERTURA DE INVENTÁRIO ANTERIORMENTE.

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ÓBITO DO EXECUTADO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO. SÚMULA Nº 392 DO STJ. AUSÊNCIA

DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS. OBRIGAÇÃO DO OFICIAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS DE COMUNICAR A MUDANÇA NA TITULARIDADE DO IMÓVEL. SENTENÇA MANTIDA.

Restou comprovada a abertura de inventário do executado no ano de 2006, ou seja, em data anterior à propositura da execução fiscal. Aliás, os exercícios cobrados já seriam de responsabilidade dos sucessores do executado. O entendimento do STJ, na forma da Súmula nº 392, é no sentido de que ainda que possível a substituição da Certidão da Dívida Ativa na hipótese de erro material ou formal é vedada a alteração/modificação do sujeito passivo da ação. Impossibilidade de redirecionamento do executivo fiscal em face dos sucessores ou do espólio, uma vez que o falecimento ocorreu antes da citação na execução fiscal e da constituição do crédito tributário. Obrigação do Oficial do Registro de Imóveis de comunicar a alteração de titularidade do bem. Art. 82 do Código Tributário Nacional.

Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0002930- 27.2012.8.19.0014, em que é Apelante Município de Campos dos Goytacazes, sendo Apelado M.S.G.

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em negar provimento ao recurso. Decisão unânime.

Cuida-se de execução fiscal de débito de IPTU, referente aos exercícios de 2007 a 2010.

A sentença de índice 26 julgou extinto o feito, conforme dispositivo abaixo transcrito:

“(...) Diante do exposto, para fins do Art. 925 do NCP, DECLARO a ilegitimidade

passiva do executado, determinando assim que a Fazenda Pública Municipal cancele todos os créditos tributários aqui executados e por consequência, JULGO EXTINTO O PROCESSO DE EXECUÇÃO, com fulcro no Art. 485, inciso VI do Novo Código de Processo Civil, o qual aplico por analogia. Sem custas e honorários ante a isenção legal.”

Apelação do Município em índice 34. Alega, em resumo, que o feito não poderia ser extinto, uma vez que o óbito do executado ocorreu após a propositura da execução fiscal. Mesmo se assim não fosse, trata-se de obrigação tributária *propter rem*, onde a dívida é devida por quem detém a propriedade. Sendo assim, há de se reconhecer a responsabilidade tributária por sucessão do novo proprietário, no caso, o espólio. Destaca que cabia aos meeiros/herdeiros informar o falecimento. Defende que não se trata de alteração da CDA, vedada pela Súmula nº 392 do STJ, mas de mera retificação no polo passivo para constar o termo “espólio”, sendo certo que o próprio STJ já se manifestou positivamente quanto à possibilidade da substituição da CDA. Sustenta cerceamento de defesa por não ter sido previamente intimado a se manifestar sobre a ilegitimidade. Requer a anulação da sentença, com o prosseguimento da execução em face do espólio.

Sem contrarrazões, tendo em vista o executado ser falecido.

É o relatório.

Conheço do recurso eis que preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Recai a controvérsia sobre a alegada ilegitimidade passiva da parte executada.

De fato, a certidão do oficial de justiça constante a f. 19 dá conta que o executado é falecido há cerca de cinco anos, conforme informação prestada por seu filho. Ou seja, o óbito teria ocorrido no ano de 2013, data posterior à da

propositura da execução fiscal, distribuída em 11/01/2012.

Ocorre que a f. 22 há demonstração de abertura de ação de inventário e partilha (proc. nº 0006302-91.2006.8.19.0014), ajuizada em 19/06/2006, muito antes do ajuizamento da presente demanda.

Sendo assim, andou bem o magistrado sentenciante ao reconhecer a ilegitimidade passiva de M.S.G.

Registre-se que os exercícios ora cobrados já seriam de responsabilidade dos sucessores do executado.

Quanto à possibilidade de retificação/alteração da CDA, há entendimento sumulado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, refletido no enunciado da Súmula nº 392, que ainda que possível a substituição da Certidão da Dívida Ativa na hipótese de erro material ou formal é vedada a alteração/modificação do sujeito passivo da ação. Confira-se:

Súmula nº 392 do STJ - A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

Vale consignar, as normas que direcionaram o entendimento da referida súmula advêm de matéria tratada em Leis Especiais, não revogadas pelo CPC/2015, quais sejam, art. 203 do CTN e § 8º do art. 2º da Lei nº 6.830/1980.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. Execução fiscal. Cobrança IPTU 2001/2003. Município do Rio de Janeiro. Sentença que acolheu exceção de pré-executividade e extinguiu o feito sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva. Reforma parcial. Certidão da Dívida Ativa lavrada com a indicação de pessoa falecida como sujeito passivo. Possibilidade

de substituição da CDA, mas não de modificação da sujeição passiva. Enunciado da súmula nº 392 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Não cabimento da substituição do polo passivo na forma do art. 338 do CPC/2015 como defendido pelo apelante, visto que as normas que direcionaram o entendimento da Súmula nº 392 do STJ advêm de matéria tratada em Leis Especiais, não revogadas pelo NCP, art. 203 do CTN e § 8º do art. 2º, da Lei nº 6.830/1980. Redução dos honorários advocatícios que deve ser fixado com base na norma vigente à época da propositura da ação, CPC/73, na medida que sanciona causalidade nascida sob sua égide. Recurso a que se dá parcial provimento. (0201273-52.2005.8.19.0001 - Apelação - Des(a). JOSÉ ROBERTO PORTUGAL COMPASSO - Julgamento: 03/10/2017 - Nona Câmara Cível)

Como visto, ainda que possível a substituição da certidão de dívida ativa, a mesma só pode ocorrer quando se tratar de correção de erro material ou formal, não podendo ser alterada em relação ao polo passivo, o que implicaria na modificação do lançamento do crédito tributário.

Portanto, não há como redirecionar o executivo fiscal em face dos sucessores ou do espólio, uma vez que o falecimento ocorreu antes da citação na execução fiscal e da constituição do crédito tributário.

De fato, deveria o exequente ter direcionado a cobrança em face do espólio do executado ou de seus sucessores, o que não ocorreu.

Nesse sentido os julgados;

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MUNICÍPIO DE RESENDE. IPTU. EXERCÍCIOS DE 2006 E 2007. Sentença de extinção em razão da ilegitimidade passiva da parte executada. Apela-

ção do Exequente almejando que a execução fiscal seja redirecionada ao espólio do executado ou sucessores. Executado falecido antes do ajuizamento da execução fiscal. Súmula nº 392 do STJ. A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução. Impossibilidade de redirecionar o executivo fiscal em face dos sucessores ou do espólio, uma vez que o falecimento ocorreu antes da citação na execução fiscal e da constituição do crédito tributário. Precedentes. Sentença mantida. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(0018036-38.2009.8.19.0045 – Apelação - Des(a). SÔNIA DE FÁTIMA DIAS - Julgamento: 05/12/2018 - Vigésima Terceira Câmara Cível)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE ICMS REFERENTE AO MÊS DE FEVEREIRO DE 1999. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA EMITIDA NO MÊS DE MARÇO DE 2004. ÓBITO DO EXECUTADO NOS IDOS DE 1982. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO EM RAZÃO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA. INCONFORMISMO DO ESTADO EXEQUENTE. MANUTENÇÃO DO *DECISUM* RECORRIDO. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL AFORADA EM FACE DE PESSOA FALECIDA HÁ MUITOS ANOS, NÃO SENDO POSSÍVEL O SIMPLES REDIRECIONAMENTO EM FACE DE SEU ESPÓLIO, CONSOANTE SÓLIDA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (SÚMULA Nº 392 STJ).

(0001858-07.2004.8.19.0007 – Apelação - Des(a). SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES - Julgamento: 04/12/2018 - Primeira Câmara Cível)

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - SENTENÇA DE EXTINÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - MANUTENÇÃO - RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DE RESENDE CONTRA SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, COM BASE NO DISPOSTO NO ART. 485, VI, DO CPC NA EXECUÇÃO FISCAL POR ELE AJUIZADA, EIS QUE PROPOSTA EM FACE DE PESSOA FALECIDA - IMPOSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO AO ESPÓLIO OU AOS SUCESSORES DO EXECUTADO, NA HIPÓTESE DE FALECIMENTO DO DEVEDOR ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL - PRECEDENTES STJ E TJRJ - NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

(0018632-22.2009.8.19.0045 – Apelação - Des(a). MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 09/10/2018 - Vigésima Segunda Câmara Cível)

Quanto à obrigação de proceder à alteração dos dados nos cadastros fazendários, o art. 82 do Código Tributário Municipal é claro ao determinar:

“Depois de registrado o título de que trata o art. 81, o Ofício de Registro de Imóveis deverá validar e disponibilizar à Secretaria Municipal de Fazenda as informações previstas em Regulamento, fornecendo-as até o último dia útil do mês seguinte ao do registro.”

Sendo assim, é obrigação do Oficial do Registro de Imóveis comunicar a alteração de titularidade do bem.

A conta de tais fundamentos, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se a sentença na íntegra.

RIO DE JANEIRO, 03 DE SETEMBRO DE 2020.
DES. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA
RELATORA

PLANO DE SAÚDE. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE DEMONSTRADA. VARIAÇÃO. TEMA N° 925 DO STJ. PERIGO DE DANO EVIDENCIADO. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. AFASTADO O REAJUSTE ATÉ A DECISÃO FINAL.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE DEMONSTRADA. TEMA N° 952 DO STJ. PROBABILIDADE DO DIREITO DA PARTE AUTORA E PERIGO DE DANO EVIDENCIADOS. DECISÃO AGRAVADA QUE DEVE SER REFORMADA. SÚMULA N° 59 DO TJRJ.

Agravo de instrumento manejado em face de decisão que indeferiu a tutela de urgência pretendida. Pretensão de tutela antecipada para determinação de suspensão da alegada cobrança abusiva das mensalidades do seu plano de saúde, a fim de que seja mantido o valor antes praticado ou, subsidiariamente, que seja aplicado o reajuste de 30%, correspondente à média de reajustes aplicados quando houve mudança de faixa etária anterior, sendo mantido o plano de saúde e não negativedo seu nome.

Tese fixada pelo STJ, quando do julgamento do RESP n° 1.568.244/RJ, paradigma do Tema n° 952, que define ser o reajuste da mensalidade por mudança de faixa etária válido, desde que respeitados alguns critérios estabelecidos. Elementos dos autos que indicam a previsão de reajuste em razão da última mudança de faixa etária em desacordo com as regras legais, além da prática de reajuste superior ao contratualmente previsto, indicando a probabilidade do direito do autor e o perigo de dano, estando preenchidos, portanto, os requisitos previstos no artigo 300 do CPC.

Inteligência, ademais, da Súmula n° 59 deste Tribunal de Justiça.

Decisão agravada que deve ser reformada, confirmando-se a decisão antecipatória da tutela recursal proferida pela relatora, para deferir a tutela de urgência pleiteada, determinando que a ré se abstenha de incluir o reajuste referente à transposição da última faixa etária (59 anos), até decisão final da lide, sob pena de multa a ser fixada em caso de descumprimento.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n° 0004033-33.2020.8.19.0000, sendo a Agravante: V.L.O.F. e o Agravado: UNIMED RIO Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro Ltda.

Acordam os Desembargadores da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer o recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido liminar interposto em face de decisão que indeferiu a tutela de urgência pretendida. A autora requereu, na inicial, que, em tutela antecipada, seja determinada a suspensão da alegada cobrança abusiva das mensalidades do seu plano de saúde, a fim de que o valor das mensalidades seja mantido em R\$ 464,63, ou, subsidiariamente, que seja aplicado o reajuste de 30%, correspondente à média de reajustes aplicados quando houve mudança de faixa etária anterior. Requereu, ainda, que a parte ré se abstenha de cancelar o plano de saúde ou de negativedo seu nome (f. 70/72 do processo originário de n° 0012881-04.2019.8.19.0207).

Inconformada, a agravante sustenta que o percentual de reajuste aplicado está acima do legalmente contratado, ainda que este último também seja abusivo. Aduz que, em agosto de 2019, pagou o valor de R\$ 464,63, a título de mensalidade de plano de saúde e que, em setembro de 2019 (mês seguinte após a autora completar 59 anos de idade), foi surpreendida com o recebimento da fatura para pagamento da mensalidade no valor de R\$ 847,17, o que corresponde a um reajuste no importe de 82%. Alega que, no contrato, os percentuais de aumento são gradativos, sendo que a faixa entre 54 e 58 anos prevê um reajuste de 25%, saltando para 63% na faixa etária de 59 anos, ou seja, mais do que o dobro, revelando a abusividade da cláusula. Afirma que a ré descumpra até mesmo essa cláusula, ao aplicar um aumento de 82%. Requer o deferimento liminar da tutela antecipada, nos moldes pleiteados na inicial, ou ainda, se não for esse o entendimento, que seja aplicado o percentual de reajuste contratual de 63%, bem como o provimento do presente recurso para reformar a decisão agravada com a concessão da liminar requerida (f. 2/10).

Decisão desta relatora que deferiu a antecipação da tutela recursal, para determinar que a ré se abstenha de incluir o reajuste referente à transposição da última faixa etária (59 anos), até decisão final da lide, sob pena de multa a ser fixada em caso de descumprimento, a f. 45/47.

Foram apresentadas contrarrazões a f. 58/74.

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

De acordo com o artigo 300 do CPC, a “tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Tal apreciação se limita a uma cognição sumária, o que significa dizer que se motiva na verossimilhança das alegações formuladas pelo autor da ação e na urgência da medida.

Da análise dos autos, verifica-se que houve efetivamente um reajuste superior ao contratualmente previsto, quando a autora completou 59 anos. Tanto é assim que a mensalidade anteriormente cobrada no valor de R\$ 464,63 passou a ser cobrada no valor de R\$ 813,02, conforme documentos de f. 26 a 34 do processo originário. Cabe ressaltar que o contrato prevê um reajuste de 63% quando atingida a faixa etária de 59 anos ou mais, como se depreende do documento de f. 37 do processo originário. No entanto, tal percentual não foi observado, sendo que o reajuste praticado foi superior ao contratualmente previsto. Nesse ponto, registre-se que, mesmo havendo previsão contratual, a aplicação do reajuste por faixa etária no percentual de 63% também seria abusiva, uma vez que se revela contrária ao que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp. n° 1.568.244/RJ, paradigma de seu Tema n° 952, tendo sido fixada a seguinte tese:

“O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.”

Merecem transcrição, ainda, as informações complementares do Tema n° 952:

“a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei n° 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de

aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 02/01/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 01/01/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância:

(i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos;

(ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e

(iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.”

A tabela prevista no contrato, a f. 37 do processo originário, não obedece às regras acima mencionadas, tendo em vista que a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas é superior à variação cumulada

entre a primeira e a sétima faixas. Sendo assim, o reajuste praticado pela ré e a cláusula contratual que prevê o reajuste decorrente da transposição da última faixa etária (59 anos) se mostram, a princípio, abusivos. Vislumbra-se, então, a probabilidade de provimento do recurso. Também fica evidenciado o perigo de dano, já que há risco à manutenção da autora no plano de saúde, diante do valor significativamente mais elevado das mensalidades. Logo, estão preenchidos os requisitos do artigo 300 do CPC.

Nos termos do verbete nº 59 da súmula deste Tribunal de Justiça, somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos. Essa é exatamente a hipótese em tela. Isso porque, como visto, a decisão agravada se mostrou contrária à lei e às provas dos autos.

Impõe-se a reforma da decisão agravada, confirmando-se a decisão desta relatora que deferiu a tutela de urgência recursal pleiteada, para determinar que a ré se abstenha de incluir o reajuste referente à transposição da última faixa etária (59 anos), até decisão final da lide, sob pena de multa a ser fixada em caso de descumprimento.

Pelo exposto, o agravo de instrumento deve ser CONHECIDO e PROVIDO, confirmando-se a decisão desta relatora que deferiu a tutela de urgência recursal pleiteada, para determinar que a ré se abstenha de incluir o reajuste referente à transposição da última faixa etária (59 anos), até decisão final da lide, sob pena de multa a ser fixada em caso de descumprimento, nos exatos termos da fundamentação.

Publique-se.

RIO DE JANEIRO, 10 DE DEZEMBRO DE 2020.

DES. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO
RELATORA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. MAL DE ALZHEIMER. ALIENAÇÃO MENTAL. NÃO SUJEIÇÃO À CURATELA. TERMO INICIAL COM LAUDO MÉDICO ESPECIALIZADO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. PROVIMENTO DO APELO.

Direito Tributário. Imposto de Renda. Isenção. Mal de Alzheimer. Alienação mental. Repetição do indébito tributário. Apelação provida.

1. O art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88 dispõe que o alienado mental é isento do imposto de renda.

2. A concessão do aludido benefício tributário não está condicionada ao estabelecimento da curatela.

3. Com efeito, o Estatuto da Pessoa com Deficiência revogou o art. 1.767, I CC. Destarte, não mais estão sujeitos a curatela aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil.

4. No caso dos autos, as provas são no sentido de que o apelante sofre de Alzheimer, apresentando alienação mental.

5. Ademais, o laudo médico de f. 91 não deixa dúvidas de que o apelante pôde exprimir a sua vontade para alguns atos da vida civil, como no caso do ajuizamento da presente ação e na outorga de mandato a advogado, ainda que apresente certo grau de alienação mental.

6. No mais, a jurisprudência do STJ é no sentido de que o termo inicial da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria, para as pessoas com mo-

lestias graves, é a data da comprovação da doença mediante diagnóstico especializado.

7. Apelação a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº. 0204902-48.2016.8.19.0001, em que é Apelante P.T.M. e Apelado Estado do Rio de Janeiro,

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 dar-lhe provimento, nos termos do voto do Exmº Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de condenação em obrigação de fazer cumulada com pedido de repetição de indébito proposta pelo apelante em face do apelado.

Na inicial, conta o autor, servidor público estadual aposentado, que sofre síndrome de Alzheimer em grau avançado, com alienação mental. Informa que a evolução da doença vem sendo acompanhada desde 2010. Alega que requereu ao Estado a isenção de Imposto de Renda incidente sobre os seus proventos de aposentadoria, por meio do processo E-04/055.689/2015, com fundamento no art. 6º, XIV, L. nº 7.713/1988. Afirma que o réu condicionou, de forma indevida, a concessão do benefício tributário à sua prévia interdição. Argumenta que a lei não condiciona a concessão da isenção a qualquer medida, bastando apresentar a doença grave. Afirma que não necessita ser interdito, porquanto possui capacidade para praticar atos da vida civil. Ressalta que possui apenas déficit de memória, no entanto, é auxiliado por seus familiares. Alega que faz jus a isenção desde a data em que se constatou a doença, e não a data do diagnóstico

realizado pela Junta Médica do Estado. Afirma que a contemporaneidade dos sintomas da doença não é pressuposto para concessão ou manutenção do benefício da isenção.

Requer a suspensão dos descontos referentes ao imposto de renda nos seus proventos de aposentadoria e a condenação do réu a restituir os valores descontados indevidamente desde dezembro de 2015. Requereu a antecipação da tutela quanto à obrigação de fazer.

A decisão de f. 65/66 a deferiu.

A r. sentença de f. 122/124 julgou improcedente o pedido e tornou sem efeito a decisão que antecipou os efeitos da tutela. Condenou o autor a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Apela o autor a f. 126/133. Insiste que, desde 2010, sofre da síndrome de Alzheimer. Sustenta que a doença é grave e o autoriza a ser beneficiário da isenção do imposto de renda, nos termos do art. 6º, XIV L. nº 7.713/88. Alega que o benefício tributário não está condicionado à interdição do paciente. Informa que a sua saúde piorou após a prolação da sentença. Afirma que perdeu capacidade cognitiva, a sua autonomia e, atualmente apresenta alienação mental. Assevera que depende do auxílio de terceiros. Relata que, aos 22/08/2018, o seu médico neurologista constatou demência frontotemporal (CID 10 - G31.0), com déficit grave de memória, distúrbio do comportamento e de outras funções cognitivas, e, ainda, alienação mental. Acrescenta que o médico reconheceu que o autor não está em condições de lidar com dinheiro e de tomar decisões. Requer o provimento da apelação para julgar-se procedente o pedido.

As contrarrazões de f. 137/142 argui o vício de representação e, no mais, prestigiam o julgado.

A d. Procuradoria de Justiça opinou, a f. 165/170, pelo não conhecimento do apelo.

Anoto o preparo regular do recurso a f. 135. É o relatório.

VOTO

O recurso de apelação é tempestivo, adequado e foi devidamente preparado. Impõe-se seu conhecimento.

Merece provimento.

Inicialmente, não há irregularidade na representação do apelante.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência revogou o art. 1.767, I CC. Destarte, não mais estão sujeitos a curatela aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil.

Ademais, o laudo médico de f. 91 não deixa dúvidas de que o apelante pode exprimir a sua vontade para alguns atos da vida civil, como no caso do ajuizamento da presente ação e na outorga de mandato a advogado, ainda que apresente certo grau de alienação mental.

Prossigo.

Pretende o apelante, servidor público estadual aposentado, ser beneficiado pela isenção do imposto de renda. Aponta que é portador da síndrome de Alzheimer, em grau avançado, com alienação mental.

A propósito do tema, dispõe o art. 6º, XIV, L. nº 7.713/1988:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

(...)

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefro-

patia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

Da simples leitura do dispositivo verifica-se que os proventos de aposentadoria percebidos por portadores de alienação mental são isentos do aludido imposto.

No caso vertente, o laudo médico de f. 37 é peremptório no sentido de que o apelante é portador de quadro demencial tipo Alzheimer em grau avançado, incapaz de gerir as atividades de vida diária. O laudo médico de f. 39 informa ainda que o autor apresenta distúrbios comportamentais. Destaca-se o laudo apresentado com a apelação registra a evolução da doença e não deixa dúvidas de que o apelante apresenta alienação mental.

Ademais, há notícia nos autos de que a Junta Médica do Estado avaliou o apelante aos 10/11/2015 e concluiu que o mesmo apresenta doença elencada a L. nº 7.713/88, fazendo jus à isenção pretendida.

Ou seja, é incontroverso que é portador de alienação mental. Entretanto, o Estado condicionou, de forma indevida, a concessão do benefício à sujeição do apelante à curatela – f. 50. Reitera-se o que já dito: com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o apelante não está mais sujeito à curatela. Frise-se ainda que tal exigência não possui previsão legal. O benefício da isenção, na hipótese de alienação mental, não está condicionado à curatela.

Assim, tem o apelante direito à isenção.

Nesse sentido, reproduzo precedente do STJ em caso de paciente com mal de Alzheimer com alienação mental:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PORTADORA DO MAL DE ALZHEIMER. ALIENAÇÃO MENTAL RECONHECIDA. DIREITO À ISENÇÃO.

I - O art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88 dispõe que o alienado mental é isento do imposto de renda.

II - Tendo o Tribunal de origem reconhecido a alienação mental da recorrida, que sofre do Mal de Alzheimer, impõe-se admitir seu direito à isenção do imposto de renda.

III - Recurso especial improvido.

(REsp nº 800.543/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 16/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 154)

Por fim, a jurisprudência do STJ é no sentido de que o termo inicial da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria, para as pessoas com moléstias graves, é a data da comprovação da doença mediante diagnóstico especializado:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. TERMO INICIAL. ISENÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. MOLÉSTIA GRAVE COMPROVADA. MAL DE ALZHEIMER. COMPROVAÇÃO DA DOENÇA.

1. O acórdão recorrido está em dissonância com a jurisprudência do STJ, porquanto o entendimento da Corte é no sentido de que o termo inicial da isenção do imposto de renda sobre proventos de aposentadoria, para as pessoas com moléstias graves, é a data da comprovação da doença mediante diagnóstico especializado.

Precedentes: AgRg no AREsp nº 312.149/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES,

Segunda Turma, DJe 18/09/2015 e AgRg no REsp nº 1.364.760/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 12/06/2013.

2. Recurso Especial provido.

(REsp 1.596.045/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 01/06/2016)

Entretanto, considerando que, na inicial, o autor requereu a restituição, com termo inicial a partir de dezembro de 2015, limita-se a condenação a tal termo.

O indébito é, como já dito, tributário. Incide, portanto, a taxa Selic, em decorrência da L. Est. nº 6.269/12, a partir da data do trânsito em julgado da presente decisão, na forma do art. 167, parágrafo único, CTN e Súmula nº 188 STJ. Não cabe, outrossim, fazer incidir juros porquanto a taxa de Selic já os contempla.

Por outro lado, ante o princípio da reparação integral, quanto ao período anterior ao trânsito em julgado, deve incidir correção monetária desde cada desconto indevido, conforme previsto na Súmula nº 162 STJ, de forma a recompor a desvalorização da moeda. Determina-se a incidência das UFIR/RJ até 29/06/2009, e, após, do IPCA-E, até a data do trânsito em julgado quando, a partir de então, incidirá somente a taxa Selic.

O apelo prospera.

Por tais fundamentos, conhece-se da apelação e dá-se-lhe provimento para julgarem-se procedentes os pedidos para condenar-se o apelado a suspender os descontos referentes ao imposto de renda nos proventos de aposentadoria do apelante e a restituir-lhe os valores descontados indevidamente desde dezembro de 2015, que serão corrigidos pela UFIR/RJ até 29/06/2009, e, após, pelo IPCA-E, até a data do trânsito em julgado quando, a partir de en-

ção, incidirá somente a taxa Selic. Condena-se o apelado a pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios a serem fixados em sede de liquidação, na forma do § 3º. e 4º, II CPC.

RIO DE JANEIRO, 28 DE JANEIRO DE 2020.
DES. HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO
RELATOR

TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. PACIENTE PORTADOR DE DIABETES MELLITUS. GANGRENA E QUADRO DEMENCIAL. LAUDO. AUTORIZAÇÃO PARA PROCEDIMENTO MÉDICO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. CONSENTIMENTO SUPRIMIDO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. Paciente portador de *diabetes mellitus* internado com quadro de gangrena mista do membro inferior, irreversível até o joelho, com áreas de necrose e indicação de amputação em caráter urgente. Quadro demencial do paciente atestado por laudo psiquiátrico. Aplicação do Estatuto da Pessoa com deficiência (Lei nº 13.146/15). Revisão do conceito de capacidade civil e dos institutos protetivos correlatos, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que não mais implica em incapacidade civil. Nova perspectiva da curatela, restrita aos atos de conteúdo patrimonial ou negocial. Não indicação de patrimônio a zelar em prol da pessoa com deficiência. Requerimento destinado a garantir a saúde e a vida do agravado, que extrapola os limites da curatela. Risco de evolução do quadro para infecção generalizada e óbito, a autorizar o suprimento do consentimento do paciente por seu representante legal, diante da impossibilidade de manifestação livre e consciente da própria vontade. Recurso provido em parte, confirmados os efeitos da tutela recursal anteriormente deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n° em que é agravante E.L.S. e Agravado J.A.S.S.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, para confirmar a tutela recursal, nos termos em que foi deferida.

Trata-se de recurso interposto contra decisão interlocutória, que indeferiu pedido de tutela provisória de urgência, com vistas a autorizar que a equipe médica do Hospital Getúlio Vargas realize a intervenção cirúrgica de que necessita o agravado.

O agravante sustenta que é filho do agravado, o qual está internado no Hospital Getúlio Vargas e necessita realizar intervenção cirúrgica urgente (amputação de membro inferior), sob pena de vir a óbito. Destaca que a cirurgia foi autorizada pelos familiares, mas o agravado se recusa a submeter-se ao procedimento. Afirma a presença dos requisitos que autorizam a concessão da tutela de urgência, ante a probabilidade do óbito do agravado, nos termos do laudo médico. Destaca que gangrena é causada, segundo a ciência médica, por bactéria e a sua proliferação atinge outros órgãos do corpo e o prognóstico é o de septicemia (infecção generalizada) levando o agravado à morte. Sublinha que o laudo médico aponta que o agravado é diabético e tal circunstância caracteriza comorbidade, aumentando significativamente o risco de morte. Indica que a cirurgia já foi agendada em três oportunidades, mas o recorrido se recusa a se submeter ao procedimento. Menciona que o art. 41 do Código de Ética médica dispõe que é vedado “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”. Saliencia que em caso de colisão entre direitos fundamentais deve prevalecer aquele de maior

densidade axiológica, no caso o direito à vida. Adita que o médico assistente foi assertivo, ao declarar que o quadro clínico do agravado é irreversível e a cirurgia urgente, sob risco de morte. Requer o deferimento da antecipação da tutela recursal, para que seja autorizado que a equipe médica do citado nosocômio realize a cirurgia necessária à manutenção da vida e da saúde do agravado, bem como seja o agravante nomeado curador *ad litem*, para a prática do ato postulado, provendo-se o recurso com a conformação da antecipação da tutela.

Tutela recursal parcialmente deferida na pasta 32, para autorizar o agravante a suprir o consentimento do paciente, exclusivamente no tocante à intervenção cirúrgica de que necessita o agravado, mediante termo por escrito, a ser posteriormente consignado nos autos e a ser firmado perante o nosocômio onde a cirurgia será realizada, intimando-se com urgência o Hospital Getúlio Vargas.

Contrarrazões na pasta 76.

Parecer da Procuradoria de Justiça na pasta 87, opinando pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Impende, de início, contextualizar a demanda no modelo inclusivo iniciado pelo Estatuto da Pessoa com deficiência (Lei n° 13.146/15).

O novel Estatuto enuncia em se art. 1°, que a finalidade do diploma reside em assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

De acordo com o novo regime, o impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, não mais implica em incapacidade civil, alçando a curatela a uma nova perspectiva, de cunho excepcional e funcionalizado.

Sob este enfoque, a submissão à curatela está restrita aos atos de conteúdo patrimonial

e negocial, ao passo que os instrumentos de proteção devem ser proporcionais à redução do discernimento e ao grau de dependência do curatelado, de forma a salvaguardar sua autonomia e o exercício de liberdades fundamentais.

Na lição de VITOR ALMEIDA, “de modo a ratificar o reconhecimento da plena capacidade civil das pessoas com deficiência, espandendo dúvida porventura existente, o Estatuto (art. 114) alterou o art. 3º do Código Civil, para declarar como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os menores de 16 (dezesseis) anos, uma vez que derogou os incisos I a III do citado artigo, dando nova redação ao *caput*. Finda, portanto, a incapacidade absoluta de pessoa maior no direito brasileiro, em importante movimento de valorização da autonomia da pessoa. Embora o art. 6º afirme a plena capacidade da pessoa com deficiência, há de se ressaltar que o art. 84, § 1º, ambos do EPD, permite como medida excepcional a curatela, que se torna extraordinária e se legitima apenas como instrumento de proteção, devendo ser deferida de modo ‘proporcional às necessidades e às circunstâncias e cada caso’ e ‘no menor tempo possível’ (art. 84, § 3º). (...) A doutrina tem reconhecido um verdadeiro giro estrutural no regime das incapacidades para garantir a inclusão da pessoa com deficiência e por admitir que a lida com assuntos existenciais não pode ser conduzida pelos mesmos parâmetros talhados para definir a capacidade para a prática de negócios patrimoniais” (A Capacidade Civil das Pessoas com Deficiência e os Perfis da Curatela. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 175/177).

Especificamente no tocante à proteção do direito à saúde das pessoas com deficiência de natureza, física, mental, intelectual ou sensorial, assim dispõe a Lei nº 13.146/15:

“Art. 11. A pessoa com deficiência não po-

derá ser obrigada a se submeter à intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada.

Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei”.

“Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”.

É possível extrair, do novo regime das incapacidades, que a curatela está restrita aos interesses de cunho patrimonial e, portanto, não alcança a esfera existencial do deficiente, aí compreendidos o direito à saúde e à disposição do corpo.

Outrossim, a pessoa com deficiência pode ter seu consentimento suprido, na forma da lei, para prática de atos específicos, mediante autorização judicial, quando demonstrada sua falta de discernimento para prática de atos da vida civil.

No caso dos autos, o agravante já interpusera Agravo de Instrumento objetivando medida idêntica, ocasião em que o julgamento foi convertido em diligência para apresentação de laudos médico e psiquiátrico circunstanciados, atestando o estado físico e mental do agravado.

Verificou-se, então, que o agravado é diabético e apresentava quadro de gangrena mista do membro inferior esquerdo, com indicação de amputação suprapatelar, bem como que se encontrava desorientado, com quadro demencial, além de não possuir discernimento suficiente para responder pelos próprios atos (pastas 71 e 79 do feito originário).

Conquanto se tenha indicado, naquela opor-

tunidade, a nomeação de curador provisório para fins de representação do agravado, mister ponderar a inadequação da curatela à medida requerida, tendo em conta a revisão do conceito de capacidade civil e dos institutos protetivos correlatos, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, não há indicação de patrimônio a zelar no interesse da pessoa com deficiência, mas requerimento de medida judicial voltada a garantir a saúde e a vida do agravado, o que extrapola os limites da curatela, tal como definida no novo regime de incapacidades.

A respeito do tema, o seguinte precedente deste Tribunal:

“Apelação Cível. Curatela. Apelo da Defensoria Pública para que seja excluída da sentença a obrigatoriedade de adoção do regime de separação total de bens caso venha o curatelado a se casar. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A curatela é o atual instituto civil protetivo afastado o termo interdição na interpretação conforme. Curatela para atos negociais e patrimoniais não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, enfim os atos existenciais. Lei nº 13.146, de 06/07/2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, mudou radicalmente a consideração sobre a capacidade civil. A prova pericial sequer deve mencionar condições sobre exercício de capacidade de vida pessoal, mas somente no que diz respeito a administração negocial ou patrimonial. Dignidade e valor humano para fazer escolhas existenciais próprias. Relatório do Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência que parabeniza o Brasil pelas realizações quanto ao *status* constitucional da Convenção e avanços nos direitos e medidas tomadas.

O Poder Judiciário deve aderir integralmente a esta compreensão e assegurar todas as medidas e salvaguardas apropriadas e efetivas. Apelo cuidadoso e atencioso da Defensora Pública que merece elogios em sua preocupação com direitos humanos e liberdades das pessoas com deficiência. Situação específica de casamento que não está ocorrendo, mas se ocorrer deverá ser analisada pela curadora nomeada caso afete patrimônio que não foi sequer declarado levando ao entendimento de que constou na sentença a determinação por equívoco material. dado provimento ao recurso” (AP nº 0001558- 35.2016.8.19.0036, 24ª Câmara Cível, Rel. Des. Jds. MARIA AGLAÉ TEDESCO VILARDO, Julgamento em 22/01/2017).

Por sua vez, o Código de Ética médica delega ao paciente, ou seu representante legal, o consentimento para realização do procedimento cabível, sendo vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte, na forma dos artigos 22 e 31, daquele diploma.

Malgrado os laudos médicos das pastas 17 e 71, do feito originário, indicassem a falta de risco iminente de morte, atestaram que o membro inferior do agravado apresentava gangrena mista irreversível até o joelho, com áreas de necrose, havendo indicação de amputação, com risco de sepse e óbito em caso de agravamento do quadro clínico.

A urgência da medida era, pois, evidente, dado o risco de evolução do quadro para infecção generalizada e óbito, a autorizar o suprimento do consentimento do paciente por seu representante legal, diante da impossibilidade de manifestação livre e consciente da própria vontade.

Registre-se que as amputações estão asso-

ciadas a um maior risco de óbito nos pacientes diabéticos, o que reforça a necessidade de pronta intervenção, como se extrai das Diretrizes da Sociedade Brasileira de Diabetes:

“Um paciente capaz de caminhar sem queixas e que tenha pelo menos um dos pulsos podais facilmente palpáveis torna improvável a doença isquêmica clinicamente significativa e permite, portanto, uma intervenção mais simples e imediata, em geral no próprio local do atendimento inicial. Ao contrário, lesões predominantemente isquêmicas necessitam abordagens mais complexas, nem sempre disponíveis em hospitais gerais de pronto-atendimento, devendo ser encaminhadas para centros de referência em cirurgia vascular para revascularização do membro. Apenas um esforço mantido e coordenado é capaz de reduzir as amputações de diabéticos nas emergências, que, além de serem limitantes para os pacientes, têm sido associadas a maior risco de evolução para óbito” (disponível em <https://www.diabetes.org.br/profissionais/images/docs/DIRETRIZES-SBD-2015-2016.pdf>, pasta 178).

Saliente-se que o petítório da pasta 61 noticia que o agravado já foi submetido à intervenção cirúrgica, obteve alta e se recupera junto aos seus familiares, razão pela qual foi afastado o risco de vida do paciente.

Dessarte, era inequívoca a probabilidade do direito invocado e, ainda, a presença o risco de dano grave e de difícil reparação, a impor o provimento do recurso, a fim de confirmar a tutela recursal, nos termos em que foi deferida.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, na forma do dispositivo.

RIO DE JANEIRO, 21 DE OUTUBRO DE 2020.

DES. CARLOS EDUARDO DA FONSECA PASSOS
RELATOR

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APROPRIAÇÃO INDÉBITA. QUALIFICADORA. PRESCRIÇÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. RÉU QUE ATUA FRAUDULENTAMENTE NO OFÍCIO DE CORRETOR. VENDA DE IMÓVEL. RECEBIMENTO DE SINAL DA COMPRA E VENDA. PREJUÍZO VULTOSO PERPETRADO CONTRA DIVERSAS VÍTIMAS. GANÂNCIA NA REALIZAÇÃO DA COMPRA DA CASA PRÓPRIA.

CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUALIFICADA. Artigo 168, III do Código Penal. Pleito defensivo que pretende preliminarmente, o reconhecimento da prescrição punitiva retroativa. Inocorrência. Havendo recurso ministerial, a prescrição se verifica pela pena máxima em abstrato, conforme disposição do art. 109, *caput*, do CP. Crime tipificado na denúncia (art. 168, § 1º, III) que comporta pena superior a 04 (quatro) anos, atraindo a norma do inciso III do mencionado art. 109 do CP. Materialidade e autoria plenamente comprovadas. Arcabouço probatório sólido e mais que suficiente para sustentar o decreto condenatório. Sentença que impôs ao réu pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão em regime semiaberto e 26 (vinte e seis) dias-multa por afronta ao art. 171, *caput*, do CP. Recurso ministerial que busca desclassificar a conduta, de estelionato para apropriação indébita qualificada. Assiste razão ao *parquet*. Como se verifica dos depoimentos prestados pelo dono do imóvel, o acusado atuou como corretor para a venda do imóvel e, embora sem autorização para isso, recebeu sinal de um interessado apropriando-se ilícitamente da quantia. No que tange à dosimetria da pena, mais uma vez com razão o *parquet*. Muito embora a presente ação penal tenha por base um único fato lesivo, é certo o grande número de golpes perpetrados pelo acusado, sendo vultoso o prejuízo sofrido pelas diversas vítimas. Além disso, mesmo que se considere apenas a vantagem ilícita obtida com o caso

dos autos, o valor de R\$ 30.000,00 há cinco anos atrás, não pode ser tido como irrelevante. As consequências dos atos praticados pelo acusado não podem ser consideradas como normais ao tipo. Por pura ganância, afetou talvez irreversivelmente o sonho da casa própria que a vítima e sua mulher pretendiam concretizar, e isso pode e deve ser levado em conta na dosimetria da pena. Reforma da sentença para condenar o réu por afronta ao art. 168, III do CP, fixando-se a pena definitiva em 08 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 80 dias-multa, valor unitário mínimo. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL E DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0000297-56.2015.8.19.0202, em que são Apelantes o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Julio Cesar de Paula e Apelados Os Mesmos.

Acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso ministerial e negar provimento ao apelo defensivo, na forma do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público e pela defesa de Julio Cesar de Paula, inconformados com a r. sentença de f. 253/256, que julgou procedente em parte a pretensão punitiva estatal, condenando o réu à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 26 (vinte e seis) dias-multa, no valor mínimo vigente, pela prática do crime previsto no artigo 171, *caput*, do Código Penal.

Recurso interposto pelo *parquet* a f. 257/266, onde busca desclassificar a conduta delituosa para o crime de apropriação indébita qualificada, prevista no art. 168, § 1º, III do CP, bem como a

exasperação da pena base ante a presença das circunstâncias do art. 59 do mesmo diploma legal.

A defesa técnica do apelante apresentou razões a f. 275/286, pretendendo preliminarmente o reconhecimento da prescrição punitiva retroativa e, no mérito, a redução da pena base e a determinação de regime prisional menos gravoso.

Contrarrazões defensivas a f. 287/298, pugnando pelo desprovimento do recurso ministerial.

Contrarrazões do Ministério Público a f. 310/311v, pelo desprovimento do apelo da defesa.

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça, a f. 414/428, opinando no sentido do parcial provimento do recurso ministerial e desprovimento do recurso defensivo.

VOTO

A preliminar de prescrição retroativa deve ser rejeitada.

Havendo recurso ministerial, a prescrição se verifica pela pena máxima em abstrato, conforme disposição do art. 109, *caput*, do CP. Crime tipificado na denúncia (art. 168, § 1º, III) que comporta pena superior a 04 (quatro) anos, atraindo a norma do inciso III do mencionado art. 109 do CP.

Positivamente, a pena máxima prevista para o crime de apropriação indébita é de 04 (quatro) anos de reclusão, podendo ser acrescida de 1/3 em razão do inciso III do § 1º daquele mesmo dispositivo legal.

Além disso, mesmo que não se proceda à desclassificação, a pena máxima prevista para o delito de estelionato é de 5 (cinco) anos.

Em qualquer caso, a prescrição somente poderia ser reconhecida após o decurso de 12 anos, o que não ocorre na espécie.

Inicialmente é bom que se registre que a materialidade e autoria do crime restaram plena e satisfatoriamente comprovadas. O arcabouço probatório é sólido e mais que suficiente para sustentar o decreto condenatório. Não há, portanto, que se falar em absolvição.

Descabida, também, a nosso sentir, a desclassificação feita pelo sentenciante monocrático para Estelionato. O que diferencia a Apropriação Indébita desse outro tipo penal é, principalmente, o momento em que se configura o dolo lesivo.

Os delitos em questão – estelionato e apropriação indébita – podem ser diferenciados em razão do dolo do agente. No estelionato, este está presente desde o início de sua conduta, isto é, o dolo existe desde o início da ação delituosa. Na apropriação indébita por sua vez, o dolo é subsequente, determinando a inversão da natureza da posse. Tratado de Direito Penal – CEZAR ROBERTO BITENCOURT.

Na hipótese, como bem se verifica dos depoimentos prestados pelo dono do imóvel, o acusado recebeu autorização para atuar como corretor de imóveis com o objetivo de buscar interessados na compra de seu apartamento, muito embora não tivesse procuração do proprietário para assinar a venda em seu nome. O réu efetivamente mostrou o imóvel a dois interessados, sendo um deles a vítima neste processo, mas após receber o dinheiro do sinal não entrou em contato com o proprietário, mas simplesmente embolsou a quantia.

Assim, resta evidente que o dolo foi subsequente ao ato da entrega do dinheiro, tendo o réu induzido a vítima a erro.

Basta uma simples consulta à folha de antecedentes acostada aos autos para se ter a certeza de que o acusado é um estelionatário contumaz.

Cabe, ainda, apreciar o recurso interposto pelo Ministério Público, no que diz respeito à dosimetria da pena.

A nosso sentir, nesse aspecto, assiste razão ao *parquet*.

A sentença, corretamente, fixou a pena base acima do mínimo legal, reconhecendo ser o acusado detentor de conduta social reprovável, tendo

em vista a comprovação dos diversos golpes perpetrados por ele no mercado.

Porém, esqueceu-se o julgador de aquilatar as demais circunstâncias elencadas no art. 59 do CP, em especial as relativas às consequências e motivos que envolveram a fraude.

Positivamente, o prejuízo causado pelo ora primeiro apelado, se conjuntamente considerado, é exorbitante.

Porém, ainda que nos atenhamos aos fatos aqui tratados, verifica-se que a vítima sofreu um prejuízo da ordem de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), quantia que certamente representava a economia de uma vida para o lesado. Além disso, a compra da casa própria, especialmente para um casal recém-casado, se afigura como a realização de um sonho de estabilidade e segurança para a família. Tais circunstâncias podem e devem ser valoradas na dosimetria da pena.

A motivação que impele o ora segundo apelante à vida criminoso é também especialmente reprovável, restando evidente a ambição desmedida, numa busca incessante por riqueza, não se importando em prejudicar pessoas mais necessitadas.

Não há qualquer impedimento, também, para que se imponha um duplo agravamento da pena na fase intermediária, especialmente quando, como no caso, existem mais de uma condenação anterior caracterizadoras de reincidência específica, nos exatos termos da fundamentação adotada pelo sentenciante de piso.

Merece, pois, parcial reforma a sentença para, ainda na primeira fase, fixar a pena base no seu máximo, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa.

Na segunda fase, aplicam-se as três agravantes relativas à reincidência, para elevar a reprimenda intermediária em ½ (metade) para 06 (seis) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa.

Na terceira e última fase, impõe-se a apli-

cação da qualificadora do inciso III do referido artigo 168, do CP, aumentando-se a pena em 1/3 (um terço), fixando-se a punição final em 08 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 80 dias-multa, valor unitário mínimo.

A pena deve ser cumprida inicialmente no regime fechado, nos termos do disposto no artigo art. 33, § 2º, “a”, c/c § 3º, do CP, tendo em vista a reincidência.

Os demais argumentos suscitados pela defesa do acusado em sede recursal foram rechaçados, a contrário senso, nos fundamentos que acolheram o recurso ministerial, sendo despiçando repeti-los novamente aqui.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso ministerial para reformar a sentença nos termos acima preconizados, negando-se provimento ao apelo defensivo.

RIO DE JANEIRO, 09 DE JUNHO DE 2020.
DES. CELSO FERREIRA FILHO
RELATOR

DECISÃO DA VEP. RECURSO. PEDIDOS DE PRISÃO ALBERGUE E DOMICILIAR. RISCO DE CONTAMINAÇÃO DA COVID-19. INDEFERIMENTO. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CORONAVÍRUS NÃO SIGNIFICA RECURSO DE HABEAS CORPUS. AGRAVO IMPROVIDO.

Agravo de execução interposto pela Defesa. Recurso contra decisão da VEP que indeferiu pedidos de prisão albergue domiciliar e de saída temporária, ancorados nos riscos de contaminação ensejados pela pandemia da Covid-19. Mérito que se resolve em desfavor do agravante. Apenado, condenado pelo crime de estupro de vulnerável, que se encontra em cumprimento de regime fechado, com progressão para o regime semiaberto previsto para 08/08/2023. Penas privativas de liberdade que devem ser cumpridas de modo progressivo (LEP, art. 112), segundo a encampada política criminal que tem por escopo estimu-

lar a ressocialização e a regeneração do condenado, durante o cumprimento da sanção que lhe foi imposta. Processo de execução da pena que deve ser dinâmico, sempre sujeito às alterações em face da resposta do Apenado ao tratamento penitenciário. Trânsito em julgado da sentença condenatória que, gerando inversão da presunção de inocência para a certeza da culpa, reclama, como regra geral, o integral cumprimento da pena, à luz do princípio da efetividade da jurisdição penal, somente sendo excepcionado pelos estritos benefícios que concretamente reverenciam a diretriz da reintegração social do apenado (LEP, art. 1º). Instituto da prisão domiciliar que foi previsto para os penitentes que se encontram em regime prisional aberto (LEP, art. 117). Jurisprudência pátria que, no entanto, vem admitindo, em hipóteses excepcionais, a possibilidade de concessão do referido instituto aos apenados em regime de cumprimento fechado e semiaberto, desde que devidamente comprovado que o penitente se encontra acometido de patologia extremamente grave, incapaz de ser tratado na unidade prisional onde se encontra (STF). Hipótese dos autos na qual o Agravante ancorou sua pretensão em relatório médico, elaborado no ano de 2013, o qual atesta a inexistência de comorbidades e registra a concessão de alta hospitalar mediante estado de saúde “estável e assintomático”. Juízo da execução que ressaltou a inexistência, desde o início da execução, em 2017, de qualquer pleito relativo à saúde do apenado. Inexistência de comprovação dos requisitos para a excepcional concessão de prisão albergue domiciliar. Saída temporária que, nos termos do art. 124 da LEP, constitui benefício restrito aos apenados que cumprem pena em regime semiaberto. Inidoneidade do fundamento da pandemia do Covid-19 como pretexto para o acolhimento das pretensões

declinadas. Situação que retrata, ao invés, genuína hipótese de força maior, com energia justificante para prazos, rotinas e providências tomadas fora da estrita ortodoxia processual. Explosão pandêmica que expressa excepcionalidade universal e, como tal, não tende a reclamar improvisos oportunistas, de ocasião, tendentes a auferir dividendos pessoais reflexos, mas reclama, ao invés, uma postura responsável e contida, sem açodamentos libertários ou atitudes demagógicas, em alguns casos até mal-intencionadas. Reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, feito pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, que há de sofrer aplicação temperada à luz dessas novas circunstâncias de fato geradas pelo advento da pandemia. Necessidade de ponderação dos valores constitucionais, preservando-se, tanto quanto possível, os direitos básicos dos presos, mas sem se perder de vista a legítima e preponderante necessidade de afastá-los do convívio social, com o propósito de também salvaguardar os interesses maiores da sociedade, ciente de que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (CF, art. 144). Igual diretriz estabelecida pelo Pacto São José da Costa Rica (diploma supralegal, internalizado através da EC 45/04 – STF), o qual, no seu art. 32, dispõe que “toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade” e que “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”, ressaíndo daí que não existem direitos absolutos. Advertência do Min. LUIZ FUX do STF no sentido de que o “coronavírus não é *habeas corpus*”, pelo que “cada magistrado deve ter

em mente a seguinte percepção consequencialista: a liberação de presos de periculosidade real é moralmente indesejada, pela ânsia de conjuração da ideia de impunidade seletiva, e não pode tornar a dose das recomendações humanitárias um remédio que mate a sociedade e seus valores”. Orientação STJ também enfatizando que a pandemia que vivemos “não tem o condão de permitir a revogação de todas as prisões cautelares”. Agruras e mazelas do serviço penitenciário nacional que não surgiram a partir dessa pandemia e não retratam uma chaga isolada do Estado. Situação que, tal como se passa com os serviços públicos essenciais, sobretudo os de saúde do mundo externo, expressa a realidade possível do nosso País e, por diversas razões (incompetência, falta de recursos, má gestão, corrupção, etc), padecem de base estrutural para a prestação ideal dos serviços necessários, não se podendo focar apenas, sob uma ótica deturpada do garantismo, na situação particularizada dos custodiados transgressores, priorizando os direitos justamente daqueles que, em tese, esgarçam o tecido social e a convivência pacífica da vida em comunidade. Inconveniência material da postulação defensiva, já que, no momento em que se busca o isolamento social e o recolhimento pessoal, não faz sentido, de um lado, impor profundas restrições para toda a sociedade livre, ao mesmo tempo em que, de outro, se liberta para o convívio social, aumentando a circulabilidade das pessoas e o risco inerente de contaminação, indivíduos com nota de segregação social compulsória, de índole perigosa e presumidamente sem qualquer compromisso de acatamento das regras de convivência pública. Equivale dizer: “se o criminoso foi preso porque não respeita a lei, solto não se espere que vá respeitar a quarentena” (nota do FONAJUC), daí a perplexidade que se teria, a persistir a

situação de restrição e o prestígio da almejada solução liberatória: quem não cumprir a quarentena vai ser preso e custodiados serão libertados para evitar contaminação?! (cf. Portaria Interministerial MS-MJSP nº 05/20, art. 5º; Lei nº 13.979/20; CP, arts. 268 e 330). Risco reverso de se fomentar, pelo hipotético acatamento da avalanche de HCs (coletivos e individuais) ajuizados no âmbito dos Tribunais de todo o País, um cenário de profundo caos social e de segurança pública descontrolada, com o indevido retorno à vida comunitária de indivíduos acusados de crimes violentos, hediondos, reincidentes ou com traços de organização criminosa, apenas se atentando para uma situação de contágio ainda remoto, obviada justamente pela segregação compulsória imposta aos detentos. Conselho Nacional de Justiça que, através de mera recomendação administrativa (62/2020), traçou apenas diretrizes genéricas (e bem intencionadas) sobre questões de natureza processual penal, as quais, no geral, já se acham contempladas pela legislação de regência (CPP e LEP) e não subtraem, por óbvio, a competência prevalente da atividade jurisdicional que cada magistrado titulariza para impor a melhor solução jurídica, com força de lei (CF, art. 5º, XXXV; CPP, art. 503, c/c CPP, art. 3º), para o caso concreto. Recomendação nº 62/2020 que, no que tange à concessão de prisão domiciliar, em seu art. 5º, inciso III, não abrange os penitentes em regime fechado, os quais, nos termos do inciso IV, somente serão colocados em prisão domiciliar diante do diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, “mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal”. Julgamento plenário do STF, na ADPF 37/20, que, seguindo essa linha, derrubou a liminar inicialmente concedida pelo Min. MARCO AURÉ-

LIO, com a conclamação dos juízes para, observada a especificidade de cada caso, viabilizar a soltura de presos por conta do Covid-19. Suprema Corte que proclamou a inidoneidade de tal fundamento, sobretudo porque medidas para evitar a contaminação já foram tomadas pelos Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública, havendo, por igual, no âmbito do ERJ, providências igualmente relevantes e suficientes, a cargo dos seus Poderes constituídos. Administração penitenciária do ERJ que, através da Resolução Conjunta nº 736/20, das Secretarias de Saúde e do Sistema Penitenciário, juntamente com atos e esforços envidados pela Vara de Execuções Penais desta Corte, vêm tomando eficientes medidas de separação de casos suspeitos, de controle higiénico e sanitário, inclusive com previsão de deslocamento para unidades médicas de recepção dos detentos em situação de risco. Requerimento defensivo que, diante desse quadro, também não se fez acompanhar da indispensável prova pré-constituída, capaz de evidenciar, estreme de dúvidas, uma eventual impossibilidade de a SEAP gerir toda essa situação de aguda crise, expedindo ações preventivas ou mesmo protocolos remediadores em casos de contágio, sendo presumida a capacidade de prestar assistência médico-ambulatorial geral aos seus custodiados. Cenário exposto que não recomenda a expedição de contracautela ou imposição de medida de menor densidade jurídico-penal. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de execução penal nº 0280792-85.2019.8.19.0001, originário do MM. Juízo da Vara de Execuções Penais, em que é Agravante, Rodrigo Costa Cascardo, sendo Agravado, o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que compõem a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Versa a espécie sobre agravo de execução penal interposto por Rodrigo Costa Cascardo, através do seu patrono constituído, Dr. Anderson de Souza Reis (OAB/RJ 122.194), hostilizando decisão proferida pela MM. Dr^a. Juíza LARISSA MARIA NUNES BARROS NETO FRANKLIN (f. 04/11), em exercício na Vara de Execuções Penais, nos seguintes termos (f. 27/31):

“É o relatório. DECIDO.

Analisando os autos, verifico que o apenado cumpre pena privativa de liberdade de 10 anos e 6 meses, atualmente em regime fechado, pela prática do crime de estupro de vulnerável.

Após detida análise dos autos, verifico que não foram juntados elementos mínimos a demonstrar concretamente hipótese para concessão excepcional de prisão albergue domiciliar, considerando-se que ainda não foi preenchido o requisito objetivo para progressão do apenado ao regime semiaberto, e nem sequer houve apresentação de laudo médico a elucidar, de maneira concreta e especificada, alegados riscos à saúde do penitente relacionados ao cumprimento, em unidade prisional, nos termos da Lei Penal, da pena imposta como resposta devida ante as condutas delituosas perpetradas.

A propósito o relatório apresentado na seq. 8.3 data de 2013, ano em que cessaram as condutas criminosas praticadas contra a vítima, desde que esta tinha 7 anos de idade. Ainda assim, o referido relatório indica que o apenado teve alta em 19/12/2013,

sem referência a comorbidades, atestando que estava assintomático e em boas condições clínicas. Aliás, desde o início da execução, em 13/12/2017, não foi formulado qualquer pleito relativo à saúde do apenado nestes autos, nem veio qualquer indicativo sobre eventual necessidade de atendimento médico, sendo presumível a manutenção do seu bom estado clínico até o presente momento.

Segundo cálculos do sistema, o termo inicial da progressão ao regime semiaberto é apontado para 08/08/2023; do livramento condicional para 28/05/2026; e o término de pena está previsto para 26/11/2029.

Desse modo, denota-se que ainda não vieram aos autos elementos seguros para concessão do pedido neste momento, sendo certo que ainda não foram preenchidos os requisitos objetivos para benefícios inscritos no sistema progressivo de cumprimento da pena, cabendo as partes instruí-los, ensejando sua apreciação e possível concessão sem riscos à ordem pública em razão de eventual descumprimento da execução penal. Senão vejamos.

A hipótese suscitada pela defesa ao aduzir seu pedido de prisão domiciliar deixou de se cristalizar em elementos probatórios acerca da imprescindibilidade neste momento do recolhimento domiciliar, não havendo indicativos de que o apenado esteja acometido por eventuais patologias que o tenham deixado extremamente debilitado, ou que não possam ser tratadas mediante o aparato do sistema prisional e do sistema público de saúde, em caso de necessidade de atendimento médico ou internação hospitalar.

Nessa direção, a concessão indiscriminada de prisão domiciliar a apenados que

cumpram suas penas em regime fechado e semiaberto, sem prazo ou requisito subjetivo para benefícios, e sem qualquer comprovação concreta de riscos ou vulneração à saúde do penitente, revela-se em patente dissonância com os princípios e os objetivos da execução penal, havendo de ser preservada a ordem pública, a segurança da sociedade e os bens jurídicos tutelados.

Além disso, já foram adotadas medidas pela Vara de Execuções Penais visando a reduzir o risco do novo coronavírus no sistema prisional, como a autorização para que os apenados beneficiados com as saídas temporárias de visita à família e trabalho externo possam permanecer em suas residências por um período de 30 dias, bem como a concessão de prisão albergue domiciliar a todos os apenados que cumprem pena em regime aberto, com a finalidade de evitar a entrada e saída de pessoas das unidades prisionais, reduzindo os riscos de circulação de possíveis infectados, a fim de proteger a saúde das pessoas atualmente encarceradas, em especial os que se enquadram nos grupos de risco (<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-visualizar-conteudo/5111210/7098638>).

No mais, foi editada a Portaria Interministerial nº 07, de 16 de março de 2020, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do Sistema Prisional, não havendo recomendação específica para liberação das pessoas encarceradas, ainda que sujeitas a prisão domiciliar. Ao contrário, foi determinado que as pessoas custodiadas e incluídas no grupo de risco da COVID-19 devem ter sua saúde monitorada de forma prioritária, e, nos ca-

sos de eventual diagnóstico da doença, proceder com o isolamento do interno, e em caso mais gravoso, o devido encaminhamento do interno para o Hospital de Referência (http://www.lexeditora.com.br/legis_27991298_PORTARIA_INTERMINISTERIAL_N_7_DE_18_DE_MARCO_DE_2020.aspx).

Elencado no parágrafo 3º do art. 2º, constam as pessoas que devem ter prioridade na identificação de casos suspeitos e monitoramento de seu estado pelos profissionais de saúde das unidades prisionais, quais sejam:

1. pessoas maiores de 60 anos;
2. portadores de doenças crônicas ou respiratórias como pneumonia, tuberculose, cardiopatologia, nefropatia, hepatopatia, doença hematológica, distúrbio metabólico (incluindo *diabetes mellitus*), transtorno neurológico que possa afetar a função respiratória, imunossupressão associada a medicamentos, como neoplasia, HIV/Aids e outros;
3. pessoas com obesidade; gestantes;
4. e puérperas até 2 semanas após o parto.

Reitere-se que em momento nenhum a referida portaria prevê a necessidade do desencarceramento como medida de salvaguarda à saúde do grupo mais vulnerável. Ao revés, tal portaria determina o isolamento dos casos suspeitos e confirmados de COVID-19 e encaminhamento para o hospital de referência nos casos graves (Síndrome Respiratória Aguda – SRAG).

Por outro viés, a Recomendação nº 62 do CNJ ao alinhar as medidas a serem adotadas pelos Juízos com competência em

execução penal não inclui a concessão de PAD àqueles que compõem o grupo de risco da COVID-19 se estes estiverem em regime fechado. E mesmo nas hipóteses do regime semiaberto, a possibilidade de concessão de PAD (inciso III do art. 5) expressamente vincula a adoção dessas medidas ao contexto local de disseminação do vírus visando a redução dos riscos epidemiológicos.

Com a finalidade de atender a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, foram tomadas outras providências administrativas necessárias para prevenir a propagação do vírus no sistema carcerário deste Estado e reduzir os riscos epidemiológicos e o avanço da doença, seja por meio de medidas de prevenção e controle de infecção pelo COVID-19, seja por meio da atuação do Estado, com a orientação dos profissionais que atuam nas Unidades Prisionais, para que sejam adotados os cuidados necessários para minimizar o risco da disseminação do vírus.

Importante assinalar que até mesmo nos casos de diagnóstico suspeito ou confirmado de COVID-19, o aludido ato do CNJ não recomenda a concessão de PAD, mas apenas se inexistir local adequado para o isolamento na unidade prisional.

Ainda, deve ser destacado que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou entendendo que as medidas para evitar a contaminação de presos foram tomadas pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, além do próprio Conselho Nacional de Justiça, de modo que não ocasionasse a soltura indiscriminada das pessoas atualmente encarceradas em todo o País.

Enfrentando o tema, o Plenário do STF já rechaçou a necessidade da concessão de

PAD àqueles que integram o grupo de risco do COVID-19, INDEFERINDO a medida cautelar no pedido de tutela incidental à ADPF 347, antes acolhida pelo Min. Relator MARCO AURÉLIO DE MELLO.

Frise-se ainda que a prisão domiciliar prevista no artigo 117, da LEP aplica-se a apenados que estejam regularmente no regime aberto, e não no fechado, como é o caso dos autos.

Poder-se-ia vislumbrar sua excepcional incidência, por princípios humanitários, construção doutrinária e jurisprudencial, a hipóteses diversas, em que houvesse parecer médico oficial, atestando quadro de saúde cujo tratamento fosse impossível no âmbito prisional, especialmente diante da circunstância do novo coronavírus (COVID-19). No entanto, diversas medidas preventivas foram diligentemente adotadas, como acima demonstrado, sendo certo que a Defesa não logrou êxito em comprovar o extremo e debilitado quadro de saúde do apenado.

Dessa maneira, a ponderação entre os princípios norteadores da execução penal, como a legalidade e a inderrogabilidade, não admite a pretensão defensiva no presente caso, sob risco de proteção insuficiente aos bens jurídicos vulnerados.

Nessa mesma perspectiva, colaciono julgados TJRJ e do STF:

“*HABEAS CORPUS*. Execução Penal. Paciente idoso com problemas de saúde. Transferência para hospital de referência. Prisão domiciliar. 1 – O Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro dispõe de instrumentos para que o paciente receba todo o cuidado necessário, tendo sido, no caso, determinada a expedição de ofício à coordenação da SEAP, a fim de dis-

ponibilizar o imediato atendimento médico a ele, bem como a realização de todos os exames necessários ao diagnóstico e tratamento de eventuais problemas de saúde, estando o paciente realizando os exames pré-operatórios, faltando, assim, amparo ao acolhimento de pleito de transferência para hospital de referência. 2 – A Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de concessão de prisão albergue domiciliar a condenados em regime aberto (art. 117, incisos I e II), estando o ora paciente cumprindo pena em regime fechado, pelo que não faz jus ao referido benefício. Além disso, como bem ressaltado pela d. Procuradoria de Justiça em seu Parecer, ainda que a “unidade prisional não disponha de recursos para receber o apenado no pós-operatório, considerando que todas as suas necessidades atuais estão sendo atendidas e que ainda não há data marcada para a operação, não há que se falar em constrangimento ilegal, sendo desnecessária concessão de prisão albergue domiciliar.” ORDEM DENEGADA.” (*HABEAS CORPUS*: 0050874- 28.2016.8.19.0000 – Des (a). KÁTIA MARIA AMARAL JANGUTA – Julgamento: 06/12/2016 – Segunda Câmara Criminal).

“Somente em casos excepcionais, mesmo na hipótese de ter sido estabelecido o regime fechado para o cumprimento da pena, é possível o deferimento da prisão domiciliar, quando demonstrada, de plano, a necessidade de especial tratamento de saúde que não poderia ser suprido no local em que o condenado se encontra preso” (STJ, HC nº 17.429-PR, 5ª T., Rel. Min. GILSON DIPP, j. 15/08/2002, v.u. RT 809/536).

“Moléstia grave não garante, por si só, o direito à prisão domiciliar ao condenado ao regime fechado, se não preenchidos os

demais requisitos necessários à concessão do benefício. Se o recorrente deixa de trazer aos autos prova incontroversa de que depende de tratamento médico que não pode ser administrado nos locais e horários admitidos pela autoridade responsável, deve ser negado o benefício da prisão domiciliar” (STJ, RO em HC nº 12.123- MG, 5ª T., Rel. Min. EDSON VIDIGAL, j. 18/12/2001, DJU 25/02/2002, v.u., RT 799/541).”

Afora o já explicitado, impõe-se que a patologia que eventualmente acometa o apenado ocasione intenso comprometimento físico e seja extremamente grave, incapaz de ser tratada na própria unidade prisional, o que não se afigura na hipótese vertente.

No caso em comento, não consta dos autos laudo ou declaração médica informando estar o apenado com a saúde frágil a ponto de tornar-se necessária a medida pretendida, nem mesmo com sintomas da COVID-19.

Diante de todo o exposto acolho o parecer do Ministério Público e INDEFIRO o pedido de prisão domiciliar ante a ausência dos seus requisitos legais, não tendo sido apresentados elementos a demonstrar a necessidade médica da medida excepcional.

Sem prejuízo, fica consignado que o pleito pode ser reapreciado caso seja apresentado laudo ou declaração médica informando sintomas, suspeita ou confirmação da COVID-19, internação hospitalar ou eventual patologia que implique riscos graves e concretos à saúde do apenado, impassível de tratamento do sistema prisional.

Ciência às partes.

RIO DE JANEIRO, 27 DE MAIO DE 2020.
LARISSA MARIA NUNES BARROS FRANKLIN DUARTE
JUÍZA DE DIREITO

A pretensão recursal pleiteia a concessão de prisão albergue domiciliar e, subsidiariamente, a concessão de autorização de saída temporária por 07 (sete) dias, com renovação automática por 04 (quatro) vezes, na forma do art. 124 da LEP, em razão dos riscos de contaminação ensejados pela pandemia do Covid-19 (f. 04/11).

Por sua vez, prestigiando a decisão recorrida, o Agravado se pronunciou em contrarrazões, pugnando, em síntese, pela manutenção do julgado (f. 40/42).

Em sede de juízo de retratação, a decisão agravada foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 43).

Por fim, a Douta Procuradoria de Justiça, através de manifestação da Doutora ELIZABETH CARNEIRO DE LIMA, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 49/52).

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhecimento do recurso interposto.

No mérito, balizado o *thema decidendum*, tenho que a pretensão recursal não merece prosperar.

É sabido que, segundo os postulados inscritos na Lei de Execuções Penais, as penas privativas de liberdade devem ser cumpridas de modo progressivo (LEP, art. 112), segundo a encampada política criminal que tem por escopo estimular a ressocialização e a regeneração do condenado, durante o cumprimento da sanção que lhe foi imposta (LEP, art. 36; TJERJ, Rel. Des. MARCUS BASÍLIO, 1ª C. Crim., Ag. E 51788-34/2012, julg. em 24/09/2012).

Mas, se de um lado isso é verdadeiro, de outro repousa a certeza de que, mesmo em face da finalidade da pena, “o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações ditadas pela resposta do condenado ao tratamento penitenciário”. Por isso que, “ao dirigir a execução para a forma progressiva, estabelece o art. 112 a progressão, ou seja, a transferência

do condenado de regime mais rigoroso a outro menos rigoroso quando demonstrada condições de adaptação ao mais suave” (MIRABETE, **Execução...**, Atlas, 11^a Ed., p. 387).

É de se registrar, porém, que, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, com a inversão da presunção de inocência para a certeza da culpa (cf. STF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 1^a T., HC n^o 68.437/DF, julg. em 19/02/1991), o integral cumprimento da pena passa a ser a regra geral de interpretação, à luz do princípio da efetividade da jurisdição penal, somente sendo excepcionado pelos estritos benefícios que concretamente reverenciam a diretriz da reintegração social do apenado (LEP, art. 1^o; TJERJ, Rel. Des. CARLOS EDUARDO ROBOREDO, 3^a C. Crim., Ag. E 25115-33.2014, julg. em 26/08/2014).

De acordo com o art. 117 da LEP, a prisão domiciliar somente poderá ser concedida aos penitentes em regime prisional aberto, todavia, “a jurisprudência e doutrina pátrias admitem a prisão albergue domiciliar para apenados em regime de cumprimento da pena fechado ou semiaberto em hipóteses excepcionais, desde que devidamente comprovada a impossibilidade de tratamento no local onde o preso se encontra acautelado... Ademais, impõe-se que a patologia que acomete o apenado ocasione intenso comprometimento físico e seja extremamente grave, incapaz de ser tratada na própria unidade prisional onde o apenado se encontra” (Rcl. n^o 41.489/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, jul. 09/06/2020)

Na espécie, o Agravante foi condenado à pena total de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, pela prática do crime de estupro de vulnerável, encontrando-se, no cumprimento em regime fechado, com progressão para o regime semiaberto prevista para 08/08/2023, livramento condicional previsto para 28/05/2026 e término da pena previsto para 26/11/2029.

Seu pedido de prisão domiciliar encontra-se instruído com relatório médico, datado em 2013, que registra a ausência de comorbidades e a concessão de alta hospitalar diante de um quadro de saúde estável e assintomático apresentado pelo penitente (f. 25), valendo destacar que, de acordo com o Juízo impetrado, “desde o início da execução, em 13/12/2017, não foi formulado qualquer pleito relativo a saúde do apenado nestes autos, nem veio qualquer indicativo sobre eventual necessidade de atendimento médico, sendo presumível a manutenção do seu bom estado clínico até o presente momento”.

Nesse passo, verifica-se que não foram acostados aos autos elementos mínimos capazes de demonstrar a imprescindibilidade do recolhimento domiciliar em caráter excepcional, não havendo qualquer comprovação acerca do preenchimento dos requisitos para sua concessão, isto é, a comprovação de que o Agravante se encontra com a saúde extremamente debilitada e que sua patologia não pode ser tratada na unidade prisional onde se encontra.

Tampouco merece prosperar o pedido subsidiário de concessão de saída temporária, instituto que se acha regrado pelos arts. 122 e segs. da Lei de Execução Penal, por ser benefício restrito aos condenados que cumprem pena em regime semiaberto (LEP, art. 122), o qual o Agravante ainda não faz jus.

Por derradeiro, não se afigura viável o argumento da pandemia do Covid-19 como pretexto para a acolhida das pretensões declinadas.

A situação presente expressa grande excepcionalidade universal e, como tal, não tende a reclamar improvisos oportunistas, de ocasião, tendentes a auferir dividendos pessoais reflexos, mas reclama, ao invés, uma postura responsável e contida, sem açodamentos libertários ou atitudes demagógicas, em alguns casos até mal-intencionadas.

Na verdade, essa impressionante explosão pandêmica retrata, na verdade, genuína hipótese

de força maior, com energia justificante para prazos, rotinas e providências tomadas fora da estrita ortodoxia processual.

Até mesmo o chamado reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, feito pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, tende a sofrer aplicação temperada, à luz dessas novas circunstâncias fáticas geradas pelo advento da pandemia.

No contexto das garantias constitucionais, subsiste a necessidade de ponderação dos seus valores essenciais, preservando-se, tanto quanto possível, os direitos básicos dos presos, mas sem se descurar da legítima e preponderante necessidade de afastá-los do convívio social, com o propósito de também salvaguardar os interesses maiores da sociedade, ciente de que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (CF, art. 144).

Outrossim, vale pontuar que o art. 32 do Pacto São José da Costa Rica (Decreto nº 678/92, norma supralegal internalizada pela EC 45/04 – cf. STF-RE 349703) igualmente dispõe que “toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade” e que “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”. Em outras palavras, como bem destaca o Prof. VLAMIR COSTA, “não há direitos absolutos, eis que, do contrário, permitir-se-ia a perversão da própria ideia de liberdade” (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/medidas-estataiscoercitivas-e-pandemia-28042020>).

A propósito, bem advertiu o Ministro LUIZ FUX do Supremo Tribunal Federal que “coronavírus não é *habeas corpus*”, pelo que “cada magistrado deve ter em mente a seguinte percepção consequencialista: a liberação de presos de periculosidade real é moralmente indesejada,

pela ânsia de conjuração da ideia de impunidade seletiva, e não pode tornar a dose das recomendações humanitárias um remédio que mate a sociedade e seus valores” (<http://www.conjur.com.br/2020-abr-10/juiz-sensibilidade-cautelaconsequencias-fux>).

As agruras e mazelas do serviço penitenciário nacional não surgiram a partir dessa pandemia e não retratam uma chaga isolada do Estado. Tal como os serviços públicos essenciais, sobretudo os de saúde do mundo externo, esse conjunto expressa a realidade possível do nosso País, a qual, por diversas razões (incompetência, falta de recursos, má gestão, corrupção, etc), padecem de base estrutural para a prestação ideal dos serviços necessários, não se podendo focar apenas, sob uma ótica deturpada do garantismo, na situação particularizada dos custodiados transgressores, priorizando os direitos justamente daqueles que, em tese, esgarçam o tecido social e a convivência pacífica da vida em comunidade.

No momento em que se busca o isolamento social e o recolhimento pessoal, não faz sentido, de um lado, impor profundas restrições para toda a sociedade livre, ao mesmo tempo em que, de outro, se liberta para o convívio social, aumentando a circulabilidade das pessoas e o risco inerente de contaminação, indivíduos com nota de segregação social compulsória, de índole perigosa e presumidamente sem qualquer compromisso de acatamento das regras de convivência pública. Em outras palavras, “se o criminoso foi preso porque não respeita a lei, solto não se espere que vá respeitar a quarentena” (nota do FONAJUC). Daí a perplexidade que se teria, a persistir essa situação de restrição e o prestígio da almejada solução liberatória: quem não cumprir a quarentena vai ser preso e custodiados serão libertados para evitar contaminação?! (cf. Portaria Interministerial MS-MJSP nº 05/20, art. 5º; Lei nº 13979/20; CP, arts. 268 e 330).

Nessa linha, subsiste concreto risco reverso de se fomentar, pelo hipotético acatamento da avalanche de HCs (coletivos e individuais) ajuizados no âmbito dos Tribunais de todo o País, um cenário de profundo caos social e de segurança pública descontrolada, com o indevido retorno à vida comunitária de indivíduos acusados de crimes violentos, hediondos, reincidentes ou com traços de organização criminosa, apenas se atentando para uma situação de contágio ainda remoto, obviada justamente pela segregação compulsória imposta aos detentos.

Vale ainda destacar que, segundo recente parecer do D. Grupo de Trabalho Covid-19 nº 01/20, do Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (<https://cremers.org.br/wp-content/uploads/2020/04/27.03.2020-Parecer-Te%CC%81cnico-Cremers-Consulta-M-P-sobre-presos-e-Covid-19.pdf>), o isolamento dos presos no próprio sistema prisional tende a constituir, em linha de princípio, a medida mais profícua de prevenção do contágio entre os recolhidos, sobretudo quando há supervisão estatal que avalia e controla esse segmento, sob a perspectiva, mais ampla, do cenário social.

O Conselho Nacional de Justiça, através de mera recomendação administrativa (62/2020), traçou apenas diretrizes genéricas (e bem intencionadas) sobre questões de natureza processual penal, as quais, no geral, já se acham contempladas pela legislação de regência (CPP e LEP) e não subtraem, por óbvio, a competência prevalente da atividade jurisdicional que cada magistrado titulariza para impor a melhor solução jurídica, com força de lei (CF, art. 5º, XXXV; CPP, art. 503, c/c CPP, art. 3º), para o caso concreto.

Destaco que a Recomendação nº 62/2020, no que tange à concessão de prisão domiciliar, em seu art. 5º, inciso III, não abrange os penitentes em regime fechado, os quais, nos termos do inciso IV, somente serão colocados em prisão domiciliar diante do diagnóstico suspeito ou

confirmado de Covid-19, “mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal”.

Seguindo essa diretriz, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento plenário da ADPF 347/20, derrubou a liminar inicialmente concedida pelo Min. MARCO AURÉLIO (que exibiu uma espécie de conclamação dos juízes para, observada a especificidade de cada caso, viabilizar a soltura de presos por conta do Covid-19), proclamando a inidoneidade de tal fundamento, sobretudo porque medidas para evitar de controle já haviam sido tomadas pelos Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública, havendo, por igual, no âmbito do ERJ, providências igualmente relevantes e suficientes, a cargo dos seus Poderes constituídos.

Sobre o tema, mais uma vez o Ministro LUIZ FUX do STF enumera “a conjugação de três critérios para a liberação excepcional de presos: obediência à legislação penal e processual, que se sobrepõem à Recomendação nº 62; análise das consequências da libertação do preso quanto à segurança pública e as restrições de circulação; e possibilidade de isolamento de presos dentro do próprio sistema carcerário” (<http://www.conjur.com.br/2020-abr-10/juiz-sensibilidade-cautelaconsequencias-fux>).

Por sua vez, bem enaltece o Superior Tribunal de Justiça que “o grave momento que estamos vivendo, diante da declaração pública da situação de pandemia pelo novo coronavírus, no dia 30 de janeiro de 2020, pela Organização Mundial de Saúde, requer a adoção de medidas preventivas de saúde pública para evitar a sua propagação”. Todavia, expede advertência, sublinhando que “essa relevante circunstância não tem o condão de permitir a revogação de todas as prisões” (STJ, Rel. Min. REYNALDO DA FONSECA, 5ª T., julg. em 05/05/2020).

Nessa linha, tem-se que a administração penitenciária do ERJ, através da Resolução Con-

junta nº 736/20, das Secretarias de Saúde e do Sistema Penitenciário, juntamente com atos e esforços envidados pela Vara de Execuções Penais desta Corte, vem tomando eficientes medidas de separação de casos suspeitos, de controle higiênico e sanitário, inclusive com previsão de deslocamento para unidades médicas de recepção dos detentos em situação de risco.

Não foi por acaso que o requerimento defensivo não se fez acompanhar da indispensável prova pré-constituída capaz de evidenciar, estreme de dúvidas, uma eventual impossibilidade de a SEAP gerir toda essa situação de aguda crise, expedindo ações preventivas ou mesmo protocolos remediadores em casos de contágio, sendo presumida a capacidade de prestar assistência médico-ambulatorial geral aos seus custodiados.

Assim, diante de todo esse cenário, positivada a necessidade da segregação cautelar do Paciente, com indicação de sua contenção nas dependências prisionais em que se encontra, não visualizo, *si et in quantum*, razão para a expedição de contracautela ou imposição de medida de menor densidade jurídico-penal.

Conforme destacado pela instância de base, cujos fundamentos encampo pelo método da motivação *per relationem* (STF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª T., RE nº 217.047 ED-AgR-Ed/SP, julg. em 28/05/2013), “entender se diferentemente, seria beneficiar o Réu pela própria torpeza, pois evadido do sistema, além de ter praticado falta grave, não teria nenhuma sanção imposta contra si enquanto não fosse localizado.”

CONCLUSÃO

Por todos esses fundamentos, dirijo meu voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso, mantendo hígida a r. decisão recorrida.

RIO DE JANEIRO, 22 DE SETEMBRO DE 2020.

DES. CARLOS EDUARDO ROBOREDO

RELATOR

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO ATIVA. RECURSO DEFENSIVO. RECORRENTE PRIMÁRIO. BONS ANTECEDENTES. MODALIDADE PRIVILEGIADA. SUBSTITUIÇÃO DO SALDO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA ALTERNATIVA.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO ATIVA. PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O EMBARGANTE SE DEDICASSE A ATIVIDADES CRIMINOSAS OU INTEGRASSE ORGANIZAÇÃO PARA TAL FIM. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO PARA RECONHECER O TRÁFICO PRIVILEGIADO, REDUZINDO-SE AS PENAS NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) E, COM ISSO, FIXAR O REGIME ABERTO E SUBSTITUIR O SALDO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA DE NATUREZA ALTERNATIVA. O recorrente é primário, portador de bons antecedentes e foi preso com 42g (quarenta e dois gramas) de maconha e 30g (trinta gramas) de cocaína, quantidade que, embora não seja insignificante, não é tão expressiva e nenhum dos policiais forneceu qualquer dado objetivo e lógico de que o embargante se dedicasse à atividade criminosa ou integrasse organização para aquele fim. Aliás, um deles disse que já havia abordado o recorrente, mas nada de ilegal encontrou com ele na oportunidade, e o outro sequer o conhecia. Recurso conhecido e provido com o reconhecimento da modalidade privilegiada e substituição do saldo da pena privativa de liberdade por pena alternativa e expedição de alvará de soltura.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0069774-90.2015.8.19.0001, em que é Recorrente Naum Felipe Lopes Oliveira de Azevedo, sendo Recorrido o Ministério Público,

Acordam os Desembargadores da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro conhecer o recurso e dar-lhe provimento, por unanimidade e conforme o voto do relator, para fazer prevalecer o voto divergente originário e reconhecer o tráfico privilegiado e reduzidas as penas de 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, que, somadas às penas do delito de corrupção ativa, chegam a 03 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão em regime aberto e a 176 (cento e setenta e seis) dias-multa no valor unitário mínimo, substituído saldo da totalidade da privativa de liberdade por uma pena alternativa a ser definida em execução, expedindo-se alvará a soltura do recorrente, se não estiver preso por outro motivo.

VOTO

Conforme a r. sentença de pasta 136, Naum Felipe Lopes Oliveira de Azevedo foi condenado por violação ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e no art. 333, *caput*, na forma do art. 69, do Código Penal a 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, pelo primeiro crime, e a 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pelo segundo, que, cumuladas, resultaram em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão no regime fechado e 353 (trezentos e cinquenta e três) dias-multa no valor unitário mínimo.

As partes apelaram, pastas 154, Ministério Público, e 179, Naum.

Os recursos foram julgados pela Egrégia Segunda Câmara Criminal deste Tribunal que, por maioria, deu parcial provimento ao do Ministério Público, para cassar a redução das penas em virtude do reconhecimento do tráfico privilegiado e, quanto ao defensivo, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, pastas 231 e 234.

O voto minoritário foi do eminente Desembargador PAULO DE TARSO NEVES, que negava

provimento ao recurso do Ministério Público e dava parcial provimento ao defensivo, para aplicar a redução máxima pelo tráfico privilegiado e para fixar o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade, com a sua substituição por pena alternativa, pasta 281.

Daí estes tempestivos embargos, em que Naum pretende ver prevalecer o voto vencido, pasta 312.

O eminente Procurador de Justiça ROGÉRIO CARLOS SCANTAMBURLO, se houve pela rejeição dos embargos, conforme os fundamentos do seu parecer de pasta 341.

Pois bem.

Eis como a d. maioria originária afastou o privilégio:

“Em que pese a primariedade e os bons antecedentes do ora apelante, a considerável quantidade de droga apreendida, a variedade, a forma de acondicionamento e o local da prisão – ponto de venda de material entorpecente instalado em comunidade dominada por facção criminosa –, além da informação dos policiais no sentido de que já era conhecido da guarnição em razão de seu envolvimento com o tráfico de drogas na mesma comunidade, porém, em local diverso de onde foi preso na ocasião dos fatos narrados na denúncia, o que denota um considerável grau de envolvimento com a criminalidade local, permitindo concluir que não se trata de um iniciante na atividade do tráfico praticado naquela comunidade.”

Todavia, o tráfico privilegiado deve ser reconhecido.

Com efeito, o recorrente é primário, portador de bons antecedentes e foi preso com 42g (quarenta e dois gramas) de maconha e 30g (trinta gramas) de cocaína, quantidade que, embora não seja insignificante, não é tão expressiva e não há qualquer prova de que Naum se dedicasse

à atividade delituosa ou integresse organização criminosa.

O policial militar Diego de Oliveira Silva disse que:

“(...) participou da prisão do réu; que o depoente e cia estavam em patrulhamento, sendo que eram quatro policiais; que acusado estava sentado no mototáxi, na localidade conhecida como Calmarine, na Rua Israel; que o depoente e cia conseguiram reconhecer o réu; que o depoente e cia pararam a viatura, e o réu começou a correr, sendo que depois os policiais desembarcaram da viatura e correram atrás dele; que o depoente e mais um foram atrás com a viatura; que o réu deu uma volta no quarteirão, entrando em um supermercado; que, quando o réu correu, ele dispensou um saco, que o outro colega do depoente conseguiu pegar, que o depoente e cia seguiram atrás do acusado; que, nesse supermercado, o réu ficou no terceiro andar, atrás de uns pallets que havia lá; que foi quando o depoente e cia conseguiram encontrar o réu; que o depoente e cia perguntaram ao réu o que havia no saco, e tendo ele falado que era entorpecente: que o outro colega do depoente chegou em seguida, sendo quando o réu ofereceu essa quantia de seiscentos reais para tentar ser solto; que o réu estava sentado no ponto de mototáxi, em um sofá; que esse ponto de mototáxi e nas proximidades é conhecido como ponto de venda de drogas; que, na verdade, ali, muitas vezes, os mototáxis vão buscar drogas; que o depoente e cia também conheciam o réu como traficante de outra localidade, e de repente, ele, o réu, estava esperando alguma coisa para sair dali e levar; que o depoente e cia já tinham abordado o réu uma outra vez, sendo

que o vulgo dele era ‘Cabelo de Mulher’, pois o cabelo dele era grande; que, nessa abordagem, o depoente e cia conseguiram qualificar o réu, e pessoas que colaboram com o trabalho do depoente e cia já tinham falado dele, do réu; que o depoente e cia já tinham abordado o réu, já faz tempo, na localidade do Caratê, do outro lado, não se lembrando agora o depoente em qual rua, mas na Cidade de Deus; que, nessa primeira oportunidade, o réu não foi preso e não tinha droga, mas pessoas já tinham falado que ele vendia drogas na Reta dos Barracos; que o réu saiu correndo e entrou no supermercado: que o réu jogou fora o saco, no momento em que ele correu, antes de entrar no supermercado; que o outro colega do depoente; que estava correndo, foi quem viu o réu jogando o saco fora; que quem arrecadou a droga foi o outro policial, Cabo Lamego; que o depoente não se recorda agora se havia diversidade de entorpecente; que o depoente acha que era maconha, não se recordando agora; que, depois que o réu foi preso, é que ele ofereceu dinheiro; que, no momento, o réu era conhecido como ‘Cabelo de Mulher’, pois ele tinha o cabelo grande; que o depoente e cia não chegaram a abordar o réu, porque, quando desembarcaram, ele correu no mesmo momento; que foi muito rápido, que havia motos, não dando para o depoente reparar se havia mais gente ali, aparentando estar comprando droga; que o depoente teve duas passagens pela Cidade de Deus e, nessa segunda passagem, está há uns dois anos, mais ou menos; que nessa passagem ali, o depoente já tinha abordado o réu só uma vez, há um tempo, sem nada; que o réu foi abordado por atitude suspeita, no momento; que o réu só mencionou que apresentaria essa

vantagem ao depoente e cia, não chegando a apresentar o valor (...).”

A seu turno, o policial militar Felipe Lamego Alves contou que:

“(...) participou da prisão do réu; que o depoente e cia estavam em patrulhamento, de viatura, na Rua Israel, na Cidade de Deus; que quando o depoente e cia se aproximaram do local conhecido como Calmarine, que é um mototáxi, e conhecido como local de venda de drogas, o réu começou a empreender fuga; que o depoente desembarcou da viatura, e empreendeu o acompanhamento atrás do réu, que o depoente e cia iriam abordar todas as pessoas que estavam no ponto de mototáxi, porque ali é um ponto de venda de entorpecentes; que o depoente foi acompanhando o réu, à pé, e a viatura foi por outro local para fazer o cerco; que nesse acompanhamento, o depoente avistou que o réu tinha descartado uma sacola plástica: que o depoente arrecadou a sacola, e a outra fração da guarnição conseguiu alcançar o réu no mercado, no terceiro andar do mercado, se não se engana o depoente; que na sacola foi encontrado material entorpecente, cocaína e maconha: que depois que o réu foi preso, ele ofereceu a quantia de seiscentos reais pela sua liberdade; que o réu ofereceu a quantia para o depoente e para o seu colega para a guarnição em si sendo que eram em quatro policiais; que o depoente não o réu de outra ocasião, não sabendo informar se os seus colegas o conheciam de alguma outra ocasião ou alguma outra abordagem; que o depoente ficou sabendo posteriormente, que o réu tinha o apelido de ‘Cabelo de Mulher’, porque outra guarnição que já o tinha abordado, informou que a alcunha do réu era ‘Cabelo de Mulher’; que essa outra

guarnição também informou que o réu era vapor na localidade conhecida como Reta dos Barracos, no Caratê; que, em relação ao dinheiro, o réu só ofereceu, não apresentando valores ao depoente e cia; que o depoente é policial na localidade há um ano e três meses, nunca tendo abordado o réu antes ou o presenciado em alguma atitude suspeita, anteriormente (...).”

Como se pode ver, nenhum dos policiais forneceu qualquer dado objetivo e lógico de que o embargante se dedicasse à atividade criminosa ou integrasse organização para aquele fim. Aliás, o primeiro policial ouvido disse que já havia abordado Naum, mas nada de ilegal encontrou com ele naquela oportunidade e o segundo sequer conhecia o recorrente.

E, não se pode negar a uma pessoa o reconhecimento do tráfico privilegiado, se preenche, como aqui, os requisitos para tanto.

Por isso, voto no sentido de ser provido o recurso, a fim de que, nos termos do voto divergente originário do eminente Desembargador PAULO DE TARSO NEVES, seja reconhecido o tráfico privilegiado e reduzidas as penas de Naum Felipe Lopes Oliveira de Azevedo em 2/3 (dois terços), do que resultam, para o crime de tráfico, 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, que, somadas às penas do delito de corrupção ativa, chegam a 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão em regime aberto e a 176 (cento e setenta e seis) dias-multa no valor unitário mínimo, substituindo-se o saldo da totalidade da privativa de liberdade por pena alternativa, a ser definida em execução, expedindo-se alvará para sua soltura, caso não esteja preso por outro motivo.

RIO DE JANEIRO, 13 DE FEVEREIRO DE 2020.
DES. NILDSON ARAÚJO DA CRUZ
RELATOR

POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA. DOSIMETRIA DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO.

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI Nº 10.826/2003 E ART. 288-A DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA QUE JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE A PRETENSÃO ACUSATÓRIA PARA CONDENAR O RÉU TÃO SOMENTE NO CRIME DA LEI DE ARMAS, EXTINGUINDO A AÇÃO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, EM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 288-A DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO FUNDAMENTADO NA AUSÊNCIA DE PROVA DE TER O RÉU CONCORRIDO PARA A INFRAÇÃO PENAL. PLEITO SUBSIDIÁRIO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO E PENA NO MÍNIMO LEGAL. ACOLHIMENTO PARCIAL DO INCONFORMISMO. CORRETO O RECONHECIMENTO DA LITISPENDÊNCIA DO CRIME DE MILÍCIA PRIVADA COM O CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OBJETO DE OUTRA DENÚNCIA, CUJOS FATOS DERAM ORIGEM A UM MANDADO DE PRISÃO E DE BUSCA E APREENSÃO QUE RESTOU POR APREENDER A PISTOLA, O CARREGADOR E AS MUNIÇÕES DESCRITAS E PERICIADAS POR LAUDO OFICIAL. PROVA ORAL ACUSATÓRIA UNIFORME. RÉU QUE OPTOU PELO SILÊNCIO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE EM SEDE POLICIAL E EM JUÍZO. JUÍZO DE REPROVAÇÃO QUE DEVE SER MANTIDO. DOSIMETRIA PENA-BASE FIXADA COM AUMENTO DE 2/3. INIDONEIDADE EM BOA PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO LASTREADA EM PRESUNÇÃO. QUANTIDADE DE MUNIÇÕES E RESPECTIVAS NATUREZAS QUE ESTÃO A EXIGIR

PEQUENO AUMENTO NAS PENAS-BASE, ORA FIXADA EM 03 ANOS E 06 MESES DE RECLUSÃO E 11 DIAS-MULTA. REGIME ABERTO QUE SE IMPÕE, NOTADAMENTE POR TER SIDO O RÉU ABSOLVIDO POR OUTRO JUÍZO DO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RÉU PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVAÇÃO DE LIBERDADE POR RESTRIÇÕES DE DIREITOS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DEFENSIVO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0030945-69.2017.8.19.0001, em que figuram como Apelante Alexsandro José da Silva e como Apelado o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro,

Acordam os Desembargadores que compõem a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso defensivo para, mantido o juízo de reprovação, redimensionar a pena para 03 anos e 06 meses de reclusão, no regime prisional aberto, e 11 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por 02 restritivas de direito, pelo saldo remanescente, se houver, conforme critérios a serem estabelecidos pelo juízo executório, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ofereceu denúncia em face de Alexsandro José da Silva, perante o MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca do Foro Regional de Madureira, pela prática dos crimes do art. 16 da Lei nº 10.826/2003 e art. 288-A, na forma do art. 69, ambos do Código Penal, assim descrita:

“No dia 07 de fevereiro de 2017, no interior do imóvel situado na Rua Marquês de Sá, nº 2.376, casa 03, em Bento Ribeiro, nesta Cidade, o Denunciado, consciente e voluntariamente, possuía, tinha em depósito, mantinha sob sua

guarda e ocultava, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, arma de fogo, componentes e munições de uso restrito consubstanciados em (tudo conforme auto de apreensão a f. 12):

Uma pistola calibre 9mm com numeração suprimida;

11 (onze) munições calibre 9mm;

Um carregador de fuzil calibre 5.56;

30 (trinta) munições calibre 5.56.

Em data que não se pode precisar, mas sendo certo que a conduta se protraiu até 07 de fevereiro de 2017, o Denunciado, consciente e voluntariamente, constituiu, organizou e integrou organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão, com a finalidade de praticar crimes previstos no Código Penal.

Consta dos autos que, nas circunstâncias descritas no primeiro parágrafo, policiais civis designados para o cumprimento do mandado de prisão nº 4 0002417-32.2016.8.19.0204.0005, expedido pela 2ª Vara Criminal Regional de Bangu (referente à Operação Ourives), compareceram ao endereço ali mencionado, onde foram recebidos pelo próprio Denunciado que, ao ser perguntado sobre a existência de armas no imóvel, indicou a localização do material descrito.

Adicionalmente, os policiais apreenderam anotações diversas relacionadas a atividades de milícia, coldres, joelheiras, uma gandola, calças táticas e a quantia de R\$ 3.132,00 (três mil cento e trinta e dois reais) em espécie.

A respeito, insta frisar que o material bélico apreendido, aliado às anotações, coldres, gandola e calça tática encontrados na residência de Alexsandro, indicam que o Denunciado integra organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar quaisquer dos crimes previstos no Código Penal, tais como constrangimento ilegal (art. 146 do CP), ameaça (art. 147 do CP), extorsão (art. 158 do CP), homicídio (art. 121 do CP), roubo (art.

157 do CP) e outros, guardando e fornecendo armamento para a organização e atuando na arrecadação das “taxas” devidas pelos moradores das localidades dominadas.

Assim, sendo as condutas objetiva e subjetivamente típicas, e ausentes causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, está o Denunciado incurso nas sanções penais dos artigos 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 e 288-A do Código Penal, na forma do art. 69 do Código Penal.”

O douto juiz de direito ANDRÉ FELIPE VERAS DE OLIVEIRA julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia para condenar o denunciado como incurso nas penas do art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/2003, totalizando a reprimenda penal em reclusão de 05 anos, em regime inicial semiaberto.

- Dosimetria da pena: 1ª fase: exasperada para 05 anos de reclusão e 16 dias-multa com a seguinte fundamentação: “Réu tecnicamente primário, sem antecedentes, mas apanhado em flagrante por ocasião do cumprimento de um mandado de busca e apreensão em sua casa, determinado pela Justiça no curso da investigação denominada “Operação Ourives”, que apura seu envolvimento em milícia armada com atuação nas zonas norte e oeste da cidade do Rio de Janeiro. Apreensão de uma pistola cal. 9mm e de munições compatíveis, além de um carregador de fuzil cal. 5.56 e de munições compatíveis. Levando-se em conta que com o réu havia um carregador de fuzil e munições cal. 5.56, mas não o fuzil em si, pode-se concluir que tal armamento de guerra está com terceiro, sendo mais um a vulnerar a segurança pública e a desafiar o Estado de Direito, dado o evidente emprego em atividades ilícitas. Sob tal diapasão, tem-se por exorbitante o seu dolo eleva a sua culpabilidade do réu, o que enseja a fixação de pena acima do mínimo legalmente previsto.” 2ª fase: Ausentes

circunstâncias atenuantes ou agravantes; 3ª fase: Ausência de causas de diminuição ou aumento de pena. Pena final em 05 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 16 dias-multa.

A defesa técnica interpôs recurso de apelação. Nas razões recursais de (f. 229/236), requer a reforma da sentença. Novamente intimada para apresentar razões, dada a ausência de fundamentação, postulou pela absolvição, com fundamento na ausência de provas de ter o réu concorrido com a infração penal. Subsidiariamente, a fixação da pena mínima e o regime aberto, o que tratou em sede de preliminar.

Em suas contrarrazões (f. 296/308), o Ministério Público pugna pelo desprovimento do recurso defensivo, dada a suficiência do acervo probatório.

O Ministério Público em atuação nesta Corte, em parecer da lavra do Procurador de Justiça MÁRCIO MOTHÉ FERNANDES a f. 310/320, opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo, prestigiando a sentença recorrida.

É a síntese do necessário.

VOTO

Acolho, em grande parte, a orientação do parecer ministerial, tendo em vista que a hipótese está a exigir pequena modificação na sanção imposta, embora mantido o juízo de reprovação.

A acusação posta na denúncia é de que o acusado, ora apelante, tinha em depósito, mantinha sob sua guarda e ocultava, arma de fogo com numeração suprimida e componentes e munições de uso restrito, bem como de que teria constituído, organizado e integrado organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar crimes previsto no Código Penal.

A prova oral consistiu na oitiva de dois policiais civis que participaram na diligência de prisão do acusado e na apreensão do material bélico, sendo certo que o acusado permaneceu em silêncio tanto em sede policial quanto em juízo.

Eis, em síntese, a prova oral.

Em sede policial.

DISSE: Que no dia de hoje, 07/02/2017, por volta das 6h da manhã, em diligência para cumprir mandados de prisão e busca e apreensão referentes a operação “OURIVES”, na Rua Marquês de Sá, 376 – casa 03; que a equipe composta pelos policiais: Jorge Luiz Ribeiro Gonçalves, Inspetor de Polícia, matrícula 849.378-5; Hideraldo Silva Santos, Inspetor de Polícia, matrícula 871.660-7; Danielle Lecomte Caliman, Oficial de Cartório, Matrícula 965.969-9, ID: 4.318.260-7, todos lotados na DRACO/IE e pelos policiais civis Ricardo e Simão, ambos lotados na SSINTE, cumpriram o mandado de prisão 0002417-32.2016.8.19.0204.0005, em nome de Alexsandro José da Silva e também foi cumprido mandado de busca e apreensão expedido para a residência de Alexsandro José da Silva, que encontrava-se em casa; que, durante as buscas, foi arrecadada uma pistola calibre 9mm, com número de série raspada e municada com 11 munições, embaixo do sofá da sala da residência, arma está, cujo local de guarda foi indicado pelo próprio Alexsandro. Também foi indicado por Alexsandro um carregador de fuzil calibre 5.56 com 30 munições no quarto da residência, na parte de cima do guarda roupa; foram apreendidos ainda: anotações diversas referentes a atividades de milícia; coldres, joelheiras, gandola, calça tática preta e a quantia em dinheiro de R\$ 3.132,00 (Três mil, trezentos e trinta e dois reais); que, com base no material arrecadado, os policiais Jorge Luiz Ribeiro Gonçalves, Inspetor de Polícia, matrícula 849.378-5 e o policial civil Simão encaminharam-se para, a sede da DRACO/

IE, conduzindo o nacional Alexandro José da Silva e o material apreendido para ser apreciado pela Autoridade Policial; que os policiais Hideraldo Silva Santos, Inspetor de Polícia, matrícula 871.660-7; Danielle Lecomte Caliman, Oficial de Cartório, Matrícula 965.969-9, ID: 4.318.260-7 e o inspetor de polícia Ricardo seguiram para cumprimento de busca em outro endereço referente à operação “OURIVES”. E nada mais disse. (declaração de Hideraldo Silva Santos no Auto de Prisão em Flagrante a f. 02);

DISSE: Que na data de hoje, por ordem da autoridade policial, foi com a equipe de policiais desta especializada, composta pelos agentes Hideraldo e Jorge e dos agentes Ricardo e Simão lotados na SSINTE ao endereço Rua Marques de Sá, nº 376 – casa 3, no Bairro de Bento Ribeiro, casa do nacional Alexandro José da Silva, para cumprir Mandado de Prisão nº 0002417 – 32.2016.8.19.0204.0005; que, no local, o próprio Alexandro abriu a porta, sendo cientificado do motivo pelo qual estávamos em sua residência; que o inspetor Hideraldo perguntou se havia armas no local, tendo Alexandro respondido inicialmente que não, mas logo depois voltando atrás e confessado que possuía uma pistola, indicando que estava escondida embaixo do forro do sofá; que a pistola estava municada; que Alexandro indicou para o inspetor Hideraldo que havia um carregador de fuzil municado, em cima do guarda-roupas; que, dentro do guarda roupas, o inspetor Ricardo, lotado na SSINTE/SESEG, encontrou uma quantia em dinheiro; que, também no quarto, a depoente encontrou em uma sapateira fardamento e joelheiras, coldres e calça tática preta; que o referido nacional foi conduzido a DRACO para as

formalidades de praxe. E nada mais disse. (declaração de Danielle Lecomte Caliman no Auto de Prisão em Flagrante a f. 03);

Em juízo.

Hideraldo Silva Santos (policial civil): “que em cumprimento à determinação da autoridade policial, compareceu na companhia de outros agentes policiais até a residência do réu para cumprir mandados expedidos na Operação “Ourives”, que visava a dismantelar uma quadrilha que atuava na região de Del Castilho com atividades próprias de milícia, isto é, cobrança, suposta segurança prestada a moradores e comerciantes, milícia armada, exploração de transporte “pirata” e utilização daquela área como “curral eleitoral”, cobravam de candidatos a vereadores e cargos eletivos quantias para que somente eles pudessem divulgar nas comunidades. Tudo isso foi apurado ao longo de nove meses de investigação, nestes autos que surgiu o mandado de busca e apreensão e de prisão. Esclareceu que, no dia dos fatos, policiais civis compareceram à residência do acusado para cumprir mandados de busca e apreensão e de prisão preventiva do réu Alexandro, expedidos no bojo do procedimento da Operação “Ourives”, oportunidade em que foram recebidos pelo réu, que franqueou a entrada dos policiais após ser cientificado acerca da existência do mandado de busca e apreensão. Assevera que, inicialmente, o réu afirmou ser “trabalhador”, contudo, após ser esclarecido que a diligência era realizada em razão de suas atividades na milícia, o acusado admitiu que atuava na Comunidade Águia de Ouro e trabalhava para “Marquinhos Catiri”, que se trata de Marco Antônio Figueiredo Martins. Iniciadas as buscas na residência do réu, este último indicou o local onde estava a pistola, isto é debaixo do sofá, a qual foi arrecadada pelos policiais. Informa que a pistola apreendida era de calibre 9 mm e estava devidamente municada com 11 munições. Todavia, o declarante pediu para que

o acusado lhe acompanhasse até o quarto, a fim de acompanhar a revista, oportunidade em que o acusado afirmou que tinha também um carregador em cima do guarda-roupa. Relata que esse carregador foi arrecadado e se tratava de um carregador de fuzil calibre 5.56, com trinta munições intactas. Ressalta que, além disso, foram arrecadados vestuários como gandola, joelheira, bem como anotações pertinentes à milícia; além de uma chave de veículo. Relata que, segundo o denunciado, ele comprou o veículo em nome de um primo de consideração chamado “Rato”, o qual apurou-se posteriormente se tratar de Luis Gustavo da Silva Paiva Salles, em cotejo com o documento do veículo que foi apreendido. Além disso, ao ser indagado acerca do fuzil, o réu informou que o armamento teria ficado com “Rato” e que somente lhe foi entregue o carregador. Relata que “Rato” era alvo da investigação, mas até então não havia sido identificado, que foi identificado com base no próprio réu. Averbera que foi apreendida uma quantia aproximada de três mil e cem reais, a qual, segundo o réu, teria origem lícita, sendo que, durante as investigações, apurou-se que o réu de fato exercia atividade laborativa remunerada em uma concessionária durante o dia, na parte da manhã, porém, na parte da noite, se dedicava à atuação no grupo de milícia na Favela Águia de Ouro. Em relação aos objetos apreendidos, esclarece que somente a arma de fogo, munições e o carregador foram apreendidos neste feito, uma vez que os demais objetos foram apreendidos nos autos da Operação “Ourives”, sendo as anotações, documentos do carro e dinheiro levados no âmbito da Operação. Pessoalmente só conheceu o réu no dia da operação, antes disso por monitoramento, por fotos. Pela Defesa: Pode descrever o ambiente do imóvel, se é aberto, se tem acesso fácil? Era uma vila, tinha uma casa principal no início, o morador da casa abriu a janela para conversar conosco, disse que não morava nenhum Alessandro, não informou onde

ele morava, mas disse que havia mais casas no interior da vila. Nas outras casas, batemos à porta, numa das casas uma moradora disse que morava sozinha, e adiante, o Alessandro abriu a porta e foi informado que havia um mandado de busca e apreensão, e no mais foi o que descrevi aqui. A diligência foi acompanhada pela Danielle, o policial Jorge e os policiais Ricardo e Simão, o policial Simão ficou em frente à Vila, guardando as viaturas e eu e os outros três policiais adentramos à Vila. Eu, o Jorge, o Ricardo e a Danielle fizemos a revista. A casa era simples, basicamente a entrada da casa, a porta principal era a sala, na direita havia um quarto de casal, embora ele estivesse sozinho, e na esquerda uma pequena área de serviços.”

Danielle Lecomte Caliman (policial civil): “que, no dia dos fatos, compareceram ao local para cumprir mandados de prisão do réu e de busca e apreensão na residência deste e que, após identificar a casa do acusado, este último atendeu à porta e franqueou a entrada dos policiais. Esclareceu que ao ser indagado pelo policial Hideraldo acerca da existência de arma de fogo, inicialmente o réu negou, porém, em seguida, admitiu que possuía e indicou uma pistola debaixo do sofá. Assevera que, prosseguindo na revista, o acusado também apontou o carregador de fuzil que estava em cima do armário. Afirma que revistou uma sapateira e encontrou peças de vestuário como fardamento, gandola, joelheira, ao passar que outro policial encontrou uma quantia em dinheiro. Esclarece que os mandados de busca e apreensão e de prisão foram expedidos no bojo da Operação Ourives, que apurava o envolvimento de pessoas em milícia armada. Afirma que o acusado admitiu aos policiais civis que trabalhava na milícia e citou o vulgo de “Rato”, que seria seu primo, e “Marquinhos Catiri”. Só participou do cumprimento da diligência e não da investigação. Que foram cinco policiais, que um deles ficou na porta da rua, que entraram

ela, o Hilderaldo, o Jorge e outro, que se não se engana, chama Ricardo. Que no momento do encontro do dinheiro, o acusado estava presente e que as armas foram indicadas pelo próprio acusado. Que o carregador de fuzil estava no quarto e o dinheiro também no mesmo armário, mas na parte de dentro.”

Pois bem. O juízo de reprovação há que ser mantido muito embora o Ministério Público tenha quase comprometido a acusação.

Explico. Não consta dos autos o mandado de prisão e de busca e apreensão que teria sido expedido pelo MM. Juízo da 2ª Vara Criminal da Regional de Bangu em desfavor do acusado, que respondia naquele juízo por processo pelo delito de organização criminosa armada (art. 2º, § 2º, Lei nº 12.850/2013). Todavia, mesmo não tendo a Defesa Técnica apresentado qualquer questionamento sobre isso, certo é que o número do mandado e a sua origem se encontram no Registro de Ocorrência (f. 05/06) e Auto de Prisão em Flagrante (f. 02/04).

O problema seria se a Defesa Técnica questionasse a existência do mandado e os autos não esclarecessem se realmente o conteúdo da ordem judicial autorizaria a prisão e o ingresso em casa alheia para eventual busca e apreensão.

Aliás, considerando que a Defesa nem questionou a legalidade do ato e em particular o ingresso na residência do réu, há que se presumir a legalidade e reconhecer-se que a apreensão de armamentos se fez positiva, seja a pistola 9mm, com a respectiva munição, apreendida embaixo de um sofá, seja também o cartucho contendo munição adequada à fuzil calibre 5.56.

A perícia realizada (f. 49/52) confirmou a natureza do armamento e a sua potencialidade lesiva, bem como que a numeração da pistola estaria suprimida.

Diante disso, não há dúvida de que o réu mantinha em sua guarda e possuía o referido armamento e munição, não se entendendo como o

Parquet imputou as condutas de “ter em depósito” e “ocultar”. Felizmente constou da denúncia os verbos “possuir” e “manter em sua guarda”, condutas essas que restaram efetivamente provadas e que integram o art. 16 da Lei nº 10.826/2003.

O *Parquet* ofereceu denúncia também pelo crime do art. 288-A do Código Penal, ou seja, constituição de milícia privada, porém, referido delito foi considerado objeto de outra ação penal, reconhecendo-se a litispendência.

Aliás, mais uma vez, aqui, o *Parquet* poderia ter comprometido a boa prestação jurisdicional dos fatos, porquanto perante o Juízo de Madureira ofereceu denúncia pelo crime de milícia particular, mas no Juízo de Bangu esta suposta milícia foi objeto de acusação por crime de organização criminosa.

Uma vez que em se encontrando a pistola com a numeração suprimida, não sofre a acusação posta na denúncia qualquer alteração pela atual reclassificação da arma de calibre 9mm como sendo de uso autorizado.

Destarte, mantida a condenação do réu pelo crime do art. 16, parágrafo único, IV, do Estatuto do Desarmamento, as penas-base devem sofrer mitigação. Com efeito, deve ser afastado parte da fundamentação utilizada para a exasperação da pena base por ter havido fundamentação parcialmente inidônea, já que o magistrado considerou circunstância presumida, que sequer se fez confirmada posto que o acusado foi absolvido da imputação pelo crime de organização criminosa no foro regional de Bangu (autos nº 0002417-32.2016.8.19.0204).

Sendo assim, tendo em vista que além da pistola 9mm, que se encontrava municada com 11 (onze) munições adequadas àquela arma, e também possuía e mantinha guardado consigo um carregador de fuzil com 30 (trinta) munições adequadas ao calibre 5.56, aumenta-se 06 meses às penas base, as fixando em 03 anos e 06 meses de reclusão e 11 dias-multa, inexistindo

qualquer outra razão para aumentar ou diminuir a sanção ora decidida.

Fixa-se, portanto, a pena definitiva em 03 anos e 06 meses de reclusão, no regime aberto, e 11 dias-multa, esclarecendo-se que o acusado foi posto em liberdade, em março de 2019, por ordem de *habeas corpus* concedida pelo Colegiado da Corte e já se encontraria em livramento condicional em razão da execução provisória da respectiva pena.

Desse modo, não há óbice a que se substitua a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos que deverão ser fixadas pelo juízo da execução penal, caso não tenha havido, por qualquer razão, extinção da punibilidade.

Diante do exposto, dirijo meu voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo para mantido o juízo de reprovação, redimensionar a pena para 03 anos e 06 meses de reclusão, no regime prisional aberto, e 11 dias-multa, substituindo-se a pena privativa de liberdade por 02 restritivas de direito, pelo saldo remanescente, se houver, conforme critérios a serem estabelecidos pelo juízo executório.

Desnecessária a expedição de alvará.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

RIO DE JANEIRO, 07 DE JULHO DE 2020.
DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
RELATOR

PROGRESSÃO DE REGIME. PRISÃO EM ALBERGUE DOMICILIAR. SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM CASA DE ALBERGADO. EXCEPCIONALIDADE. CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – DECISÃO AGRAVADA QUE CONFERIU A PROGRESSÃO DE REGIME MAIS BENÉFICO, O ABERTO, AO APENADO, MEDIANTE PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR, SOB O SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO (PÁGINA DIGITALIZADA 02 – F. 16/18) – RECURSO MINISTERIAL QUE

OBJETIVA O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO DA PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR, COM A DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM CASA DE ALBERGADO – ILUSTRE REPRESENTANTE DO ÓRGÃO MINISTERIAL QUE SUSTENTA, EM SUAS RAZÕES, QUE O ROL PREVISTO NO ART. 117 DA LEP É TAXATIVO E APENAS EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS O BENEFÍCIO DEVE SER CONCEDIDO, RESSALTANDO A EXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO, NO ESTADO, COMPATÍVEL COM O REGIME ABERTO – NO CASO VERTENTE, NÃO HOUVE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGAS EM CASA DE ALBERGADO, A PERMITIR O RECOLHIMENTO DO APENADO, O QUE CARACTERIZA HIPÓTESE EXCEPCIONAL A AUTORIZAR O CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR, MEDIANTE MONITORAMENTO ELETRÔNICO. POR UNANIMIDADE E NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, FOI DESPROVIDO O RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0265104-20.2018.8.19.0001 em que é Agravante: Ministério Público e Agravado: Matheus Rodrigues Dias Ribas.

Acordam os Desembargadores da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em: por unanimidade e nos termos do voto da relatora, foi desprovido o recurso.

Cuidam os autos de agravo em execução, que foi interposto pelo ilustre órgão ministerial, através do qual, visa a reforma da respeitável decisão, que concedeu ao ora apenado, Matheus Rodrigues Dias Ribas, a progressão do regime prisional ao aberto, e determinou o recolhimento domiciliar, sob o sistema de monitoramento eletrônico.

Objetiva o indeferimento do benefício da prisão albergue domiciliar, com a determinação do cumprimento da pena em casa de albergado, apresentado, para tanto, as suas razões.

Páginas digitalizadas 02 – f. 57/61, Contrarrazões Defensivas.

Página digitalizada 02 – f. 65, ato judicial, em que é mantida a respeitável decisão, objeto do presente recurso.

Páginas digitalizadas 73, Parecer da Douta Procuradoria de Justiça, que está voltado ao provimento do recurso ministerial.

VOTO

Formam, os presentes autos, o recurso de agravo em execução, da Lei nº 7.210/84, interposto pelo ilustre órgão ministerial, e voltado à respeitável decisão, que, ao conferir o regime aberto, determinou o recolhimento domiciliar, mediante monitoração eletrônica.

Apresenta, em suas razões, que a lei determina, de forma taxativa, as rígidas hipóteses, em que é possível o recolhimento noturno em residência. Salienda que, a medida, para ser aplicada, além das possibilidades restritas, exige a ausência absoluta de unidades prisionais de regime aberto, sustentando a presença de estabelecimento, no Estado, compatível com o regime aberto.

Prevê o artigo 117 da Lei de Execução Penal, o recolhimento domiciliar, em se tratando de regime aberto, nas situações excepcionais e taxativas, que enumera:

“Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I – condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II – condenado acometido de doença grave;
- III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV – condenada gestante”.

No entanto, *in casu*, não houve mostra, de que a casa de albergado, tivesse vagas, a permitir, o recolhimento do apenado, vez que, não foi feita prova.

É certo que a fundamentação, do ato judicial alvo deste recurso, está voltada à genérica superlotação. Porém, não foi demonstrado inversamente, a existência de vagas, o que conduz à presença de hipótese excepcional, na modalidade determinada em primeiro grau.

Por conseguinte, não há como impor ao agrava- do, para cumprimento de pena, em casa de albergado, se não foi comprovada a presença de vaga.

“EXECUÇÃO DE PENA – REGIME ABERTO – CASA DE ALBERGADO – INEXISTÊNCIA. – Inexistindo casa de albergado para cumprimento de pena de réu condenado ao regime aberto, é de se conceder, excepcionalmente, prisão domiciliar. – Precedentes. – Recurso desprovido.

(STJ – REsp: nº 141.288 DF 1997/0051272-0, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 19/08/1999, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 13/09/1999 p. 86)”

“AGRAVO EM EXECUÇÃO – PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO – INEXISTÊNCIA DE VAGA NA CASA DE ALBERGADO DA COMARCA – POSSIBILIDADE DE PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR. Se o condenado foi beneficiado com a progressão ao regime prisional aberto e não existe vaga em estabelecimento adequado ou na casa de albergado, é possível a concessão dos benefícios da prisão domiciliar, uma vez que não há como submetê-lo à condição mais gravosa em virtude da desídia do Estado. V.V.: I. Só se admite a concessão da prisão domiciliar quando configuradas as hipóteses previstas no art. 117 da LEP. II. A ausência de estabelecimento próprio para o cumprimento da pena em regime aberto na comarca e a superlotação dos presídios não são motivos suficientes para a

concessão do benefício da prisão domiciliar. (TJ-MG – AGEPN: 10693110056696001 MG, Relator: ALBERTO DEODATO NETO, Data de Julgamento: 23/06/2015, Câmaras Criminais / 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 03/07/2015)”

Desta feita, não basta a existência de casa de albergado, mas sim, que àquela tenha vagas disponíveis.

Por unanimidade e nos termos do voto da relatora, foi desprovido o recurso.

**RIO DE JANEIRO, 03 DE MARÇO DE 2020.
DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO
RELATORA**

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO. QUALIFICADORA DE FEMINICÍDIO. PEDIDO DA DEFESA DE NÃO PRONUNCIAMENTO DO RÉU. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. ASFIXIA E FEMINICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI.

EMENTA

Recurso em Sentido Estrito. Homicídio. Pronúncia. Recorrente pronunciado como incurso nas penas do 121, § 2º, III e VI, do Código Penal. A defesa obsecra a impronúncia do Recorrente por ausência de indícios suficientes acerca da autoria delitiva. Impossibilidade. O pedido de impronúncia não merece guarida. Materialidade comprovada através do Laudo de Exame em Local de Morte Suspeita; do Laudo de Perícia Papiloscópica; do Laudo de Exame de Corpo Delito de Necropsia; do Laudo Complementar de Necropsia. A prova oral produzida em Juízo fornece os elementos exigidos para a configuração da autoria. Qualificadoras devem ser mantidas. A exclusão de qualificadoras somente pode ocorrer quando as mesmas mostrarem-se manifestamente improcedentes, sob pena de ser subtraída da apreciação do juiz natural da causa. O mosaico probatório também indica a ocorrência de indícios da

ocorrência das qualificadoras de emprego de asfixia e feminicídio. Conjunto probatório suficiente para admitir a acusação e submeter os recorrentes a julgamento perante o Plenário do Tribunal do Júri, nos termos insculpidos na Denúncia e delineados na Pronúncia. Correta, formal e materialmente, a decisão de pronúncia. RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados estes autos do Recurso em Sentido Estrito nº 0051677-39.2015.8.19.0002, em que é Recorrente: D.L.S. e Recorrido 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

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pela defesa técnica de D. L. S. contra a decisão que o pronunciou a fim de que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, como incurso nas penas do art. 121, § 2º, III e VI, do Código Penal (pasta 365 – f. 01/05).

A denúncia foi aditada na seguinte maneira, *in verbis*:

“No dia 24 de outubro de 2015, em horário que não se pode precisar, sendo certo que entre 00h e 06h30min, no interior da residência situada na Travessa R. M. da S. – Morro do Estado, bairro Centro, Niterói, nesta Comarca, o Denunciado, de forma livre e consciente, com vontade inequívoca de matar, asfixiou, mediante constrição cervical, A. P.V., sua companheira, causando-lhe as lesões descritas no Laudo de Exame de Corpo de Delito de Necropsia acostado a f. 72/75.

Compulsando os autos, verifica-se que na data do crime, por volta de 00h, vítima e acusado estavam no interior da residência supracitada, quando A., começou a proferir, aos gritos, o seguinte: “Me solta, me solta, me larga, me larga!”, tendo D. pronunciado algumas palavras em tom baixo, as quais não puderam ser compreendidas. Em seguida, o local manteve-se em absoluto silêncio, tendo o Denunciado empreendido fuga para local incerto na companhia de P. H., de 3 (três) anos, filho do casal.

Ressalte-se que o pai da vítima C. A., foi avisado pela amiga da vítima F. P. de que havia recebido mensagens do denunciado com o seguinte conteúdo: “vai lá na casa da A. agora salvar ela. Ela tá morta”. Assim, após arrombar a porta, C. A. encontrou o corpo da vítima na cama ao lado do seu filho de apenas 1 (um) ano de idade.

Verifica-se que o denunciado praticou o crime com emprego de asfixia mecânica, conforme descrito no Laudo de Exame de Corpo de Delito de Necropsia de f. 72/75.

Além disto, o crime foi cometido por razões da condição do sexo feminino em virtude de violência doméstica e familiar, uma vez que o autor mantinha relação íntima de afeto com a vítima há pelo menos 03 (três) anos, sendo reconhecido como seu companheiro, inclusive coabitava com a mesma.

Assim agindo, sendo objetiva e subjetivamente típica a conduta, está o Denunciado incurso nas sanções descritas no artigo 121, § 2º, inciso III e VI, todos do Código Penal.”

A decisão ora impugnada admitiu a pretensão acusatória por entender que existem provas da materialidade e indícios de autoria, *ex vi* do disposto no art. 413, *caput*, do Código de Processo Penal.

Os Autos de Apreensão estão na pasta 32 – f. 01/02.

O Laudo de Exame em Local de Morte Suspeita acha-se na pasta 77 – f. 01/05, o Laudo de Perícia Papiloscópica, na pasta 83 – f. 01/03, o Laudo de Exame de Corpo Delito de Necropsia, na pasta 86 – f. 01/06 e o Laudo Complementar de Necropsia, na pasta 378 – f. 01/04 e pasta 404 – f. 01/04.

Os Laudos de Exame de Material foram acostados na pasta 109 – f. 01/03 e pasta 146 – f. 06/07, o Laudo de Perícia Necropapiloscópica na pasta 140 – f. 02/06, o Laudo de Exame de Pesquisa de Espermatozoides na pasta 230 – f. 01/02, o Laudo de Exame de Corpo Delito de Pesquisa Indeterminada de Substância Tóxica em Amostras Biológicas na pasta 232 – f. 01/02, e o Laudo de Exame de Corpo Delito de Pesquisa de Álcool em Amostras Biológicas na pasta 234 – f. 01/02.

A denúncia foi recebida em 15 de julho de 2016 (pasta 127 – f. 01/03).

O Recurso em Sentido Estrito é tempestivo e busca a impronúncia do Recorrente (pasta 410 – f. 01/13).

Em contrarrazões, o Ministério Público requer o desprovimento do recurso defensivo (pasta 445 – f. 01/114).

Em juízo de retratação, o Juiz de 1º grau manteve a sua decisão (pasta 457 – f. 01).

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça, da lavra do Dr. JOSÉ AUGUSTO GUIMARÃES, no sentido do desprovimento do recurso (pasta 465 – f. 01/05).

É o breve relatório.

VOTO

Recurso em Sentido Estrito interposto pela defesa técnica de D. L. S. contra a decisão que o pronunciou a fim de que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, como incurso nas penas do art. 121, § 2º, III e VI, do Código Penal (pasta 365 – f. 01/05).

A defesa obsecra a impronúncia do recorrente (pasta 410 – f. 01/13).

Para tanto alega que não existem nos autos indícios suficientes acerca da autoria delitiva.

O pedido de impronúncia não merece guarida.

A materialidade está comprovada através do Laudo de Exame em Local de Morte Suspeita, do Laudo de Perícia Papiloscópica, do Laudo de Exame de Corpo Delito de Necropsia, do Laudo Complementar de Necropsia (pasta 77 – f. 01/05, pasta 83 – f. 01/03, pasta 86 – f. 01/06, pasta 378 – f. 01/04 e pasta 404 – f. 01/04).

A prova oral produzida em Juízo fornece os elementos exigidos para o indiciamento da autoria.

Os depoimentos prestados pela testemunha F.P.A.C. e pelo genitor da vítima, o Sr. C.A.V., são suficientes a indiciar a autoria do crime.

As qualificadoras também devem ser mantidas.

A exclusão de qualificadoras somente pode ocorrer quando as mesmas se mostrarem manifestamente improcedentes, sob pena de ser subtraída da apreciação do juiz natural da causa.

O mosaico probatório também indica a ocorrência também dos indícios das qualificadoras de emprego de asfixia e feminicídio.

Por força do comando constitucional insculpido no art. 5º, XXXVIII da nossa Carta Magna, cabe ao Tribunal do Júri, como juiz natural da causa, decidir acerca da veracidade dos fatos e da finalidade que moveu o agente.

No caso, o conjunto probatório é suficiente para admitir a acusação e submeter o recorrente a julgamento perante o Plenário do Tribunal do Júri, nos termos insculpidos na Denúncia e delineados na Pronúncia.

Correta, formal e materialmente, a decisão de pronúncia.

Voto, pois, no sentido do desprovimento do recurso defensivo, com a manutenção integral da decisão de pronúncia.

RIO DE JANEIRO, 07 DE JULHO DE 2020.

DES. MARCIA PERRINI BODART

RELATORA

RELAÇÃO HOMOAFETIVA. FIM DO RELACIONAMENTO. INSATISFAÇÃO. AGRESSÃO COM GOLPES DE FACÃO. LEI Nº 12.403/2012. MEDIDAS CAUTELARES. RÉ PRIMÁRIA E POSSUIDORA DE BONS ANTECEDENTES.

HABEAS CORPUS. ART. 121 C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA À PACIENTE, SUSTENTANDO A NEGATIVA DE AUTORIA E A AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. O IMPETRANTE REQUER, AINDA, QUE LHE SEJA GARANTIDO O ACESSO AOS AUTOS.

1. Paciente denunciada pela prática do crime previsto no art. 121 c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

2. Segundo a inicial, no dia 24/04/2020 a vítima A. estava em sua casa onde mora com a sua companheira A.K., quando a denunciada, insatisfeita com o fim do seu relacionamento com A.K., pulou o muro da residência e, portando uma faca, proferiu ameaças dizendo que mataria a vítima. Consta, ainda, que teve início uma luta corporal com a vítima A., que foi atingida por golpes de faca na região do ombro e do rosto, até a intervenção da testemunha A.K., que conseguiu acalmar a denunciada até a chegada da polícia. Conversão do flagrante em preventiva.

3. Audiência de instrução e julgamento designada para o dia 06/10/2020.

4. A prisão preventiva, enquanto medida cautelar restritiva de direito fundamental, se caracteriza pela sua excepcionalidade e provisoriedade, devendo ser imposta ou

mantida apenas quando atendidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, mediante decisão judicial fundamentada com base em elementos concretos.

5. Ademais, com o advento da Lei nº 12.403/11, que conferiu novo tratamento ao sistema de prisões e medidas cautelares, cabe ao julgador observar não apenas os pressupostos previstos nos artigos 312 do Código de Processo Penal, mas, ainda, a necessidade da medida cautelar designada, nos exatos termos do art. 282 do mesmo diploma legal, reservando a prisão antes da regular formação da culpa em contraditório judicial aos casos extremos, nos quais o resultado útil pretendido não possa ser alcançado por meio das medidas restritivas estabelecidas no art. 319 do Código de Processo Penal.

6. Na situação em comento, em que pese a gravidade do crime pelo qual a paciente foi denunciada, inexistente motivo apto a indicar a imperiosidade da prisão preventiva no atual momento, não podendo a segregação cautelar funcionar como antecipação de pena, sob pena de violação aos princípios estabelecidos na Constituição Republicana, dentre eles a presunção de inocência e o devido processo legal.

7. Além disso, se trata de ré primária e possuidora de bons antecedentes, conforme consulta à sua Folha de Antecedente Criminal, realizada junto ao sítio do Sistema Estadual de Identificação – FAC *on line*, que demonstrou residência fixa e ocupação lícita, sendo certo que a vítima e a testemunha presencial não se opuseram à concessão de liberdade à paciente, que contou, inclusive, com parecer favorável do Ministério Público de origem

8. Suficiência das medidas cautelares alternativas, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, notadamente diante da pandemia provocada pelo COVID-19, reservando-se a constrição cautelar, em momento em que se busca a imposição de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal, para as situações de absoluta necessidade. CONHECIMENTO E CONCESSÃO PARCIAL

DA ORDEM.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do *Habeas Corpus* nº 0033249-39.2020.8.19.0000, em que é Paciente A.A.O.C. e Autoridade Coatora o Juízo do Juizado da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de São Pedro da Aldeia,

Acordam os Desembargadores da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e conceder parcialmente a ordem para substituir a prisão da paciente pelas seguintes medidas cautelares estabelecidas no art. 319 do Código de Processo Penal, a saber: a) proibição de ausentar-se da Comarca por mais de 08 (oito) dias, sem prévia autorização judicial; b) comparecimento em Juízo sempre que intimada, devendo comprovar, no primeiro comparecimento, seu endereço; c) proibição de mudança de endereço sem prévia comunicação ao juízo, devendo manter atualizado no Juízo de origem seu endereço; d) proibição de manter qualquer tipo de contato com a vítima A.F.M.S. e com a testemunha A.K.C., ambas arroladas na denúncia, e de delas se aproximar por menos 200 (duzentos) metros, sob pena de decretação de nova prisão, expedindo-se alvará de soltura, termo de compromisso e ofício, nos termos do voto do Des. Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de A.A.O.C., apontando como autoridade impetrada o Juízo de Direito do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Pedro da Aldeia.

Narra a inicial, em resumo, que a paciente foi presa em flagrante em 25 de abril de 2020 por ter “presumidamente ameaçado matar a sua ex-companheira”. Aduz que do auto de prisão em flagrante restou evidenciado que a paciente perpetrara, pretensamente, o crime tipificado no art. 129 do Código Penal, c/c art. 7º, inc. I e II, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e que a mesma nega a prática de autoria do crime de tentativa de homicídio que lhe foi atribuída, ressaltando, ademais, as condições pessoais favoráveis da paciente. Esclarece que formulou perante a autoridade apontada como coatora o pedido de liberdade provisória, que foi indeferido, sem apontar, em seu entender, elementos concretos colhidos no flagrante a autorizar a prisão preventiva. Ao final, pleiteia, inclusive liminarmente, a concessão da liberdade provisória e a expedição de alvará de soltura, mediante condições, bem como seja determinado ao juízo *a quo* que lhe permita ter acesso aos autos ou que lhe envie cópia dos autos para seu e-mail.

Liminar indeferida a f. 17/18 (e-doc. 000017).

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora a f. 22//25 (e-doc. 000021), dando conta da tramitação processual do feito originário e esclarecendo que em 26/04/2020 foi proferida decisão convertendo a prisão em flagrante em preventiva. A autoridade informa, ademais, que “em relação à declaração do impetrante de que não teve acesso ao processo originário por conta das determinações de controle da Pandemia, de fato, além de os autos terem sido remetidos via malote, situação que demanda mais tempo para chegar e ser regularizado na

serventia, tem-se, ainda, que sequer houve tempo hábil para remessa ao Ministério Público para análise de eventual oferecimento de denúncia, sendo certo que em caso de recebimento desta última peça, o impetrante poderá ter acesso ao feito através do site deste TJ/RJ.”

Parecer da Procuradoria de Justiça a f. 28/34 (e-doc. 000028), da lavra da Procuradora KÁTIA AGUIAR MARQUES SELLES PORTO, pela denegação da ordem.

Manifestação do impetrante a f. 37/38 (e-docs. 000037), acostando os documentos de f. 39/40 e 41/42 (e-docs. 000039 e 000041), em que as vítimas A. e A.K., em carta de próprio punho, não se opõem à concessão de liberdade à paciente. Manifestação do impetrante a f. 45/46 (e-doc. 000045), acostando cópia da cota da denúncia (e-doc. 000047), em que o Ministério Público de origem não se opôs à concessão de liberdade à acusada.

Despacho a f. 50 (e-doc. 000050), determinando a expedição de ofício à autoridade impetrada para que remetesse cópia da denúncia, das declarações prestadas em sede policial e do exame de corpo de delito das vítimas.

Denúncia a f. 54/55 (e-doc. 000053).

Termos de declarações a f. 57/60 (e-doc. 000056).

Laudo de Exame de Corpo Delito de Integridade Física a f. 62/63 (e-doc. 000061).

É o relatório.

VOTO

Do exame dos autos, verifica-se que assiste parcial razão ao impetrante.

Com efeito, a paciente foi denunciada pela prática do crime previsto no art. 121 c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Segundo a inicial de f. 54/55, do anexo 01 (e-doc. 000053), no dia 24/04/2020 a vítima A. estava em sua casa onde mora com a sua companheira A.K., quando a denunciada, insatisfeita com o fim do seu relacionamento com

A.K., pulou o muro da residência e, portando uma faca, proferiu ameaças dizendo que mataria a vítima. Consta, ainda, que teve início uma luta corporal com a vítima A., que foi atingida por golpes de faca na região do ombro e do rosto, até a intervenção da testemunha A.K., que conseguiu acalmar a denunciada até a chegada da polícia.

Em consulta realizada junto ao sítio deste E. Tribunal de Justiça ao histórico de movimentações do processo originário (0085123-60.2020.8.19.0001) verifica-se que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva em 26/04/2020, nos seguintes termos:

“(...) No caso em tela, com relação ao *fumus commissi delicti*, extrai-se do inquérito policial que a custodiada foi presa após invadir a residência de sua ex-companheira e desferir golpes de faca contra o seu atual namorado. Segundo os depoimentos prestados em sede policial, a custodiada não se conforma com o fim do relacionamento e já havia ameaçado a vítima e seus filhos em outras oportunidades. Quanto ao *periculum libertatis*, a segregação cautelar é necessária para a garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. Inicialmente, a gravidade em concreto do delito demonstra a periculosidade da custodiada e a necessidade da prisão para resguardar a ordem pública. Da mesma forma, o regular andamento da instrução criminal deve ser garantido pela segregação preventiva da custodiada, porquanto sua liberdade nesta fase processual poderia acarretar sérios gravames à colheita das provas necessárias ao julgamento da demanda, sobretudo diante da probabilidade de vir a influenciar negativamente o depoimento da vítima e testemunha, que se sentiriam constrangidas ou até intimidadas em prestar o depoimento

de forma livre. Isso sem contar que a aplicação da lei penal também está em risco, pois não há nos autos a comprovação de que a custodiada possua residência fixa ou mesmo que exerça ocupação lícita. A primariedade da custodiada não obsta a segregação cautelar. Vale ressaltar que o crime imputado à custodiada tem pena máxima superior a quatro anos, restando cumprida a exigência legal contida no art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal. No que toca ao princípio da homogeneidade, a análise de questões acerca da possível fixação da pena em regime menos gravoso demanda dilação probatória. Ante o exposto, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA.”

A custódia cautelar restou mantida em 23/07/2020.

Registre-se que o feito conta com audiência de instrução e julgamento designada para o dia 06/10/2020 e que se trata de processo eletrônico, de modo que o advogado poderá ter acesso aos autos através do sítio deste Tribunal de Justiça.

Com relação aos requisitos da prisão preventiva, como é cediço, a prisão preventiva, enquanto medida cautelar restritiva de direito fundamental, se caracteriza pela sua excepcionalidade e provisoriedade, devendo ser imposta ou mantida apenas quando atendidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, mediante decisão judicial fundamentada com base em elementos concretos.

Outrossim, a nova redação conferida ao art. 282 do Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/11 enuncia como norte o princípio da proporcionalidade, cabendo ao julgador observar não apenas os requisitos e pressupostos previstos nos artigos 312 do Código Penal, mas também a necessidade e a adequação da medida, bem

como os parâmetros de sua admissibilidade, tal como exigem os art. 282 e 313, do mesmo diploma legal.

De fato, verificando-se a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas, não pode a segregação cautelar funcionar como antecipação de pena, sob pena de violação aos princípios estabelecidos na Constituição Republicana, dentre eles a presunção de inocência e o devido processo legal.

Na situação em comento, em que pese a gravidade do crime atribuído à paciente, inexistente dado concreto e, portanto, apto a indicar a imperiosidade da prisão preventiva, tampouco que a soltura da paciente poderá colocar em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

Isso porque se trata de ré primária e possuidora de bons antecedentes, conforme consulta à sua Folha de Antecedente Criminal, realizada junto ao sítio do Sistema Estadual de Identificação – FAC *on line*, que demonstrou residência fixa (f. 03, do anexo 01) e ocupação lícita (f. 04, do anexo 01), sendo certo que a vítima e a testemunha presencial não se opuseram à concessão de liberdade à paciente, que contou, inclusive, com parecer favorável do Ministério Público de origem, como se vê a f. 47/48 (*e-doc.* 000047).

Nesse aspecto, inclusive, conforme já pacificado pelos Tribunais Superiores, a gravidade abstrata do delito não se revela fundamento idôneo para, por si só, justificar a segregação cautelar, sendo a prisão admissível a esse título somente se os elementos nos autos indicarem a sua real necessidade.

Nesse contexto, não está infirmada a possibilidade de aplicação *in casu* das medidas cautelares diversas da prisão para resguardar os fins previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente diante da pandemia provocada pelo COVID-19, reservando-se a restrição cautelar, em momento em que se busca a

imposição de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal, para as situações de absoluta necessidade.

Pelo exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado, voto pelo CONHECIMENTO e pela CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM para substituir a prisão da paciente pelas seguintes medidas cautelares estabelecidas no art. 319 do Código de Processo Penal, a saber: a) proibição de ausentar-se da Comarca por mais de 08 (oito) dias, sem prévia autorização judicial; b) comparecimento em Juízo sempre que intimada, devendo comprovar, no primeiro comparecimento, seu endereço; c) proibição de mudança de endereço sem prévia comunicação ao juízo, devendo manter atualizado no Juízo de origem seu endereço; d) proibição de manter qualquer tipo de contato com a vítima A.F.M.S. e com a testemunha A.K.C., ambas arroladas na denúncia, e de delas se aproximar por menos 200 (duzentos) metros, sob pena de decretação de nova prisão.

RIO DE JANEIRO, 01 DE OUTUBRO DE 2020.

DES. PAULO BALDEZ

RELATOR

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE PESSOAS. CORRUPÇÃO DE MENORES. DELITO FORMAL. SÚMULA Nº 500 DO STJ. VEDAÇÃO DA REFORMA *IN PEJUS*. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

APELAÇÃO. ARTIGO 157, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 244-B DA LEI Nº 8.069/90.

PRELIMINAR. NULIDADE DO RECONHECIMENTO – Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não há de se falar em violação ao artigo 226 do Código de Processo Penal quando o reconhecimento do réu é feito de forma segura, devendo ser ressaltado, aqui, que a expressão “se possível” permite a con-

clusão de que se trata de uma recomendação e não de exigência. Precedentes.

MÉRITO. DELITO DE ROUBO. DECRETO CONDENATÓRIO. CONSUMAÇÃO. MAJORANTE. RESPOSTA PENAL. REGIME – A autoria e a materialidade delitivas do delito de roubo majorado pelo concurso de agentes foram comprovadas através do robusto acervo de provas coligido aos autos, em especial, o depoimento da vítima, estando comprovadas, a consumação do crime e a causa de aumento ínsita no inciso II do § 2º do artigo 157 do Código Penal. **INJUSTO PENAL DE CORRUPÇÃO DE MENORES** – Considerando-se que o acusado Wellington praticou o injusto de roubo em comunhão de ações com o adolescente E. H. N. F., diante do teor da Súmula 500 do Superior Tribunal de Justiça: A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal, sem reparo a sentença, cabendo consignar que a aplicação da pena é resultado da valoração subjetiva do Magistrado, respeitados os limites legais impostos no preceito secundário da norma, com a observância dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da individualização da pena, cuja dosimetria será, aqui, reparada. **PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0319307-29.2018.8.19.0001, em que são Apelante Wellington da Silva Alves dos Santos e Apelado Ministério Público,

Acordam os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer o recurso, rejeitar a preliminar, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para: 1) Reduzir o aumento da pena-base do delito de rou-

bo ao percentual de 1/6 (um sexto); 2) Abrandar a resposta penal do injusto penal de corrupção de menores ao mínimo legal; 3) Valorar o concurso formal (roubo e corrupção de menores), aquietando a reprimenda em 07 (sete) anos, 05 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no valor estabelecido pelo julgador e 4) Fixar o regime inicial semiaberto (artigo 33, § 2º, “B”, do Código Penal), nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

VOTO

O recurso será conhecido, pois presentes os requisitos para sua admissibilidade, e, parcialmente, provido.

Correpresentado E. H. N. F.

Por dever de informação, cumpre consignar que esta Egrégia Câmara Criminal manteve a procedência da representação em desfavor do inimputável E.H. pela prática do ato infracional análogo ao crime do artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, quando do Julgamento da Apelação Criminal nº 0003918- 43.2019.8.19.0001 da Relatoria do Eminentíssimo Desembargador CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID, cuja ementa ora transcrevo:

Recurso de Apelação. ECA. Ato infracional análogo ao crime descrito no artigo 157, § 2º, II, do CP. Foi julgada procedente a representação, sendo aplicada ao infrator a MSE de internação. Recurso defensivo, requerendo a improcedência da representação e subsidiariamente a aplicação de MSE mais branda. Parecer da Procuradoria de Justiça no sentido do conhecimento e não provimento do recurso. 1. Colhe-se dos autos que no dia 13/11/2017, próximo a 01h30min, em via pública; na Avenida Abelardo Chacrinha Barbosa. Rio de Janeiro, o infante, em comunhão de ações e desígnios com o imputável Wellington da Silva Alves dos Santos e outros indivíduos não identificados, mediante a violência,

consistente em desferir chutes socos na vítima, subtraiu, para si ou para outrem, a quantia em espécie de €150,00 (cento e cinquenta euros, R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) espécie, uma carteira da OAB, um cartão do plano de saúde e cartões bancários, de propriedade da vítima Pedro Guilherme L. Pacheco Cascon Martins. 2. Em que pese a defesa requerer a improcedência da representação, não se verifica qualquer fundamento nos elementos de convicção constantes dos autos. 3. Não há dúvidas quanto a materialidade e autoria, havendo provas claras da ação em conjunto com o imputável e outros agentes não identificados, e foi reconhecido em juízo, ocasião em que a vítima pormenorizou os fatos. Correta a análise das provas, remanescendo a procedência da representação. 4. Houve a prática de infração mediante violência à pessoa, mostrando-se adequada a MSE de internação, conforme o artigo 122, I, do ECA, ponderando-se a situação individual do jovem a possibilitar o cumprimento da medida e o seu afastamento de situações de risco. 5. Ressalto que o adolescente já havia sido submetido à MSE de liberdade assistida e conforme os autos, deixou de cumpri-la. 6. Recurso conhecido e não provido.

Ultrapassadas tais considerações, procede-se à análise da preliminar:

NULIDADE DO RECONHECIMENTO

Não assiste razão à defesa técnica do apelante Wellington ao requerer a nulidade do reconhecimento feito em Juízo, aduzindo, em apertada síntese, não ter sido observado o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal¹, pois o citado dispositivo legal, apenas, exige que a pessoa, cujo reconhecimento se pretende, seja colocada ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, se possível, ou seja, não é obrigatória, sendo certo que a sua inobservância geraria, apenas, nulidade relativa. E pelo princípio geral norteador das nulidades – *pás de nullité sans grief* – insito no artigo 563 do Código de Processo Penal², impõe ao suposto prejudicado o ônus de demonstrar o prejuízo sofrido, capaz de nulificar o processo, não o socorrendo a simples alegação de sua ocorrência.

Noutras palavras, ainda que um ato processual contenha alguma imperfeição, tal só acarretará sua nulidade se prejudicar qualquer das partes, o que exige a prova do efetivo prejuízo sofrido, de forma a autorizar a sua nulidade, o que não aconteceu nos autos ao se considerar que a vítima P.H. que, sob o crivo do contraditório, reconheceu o acusado Wellington de forma segura.

- 1 Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:
- I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
 - II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
 - III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
 - IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.
- Parágrafo único. O disposto no n° III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.
- 2 Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se dá nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: (...) ³. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei (AgRg no AREsp nº 1.054.280/PE, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 13/06/2017) (...)

Por tudo isso, rejeita-se a preliminar.

CRIME DE ROUBO. CONSUMAÇÃO.

Inicialmente, cumpre consignar que o Inquérito Policial nº 019-07331/2017 teve início através da Portaria de item 000007. E no Registro de Ocorrência e seu Aditamento consta a dinâmica fática (itens 000008 e 000045):

Dinâmica do Fato

Narra o comunicante que na data de hoje, 13/11/2017, por volta de 01:30 hs, caminhava pela avenida Abelardo Chacrinha Barbosa, Tijuca, quando num dado momento, cinco indivíduos se aproximaram do comunicante para roubar seu telefone celular. Os meliantes abordaram o comunicante de forma agressiva, desferindo diversos socos e chutes no comunicante. O comunicante caiu ao solo e continuou sendo agredido pelos meliantes. O comunicante não visualizou armas com os meliantes. Que o telefone celular do comunicante estava em seu bolso, não vindo a ser levado pelos meliantes. Que a carteira do declarante foi subtraída pelos meliantes. Depois de diversos chutes e socos, o comunicante conseguiu se desencilhar dos meliantes e chegar a portaria de seu edifício, na rua Desembargador Isidro, nº 57. Que do interior da portaria, o comunicante conseguiu visualizar com mais clareza um dos meliantes, sendo esse reconhecido pelo comunicante, depois de fornecidas fotos do banco de dados desta Delegacia, sendo o meliante reconhecido, o nacional WELLINGTON DA SILVA ALVES DOS SANTOS, identidade nº 23112492-6, como tendo participado efetivamente das agressões físicas ao comunicante no intuito de subtrair seu telefone celular. Diante dos fatos, comparece a esta Delegacia para registrar ocorrência.

Feito este breve introdutório, no caso em exame, a materialidade delitiva foi, sobejamente, comprovada pela prova oral colhida, restando certa, então, a subtração de coisas alheias móveis, ciente o agente que aquelas não lhe pertenciam e que agia sem o consentimento do dono, tendo tido a intenção de fazê-las sua, ou de outrem, estando, assim, presentes todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo, pois que indiscutível o *animus furandi*.

E quanto à autoria, também, restou indubitável diante do robusto acervo probatório, afastando-se o pleito defensivo de absolvição por fragilidade probatória (artigo 386, inciso VII ⁴, do Código de Processo Penal), sendo bom dizer que o apelante Wellington não foi ouvido na fase inquisitorial, e, em Juízo (item 000155), limitou-se a negar a prática da conduta típica e a afirmar que não conhecia o menor, inexistindo, contudo, qualquer dúvida acerca da acusação que lhe foi imputada, pois a vítima P.H., sob o crivo do contraditório, ratificou o reconhecimento de Wellington – Presentes para serem submetidos a reconhecimento, na forma do art. 226, do CPP, as seguintes pessoas, na ordem da esquerda para a direita: dois presos, cada um portando os números 1 e 2,

Bom dizer que a vítima P.G., no dia dos fatos, reconheceu, por fotografia, o acusado Wellington, como um dos autores do fato típico a que foi subjugada, conforme Auto de Reconhecimento de Pessoa (item 000011):

PEDRO GUILHERME L. PACHECO CASCON MARTINS nos termos do que dispõe o artigo 226, inciso I, do Código de Processo Penal, e na presença das testemunhas, passa a descrever as características físicas da pessoa a ser reconhecida:

Após a observância do que dispõe o artigo 226, inciso I, do Código de Processo Penal, em razão da impossibilidade de cumprir as formalidades previstas no inciso II do mencionado artigo, Reconhecimento realizado através de foto fornecida à vítima nesta Delegacia. RECONHECE a pessoa abaixo qualificada de forma individual.
Foto do nacional WELLINGTON DA SILVA ALVES DOS SANTOS, identidade nº 23112492-6.

3 BRASIL. STJ. REsp 1.853.401 / SP. RECURSO ESPECIAL. 2019/0372887-9. Relator(a): Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 25/08/2020. Data da Publicação/Fonte: DJe 04/09/2020.

4 Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

sendo que o réu portava o número 1. Todos foram colocados dentro da sala de audiência e a testemunha supracitada os olhou pelo visor de reconhecimento existente na sala de audiência, na presença do MP e da defesa do réu, de forma que não pudesse ser visto pelos mesmos. Procedido ao ato do reconhecimento, pela testemunha foi dito que reconhecia o acusado de número 1 como autor dos fatos narrados na denúncia (item 000155) –, e narrou, com precisão, como ocorreu a conduta típica, afirmando, em síntese, que voltava de um restaurante e caminhava em direção a sua residência, e três elementos lhe pediram dinheiro, o que foi negado e quando já estava bem próximo de sua casa, eles se aproximaram e começaram a agredir-lhe com socos, chutes e empurrões, chegando, em seguida, mais dois elementos que se juntaram aos demais. Disse que os cinco indivíduos, dentre eles o réu, que era o mais forte de todos, continuaram a bater-lhe com muita violência, tendo, inclusive, chegado a cair no chão e ficado tonto após levar um soco no nariz. E embora já estivesse no solo, continuou apanhando, conseguindo, em certo momento, se desvencilhar e correr até a portaria do seu prédio, de onde pode visualizar bem a fisionomia de todos os elementos, tendo subtraída sua carteira da OAB, depois recuperada, e, em razão da agressão sofrida, ficou três semanas sem trabalhar (item 000155).

De outro giro, ouvida a testemunha de Defesa C.M., nada acresceu ao deslinde da controvérsia, pois não presenciou a prisão do acusado, declarando, apenas, que Wellington é trabalhador e

participa de um projeto social no Andaraí como incentivador dos jovens na prática de esportes e, mais especificamente, de artes marciais.

Bom ressaltar que não merece prosperar o argumento defensivo, de que como uma pessoa que momentos antes do assalto ingeria substâncias alcoólicas e após ter sido agredida ao ponto de ficar completamente tonta, ainda foi capaz de guardar o rosto dos roubadores sem sombras de dúvidas? (item 000252), a uma, porque P.H. prestou depoimento firme, coeso e em conformidade com suas declarações em sede policial, e a duas, por não haver nos autos comprovação de que o mesmo tivesse feito consumo excessivo de álcool a ponto de alterar sua capacidade de percepção e discernimento, de modo a que não pudesse identificar os seus roubadores.

E se já não bastasse, as agressões sofridas pela vítima restaram comprovadas através do Laudo de Exame de Corpo Delito de Lesão Corporal (item 000022), que apontou a existência de 29 lesões:

Histórico:
Alega ter sido agredido no dia 13/11/2017 por volta das 01h30 e além ter sido roubado, atacado por cinco pessoas com socos, chutes e tapas; nega atendimento hospitalar; alega dores.

Descrição:
o exame direto realizado às 13h50m do dia 14/11/2017 apura: há escoriações em placas perdo-avermelhadas localizadas nas regiões: frontal e malar à direita, toda pirâmide nasal, ombros, face posterior dos antebraços, cotovelo esquerdo, dorso das mãos, joelhos, face anterior das pernas em número de 29 lesões, meda a maior 60x55 mm e a menor 05 mm em seus maiores eixos.

Das respostas aos quesitos:
1) Há vestígio de lesão à integridade corporal ou à saúde da pessoa examinada com possíveis nexos causal e temporal ao evento alegados ao perito?
SIM.
2) Qual foi o instrumento ou meio que produziu a lesão?
AÇÃO CONTUNDENTE.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...)

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Saliente-se, por fim, que a defesa do réu não carregou aos autos qualquer elemento que pudesse infirmar a palavra da vítima e, no crime de roubo, tem ela relevante valor probatório na reconstrução dos fatos, não podendo ser desprezada sem que argumentos contrários, sérios e graves a desconstituam, porque seu único objetivo é o de apontar o verdadeiro autor da subtração que sofreu, merecendo destaque as fundamentações esposadas no seguinte aresto: (...) Nos crimes de roubo, a palavra da vítima é decisiva para a condenação, mormente quando as partes não se conheciam anteriormente, não havendo motivo para que terceira pessoa desconhecida fosse injustamente acusada por aquele que teve seu patrimônio desfalcado ou por quem foi ameaçada no curso da ação delituosa. Na verdade, neste tipo de infração, a vontade da vítima é a de apontar o verdadeiro autor da subtração ou da violência sofrida⁵. (...), estando consumado o delito de roubo por ter o acusado desfrutado da posse mansa e pacífica da *res furtivae*, que não foi, integralmente, recuperada.

CONCURSO DE PESSOAS.

Embora sem insurgência da defesa, evidenciado o concurso de agentes, porquanto demonstrado que o acusado, o menor E.H. e mais três elementos não identificados, estavam juntos na cena do

crime e voltados, segundo a prova colhida, para o sucesso da obra delituosa, de modo a autorizar a exasperação da pena, dada a maior periculosidade dos agentes, que se uniram para a prática do injusto penal, dificultando a defesa da vítima.

Por fim, a sentença impugnada, em razão da majorante prevista no artigo 157, § 2º, II⁶, do Código Penal, aumentou de forma escorreita a pena aplicada em 3/8 (três oitavos), nos seguintes termos: (...) Réu agredido por cinco pessoas ao mesmo tempo, sendo que pelo menos uma delas, o réu, praticante de artes marciais. Covardia absoluta (...) (item 000195), portanto, não merece nenhum reparo, inclusive, porque elencados com observância do artigo 93, IX⁷, da Constituição Federal e em atenção ao comando ínsito na Súmula 443⁸ do Superior Tribunal de Justiça.

INJUSTO PENAL DO ARTIGO 244-B DA LEI Nº 8.069/90

Na denúncia, imputou-se ao acusado Wellington o cometimento do delito de roubo na companhia do adolescente E.H.: (...) ademais, conforme restou comprovado, o Denunciado, com vontade livre e consciente corrompeu o menor de 18 (dezoito) anos E.H.N.F., com ele praticando infração penal. (...), adequando tal conduta à figura abstrata prevista no citado texto de lei: “Corromper ou facilitar a corrupção de menor de

5 BRASIL. TJRJ. APELAÇÃO. Processo 0439258-85.2016.8.19.0001. Des(a). MARCUS HENRIQUE PINTO BASÍLIO. Primeira Câmara Criminal. Julgamento: 29/09/2020.

6 Roubo

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. (...)

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: (...)

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; (...)

7 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

8 Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça: O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la”. (item 000002)

Frise-se que a menoridade do adolescente está, devidamente, comprovada através do Registro de Ocorrência Aditado (item 000045), sendo certo que contava ele com 17 (dezesete) anos à época dos fatos (13/11/2017), pois nascido no dia 25/09/2000 (item 000055).

E a par da acirrada discussão acerca do entendimento ser o delito de natureza formal ou material, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial Representativo da Controvérsia – REsp nº 1.127.954/DF, sedimentou entendimento de que para a configuração do crime de corrupção de menores, de natureza formal, basta que haja evidências da participação de menor de 18 (dezoito) anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de já estar ele corrompido, diante do teor da Súmula 500 do Superior Tribunal de Justiça: A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal, como, aqui, em que a vítima, sob o crivo do contraditório, confirmou a participação de E.H. na empreitada criminosa, o que impede o acolhimento da tese absolutória, não havendo, inclusive, de se falar em ausência de dolo. Logo,

depreende-se que o réu Wellington agiu na obra criminosa com o adolescente, devendo ser conservada a condenação pela prática do delito do artigo 244-B⁹ da Lei nº 8.069/90.

RESPOSTA PENAL

A aplicação da pena é resultado da valoração subjetiva do Magistrado, respeitados os limites legais impostos no preceito secundário da norma, com a observância dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do princípio constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição da República¹⁰, consoante os ensinamentos de NUCCI: “Conceito de fixação da pena: trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada) (...)”.¹¹

A) PENA-BASE: O Magistrado sentenciante, na primeira fase da dosimetria, procedeu à majoração da reprimenda em 1/2 (metade), sob a justificativa de que: Roubo: (...) Réu primário, e que não tem antecedentes. Culpabilidade, toda-

9 Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

10 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: (...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.

11 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 393.

via, exacerbada pelo grau de violência empregado no roubo, atestado a f. 11 e verso, tendo a perícia médico-legal identificado nada menos que 29 lesões na vítima, em diversas partes do corpo, especificamente nas regiões frontal e malar, toda a pirâmide nasal, ombros, face posterior dos antebraços, cotovelo esquerdo, dorso das mãos, joelhos e face anterior das pernas. Considere-se que o nível de violência foi ainda potencializado pelo domínio do réu de determinadas modalidades de artes marciais. Ordinários os motivos do crime. Quanto às circunstâncias de tempo e local, nada a pontuar. Todavia, no que se refere às circunstâncias relativas ao modo de execução, será deixada para a 3ª fase a consideração sobre o concurso de pessoas. As consequências do crime foram graves, ante as lesões sofridas, tendo a vítima declarado em Juízo que ficou incapacitada para o trabalho por cerca de três semanas (ver minuto 5'11" de seu depoimento). Nada a pontuar sobre o comportamento da vítima, que se revelou absolutamente neutro (...) e Corrupção de menores: (...) Réu primário, e que não tem antecedentes. Culpabilidade, todavia, exacerbada pela natureza do crime com que corrompeu o adolescente E.H.N.F., vez que o roubo é crime violento, e no caso, inclusive, a violência empregada foi muita. As consequências da corrupção foram significativas, pois o menor de idade foi processado na VIJ e mereceu MSE

de internação (a mais grave). Vide f. 139. Nada a pontuar sobre as demais circunstâncias judiciais (...) (item 000195), fixando-as, respectivamente, em 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO e 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO.

Pois bem. O fundamento utilizado pelo Julgador para exasperar a reprimenda do injusto patrimonial não merece nenhum reparo, inclusive, porque elencados com observância do artigo 93, IX, da Constituição Federal¹², devendo, contudo, ser corrigido o aumento imposto em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, razão pela qual se reduz ao percentual de 1/6 (um sexto).

E quanto ao delito de corrupção de menores, o aumento em razão da culpabilidade e consequências do crime não são aptos para tal, devendo a pena ser reduzida ao mínimo legal, inexistindo atenuantes e agravantes a serem valoradas.

B) CONCURSO FORMAL. EFEITO DEVOLUTIVO:

Em que pese a ausência de insurgência da defesa de Wellington, possível, com esteio no amplo efeito devolutivo da apelação, o reconhecimento do concurso formal de crimes (artigo 70 do Código Penal¹³), porquê da análise pormenorizada do conjunto probatório carreado aos autos, resta claro que a conduta do apelante estava direcionada para a prática do crime contra o patrimônio (roubo), porém, acabou por praticar, também, o injusto penal de corrupção de menores, pois no desígnio

12 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

13 Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicasse-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/1984)

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/1984)

dele envolveu o adolescente E.H., que à época dos fatos – 13/11/2017 – contava com 17 (dezesete) anos, pois nascido no dia 25/09/2000.

Logo, com uma única ação direcionada ao delito de roubo, o réu praticou dois delitos (roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e corrupção de menores), ficando caracterizado o concurso formal próprio, consoante entendimento esposado no seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: (...) 4. “Na hipótese dos autos as instâncias de origem aplicaram o concurso material sem apresentar fundamento suficiente para concluir pela existência de condutas distintas e desígnios autônomos. Impõe-se o reconhecimento do concurso formal, na forma do art. 70 do CP, sem que seja necessária a rediscussão de fatos e provas, porquanto foi reconhecido que o delito de corrupção de menores consumou-se pela mera participação do menor no crime de roubo perpetrado” (HC nº 466.746/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 01/02/2019). (...) ¹⁴

Bom frisar que o Superior Tribunal de Justiça já firmou posição no sentido de que para a fixação do *quantum* do exaspero na última fase – aumento mínimo de 1/6 e máximo de 2/3 – deve ser observado o critério aritmético, ou seja, a quantidade de infrações perpetradas: (...) 8. Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infra-

ções; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações (HC nº 342.475/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 23/02/2016). (...) ¹⁵

Dito isso, considerando que foram praticados dois tipos penais, a pena mais grave (roubo) deverá ser exasperada na fração de 1/6 (um sexto).

DO EXPOSTO, REDIMENSIONO AS REPRIMENDAS NOS SEGUINTES TERMOS:

CRIME DE ROUBO

1ª E 2ª FASES: Mantém-se o recrudescimento da pena-base na forma da fundamentação constante da sentença vergastada, porém, reduzo aumento para 1/6 (um sexto), fixando-a em 04 (QUATRO) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 11 (ONZE) DIAS-MULTA, no valor unitário mínimo legal, que permanece inalterada na fase intermediária à mingua de agravantes e atenuantes.

3ª FASE: Em razão da majorante prevista no inciso II, §2º do artigo 157 do Código Penal, aumento a pena em 3/8 (três oitavos), aquietando-a, definitivamente, em 06 (SEIS) ANOS E 05 (CINCO) MESES DE RECLUSÃO E 15 (QUINZE) DIAS-MULTA, de igual valor.

DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES.

Como já justificado, reduz-se a pena-base ao mínimo legal de 01 (UM) ANO DE RECLUSÃO, que torno definitiva à mingua de outros moduladores.

Por fim, atenta às disposições do artigo 70¹⁶

14 BRASIL. STJ. Processo HC nº 581.622 / RJ. *HABEAS CORPUS* 2020/0114308-8. Relator(a) Ministro JOEL ILAN PACIORNIK. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data do Julgamento: 25/08/2020. Data da Publicação/Fonte: DJe 31/08/2020.

15 BRASIL. STJ. AgRg no AREsp nº 724.584/DF. *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL*. Processo 2015/0134884-7. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Quinta Turma. Julgamento: 13/12/2018. Publicação: 19/12/2018.

16 Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicasse-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/1984)

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/1984)

do Código Penal, aumento a pena do crime do artigo 157, § 2º, inciso II do mesmo diploma legal, por ser a mais grave, em 1/6 (um sexto), fixando-a, definitivamente, em 07 (SETE) ANOS, 05 (CINCO) MESES E 25 (VINTE E CINCO) DIAS DE RECLUSÃO E 15 (QUINZE) DIAS-MULTA, no valor estabelecido na sentença vergastada.

REGIME PRISIONAL.

Com esteio na proporcionalidade à pena aplicada, levando-se, ainda, em conta ter sido esse o único critério utilizado pelo Juiz *a quo* – O regime de pena, inicialmente, será o fechado. Inteligência dos artigos 33, §§ 2º, “a” e 3º, do CP – (item 000195) e diante da redução da sanção, aqui, operada, bem como da vedação da *reformatio in pejus*, impõe-se o regime inicial semiaberto, na forma do disposto no artigo 33, § 2º, alínea “b”¹⁷, do Código Penal.

DISPOSITIVO

VOTO, ASSIM, NO SENTIDO DE CONHECER O RECURSO, REJEITAR A PRELIMINAR, E, NO MÉRITO, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO PARA:

1) REDUZIR O AUMENTO DA PENA-BASE DO DELITO DE ROUBO AO PERCENTUAL DE 1/6 (UM SEXTO);

2) ABRANDAR A RESPOSTA PENAL DO INJUSTO PENAL DE CORRUPÇÃO DE MENORES AO MÍNIMO LEGAL;

3) VALORAR O CONCURSO FORMAL (ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES), AQUIETANDO A REPRIMENDA EM 07 (SETE) ANOS, 05 (CINCO) MESES E 25 (VINTE E CINCO) DIAS DE RECLUSÃO E 15 (QUINZE) DIAS-MULTA, NO VALOR ESTABELECIDO PELO JULGADOR E

4) FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO (ARTIGO 33, § 2º, “B”, DO CÓDIGO PENAL).

RIO DE JANEIRO, 15 DE OUTUBRO DE 2020.

DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES

RELATORA

ROUBOS MAJORADOS. CONCURSO DE AGENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NÃO REALIZAÇÃO. COVID-19. EMPREGO DE ARMAS. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. SUBTRAÇÃO DE APARELHOS CELULARES.

HABEAS CORPUS. ROUBOS MAJORADOS PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, EM CÚMULO FORMAL PERFEITO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL SUPOSTADO PELO PACIENTE POR: 1) EXPEDIÇÃO DE JUÍZO CONVERSOR DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA, SEM A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA; 2) INÉPCIA DA DENÚNCIA; 3) AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA EXTREMA; 4) INEXISTÊNCIA DO *PERICULUM LIBERTATIS*; 5) SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PREVISTAS NO ART. 319, DO CPP; 6) CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS, TAIS COMO, BONS ANTECEDENTES, RESIDÊNCIA FIXA E ATIVIDADE LABORATIVA LÍCITA. O paciente foi preso em flagrante em 14/07/2020 e teve sua prisão convertida em preventiva no dia 16/07/2020. A não realização da audiência de custódia está plenamente justificada. Consoante asseverou o magistrado prolator do deciso, “a audiência de custódia não pôde ser realizada em virtude

17 Reclusão e detenção

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/1984) (...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/07/1984) (...)

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, tendo em vista a recente pandemia do COVID-19”. Não há, portanto, ilegalidade na decisão pela não realização do referido ato, bem como não há falar-se em ilegalidade do flagrante, uma vez que tais argumentações se encontram superadas em face da alteração do título prisional. Precedentes jurisprudenciais nesse sentido. Não há que se falar, também, em inépcia da denúncia, peça, por sinal, que fornece à defesa plenas condições ao seu regular exercício, tanto no que se refere à autodefesa, quanto à defesa técnica. A incoativa descreve um roubo em concurso de pessoas e com emprego de, pelo menos, duas armas de fogo, conduta realizada em um estabelecimento comercial, de onde foram subtraídos 69 aparelhos celulares, além do roubo de um outro celular de uma pessoa que estava do lado de fora da loja. A conduta específica do paciente Gabriel está devidamente descrita. A exordial aponta que, após a subtração, “dois criminosos, dentre os quais o denunciado Gabriel, apareceram nas conduções de duas motocicletas, aguardando tanto o demandado João Vitor quanto os demais criminosos que estavam dentro da loja. Finda a subtração, o denunciado João Vitor subiu na garupa da motocicleta conduzida pelo demandado Gabriel e fugiram, tal como feito pelos demais criminosos não identificados. Portanto, o denunciado Gabriel, de forma livre e consciente, concorreu eficazmente com o demandado João Vitor e com outros comparsas, para os crimes de roubo antes narrados, pois lhe cabia dar fuga aos seus asseclas, dentre os quais o denunciado João Vitor.” A denúncia, ao contrário do afirmado na impetração, nada tem de genérica, sendo um primor no quesito “descrição fática”. De outro giro e no mesmo talho, em uma análise perfunctória, possível em sede de *habeas corpus*, tem-se que o *decisum*

converso se encontra devidamente motivado e lastreado em elementos concretos, nos termos do art. 93, IX, da CR/88 e art. 315 do CPP, deixando evidenciada a necessidade da segregação cautelar, notadamente para garantia da ordem pública. Há indícios de autoria (*fumus comissi delicti*), consubstanciados na própria situação flagrancial em que se deu a prisão. A decisão atacada revela que “uma das vítimas estava na entrada da loja onde ocorreu o fato aguardando sua mãe, quando foi abordada pelo custodiado João Vitor. Este, em tom de ameaça e portando uma arma de fogo, ordenou que a vítima entrasse no estabelecimento e entregasse o seu celular. Em seguida, ordenou que as vítimas aguardassem em um canto da loja, enquanto se dirigia ao cofre com outros dois indivíduos. Após colocar as caixas de aparelho celular em pelo menos 3 bolsas de viagem e uma sacola do próprio estabelecimento, fugiram em duas motocicletas que os aguardavam do lado de fora da loja. Em ato contínuo, policiais em patrulhamento, tiveram a atenção voltada para os custodiados que se deslocavam juntos a pé. Realizada a abordagem, com o custodiado João Vitor foram encontrados dois telefones celulares e uma réplica de pistola cor preta. Ressalta-se ainda que, apontado por populares, foi localizada a moto Honda CB 300, cor dourada, placa LLC-3332 abandonada pelos autores, bem como uma sacola plástica das Casas Bahia, contendo cinco aparelhos celulares em caixas.”. O *periculum libertatis*, ou seja, o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (art. 312 do CPP, sob a nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019), também está evidenciado, uma vez que o julgador destaca que “Os fatos narrados revelam a gravidade concreta do delito e a alta periculosidade dos agentes para a integridade física da coletividade. Assim, ao menos neste momento inicial, verifica-se que

a liberdade dos custodiados representa perigo à sociedade, sendo insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Necessária, portanto, a prisão cautelar como garantia da ordem pública”. Nos termos do art. 315, § 1º, do CPP (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), a contemporaneidade dos fatos a justificar a prisão está demonstrada, pois o paciente foi detido em flagrante. A necessidade da medida excepcional, portanto, está evidenciada, não se mostrando adequada a substituição da prisão cautelar por medidas alternativas à prisão, uma vez que se colocaria em risco a coletividade, que deve ser resguardada, para que não seja novamente lesada pela mesma conduta em tese cometida. O cenário da empreitada criminosa revela extrema ousadia, acentuada periculosidade dos agentes e inexorável exposição de elevado número pessoas a risco de morrer, posto que o injusto se deu com o emprego de armas de fogo, em estabelecimento comercial em pleno funcionamento e se estendeu para local público, onde ocorreu novo roubo. A gravidade concreta do delito é inquestionável. De outra banda, condições subjetivas favoráveis, por si sós, não inviabilizam a constrição provisória daquele que sofre a persecução penal instaurada pelo Estado, se presentes os motivos legais autorizadores da medida extrema restritiva, não sendo suficientes ou adequadas quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, do CPP, sendo a prisão preventiva a única medida capaz de garantir a ordem pública e a paz social. Constrangimento ilegal inócidente. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0058625-27.2020.8.19.0000, em que é Impetrante: Luciene Tavares de Brito Rosa e Paciente: Gabriel Virgílio de Oliveira Lima,

Acordam os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em CONHECER E DENEGAR A ORDEM, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se na espécie de *habeas corpus* impetrado em favor de Gabriel Virgílio de Oliveira Lima, em que se alega constrangimento ilegal suportado pelo paciente e perpetrado pelo juízo da 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Madureira.

Como causas de pedir, afirma haver ilegalidades por:

- 1) EXPEDIÇÃO DE JUÍZO CONVERSOR DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA, SEM A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA;
- 2) INÉPCIA DA DENÚNCIA;
- 3) AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA EXTREMA;
- 4) INEXISTÊNCIA DO *PERICULUM LIBERTATIS*;
- 5) SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PREVISTAS NO ART. 319, DO CPP;
- 6) CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS, TAIS COMO, BONS ANTECEDENTES, RESIDÊNCIA FIXA E ATIVIDADE LABORATIVA LÍCITA.

A providência liminar foi indeferida por este relator no índice 31, oportunidade em que foram dispensadas informações da autoridade impetrada, eis que os autos principais são eletrônicos e de consulta livre às suas peças.

A ilustrada Procuradoria de Justiça aconselhou a denegação da ordem, em alentado parecer lavrado pelo insigne e zeloso Dr. RISCALLA J. ABDENUR.

É o Relatório.

VOTO

Não assiste razão ao impetrante em seu desiderato heroico.

O paciente foi preso em flagrante em 14/07/2020 e teve sua prisão convertida em preventiva no dia 16/07/2020.

A não realização da audiência de custódia está plenamente justificada.

Ora, consoante asseverou o magistrado prolator do deciso, “a audiência de custódia não pôde ser realizada em virtude da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, tendo em vista a recente pandemia do COVID-19”.

Não há, portanto, ilegalidade do deciso pela não realização do referido ato, bem como não há falar-se em ilegalidade do flagrante, uma vez que tais argumentações se encontram superadas em face da alteração do título prisional.

A jurisprudência do STJ é pacífica nesse sentido, como se infere dos julgados abaixo:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. LATROCÍNIO TENTADO E MAJORADO. FLAGRANTE. DEMORA NA COMUNICAÇÃO. IRREGULARIDADE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE SUPERADA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DELITUOSA. *MODUS OPERANDI*. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, uma vez decretada a prisão preventiva, fica superada a tese de excesso de prazo na comunicação do flagrante.

2. A conversão do flagrante em prisão preventiva torna superada, também, a alegação de nulidade, relativamente à falta de audiência de custódia.

3. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

4. Na hipótese, a prisão preventiva está adequadamente motivada com base em elementos concretos extraídos dos autos, diante do *modus operandi* da suposta conduta criminosa, indicando a periculosidade do recorrente que, em concurso de agentes e mediante ameaça perpetrada com emprego de arma de fogo, teria adentrado na casa da vítima e, após rendê-la, exigido a entrega de objetos de valor.

5. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido.

(RHC nº 90.113/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 13/12/2017)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO TENTADO. DANO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, o entendimento desta Sexta Turma é de que a falta da audiência de custódia não enseja nulidade da prisão preventiva, superada que foi a prisão em flagrante, devendo ser este novo título de prisão aquele a merecer o exame da legalidade e necessidade.

2. Apresentada fundamentação idônea para a decretação da prisão preventiva, consistente no *modus operandi* do delito,

pois o autor dos fatos, na posse de um facão, desferiu golpes contra os policiais, não conseguindo atingi-los. Em seguida, perseguiu o policial Sérgio José Morete com o intuito de esfaqueá-lo, momento em que o autuado atingiu, por duas vezes, a viatura policial com o facão, danificando-a, não há que se falar em ilegalidade a justificar a concessão da ordem de *habeas corpus*.

3. Habeas corpus denegado.

(HC nº 382.166/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

Não há que se falar, também, em inépcia da denúncia, peça, por sinal, que fornece à defesa plenas condições ao seu regular exercício, tanto no que se refere à autodefesa, quanto à defesa técnica.

A incoativa descreve um roubo em concurso de pessoas e com emprego de, pelo menos, duas armas de fogo, conduta realizada em um estabelecimento comercial, de onde foram subtraídos 69 aparelhos celulares, além do roubo de um outro celular de uma pessoa que estava do lado de fora da loja.

A conduta específica do paciente Gabriel está devidamente descrita.

A exordial aponta que, empós a subtração, “dois criminosos, dentre os quais o denunciado Gabriel, apareceram nas conduções de duas motocicletas, aguardando tanto o demandado João Vitor quanto os demais criminosos que estavam dentro da loja. Finda a subtração, o denunciado João Vitor subiu na garupa da motocicleta conduzida pelo demandado Gabriel e fugiram, tal como feito pelos demais criminosos não identificados. Portanto, o denunciado Gabriel, de forma livre e consciente, concorreu eficazmente com o demandado João Vitor e com outros comparsas, para os crimes de roubo antes narrados, pois lhe cabia dar fuga aos seus asseclas, dentre os quais o denunciado João Vitor.”

A denúncia, portanto, ao contrário do afirmado na impetração, nada tem de genérica, sendo um primor no quesito “descrição fática”.

De outro giro e no mesmo talho, em uma análise perfunctória, possível em sede de *habeas corpus*, tem-se que o *decisum* conversor se encontra devidamente motivado e lastreado em elementos concretos, nos termos do art. 93, IX, da CR/88 e art. 315 do CPP, deixando evidenciada a necessidade da segregação cautelar, notadamente para garantia da ordem pública.

Vejamos o deciso, tal como lavrado:

“Trata-se de APF tendo como indiciados João Vitor Azevedo Antunes e Gabriel Virgílio de Oliveira Lima. Não é realizada audiência de custódia por força do Ato Normativo nº 06/2020 do TJRJ e em razão do disposto no art. 8º, *caput*, da Recomendação 62/2020 do CNJ, com o objetivo de reduzir as possibilidades de contágio do coronavírus, causador da pandemia da doença COVID-19, minimizando assim os riscos de colapso no sistema de saúde. O Ministério Público se manifestou pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. A Defesa pediu o relaxamento do flagrante e, subsidiariamente, a liberdade provisória ou a prisão domiciliar. DECIDO. Quanto à prisão em flagrante, foram observadas as formalidades legais, bem como as condições objetivas e subjetivas da medida pré-cautelar. Não há que se falar em ilegalidade na análise da prisão em flagrante sem audiência de custódia. É fato notório a pandemia de COVID-19, causada por vírus que se transmite de forma muito fácil e pode causar um colapso no sistema de saúde brasileiro. A não realização da audiência de custódia é excepcional, tem respaldo em recomendação do CNJ e em ato deste Tribunal de Justiça, e visa

restringir o contato pessoal e consequentemente diminuir os riscos de contágio, protegendo, ao mesmo tempo, os custodiados, os demais presos inseridos no sistema prisional, todos os outros sujeitos do processo e auxiliares da justiça que contribuem para realização do ato. Portanto, a pandemia configura motivação idônea a justificar a não realização da audiência de custódia e afastar o prazo previsto no art. 310 do CPP. Os custodiados foram presos em flagrante pela prática, em tese, do crime de roubo, punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Admite-se, portanto, a prisão preventiva, nos termos do art. 313, I, do CPP. Há prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, materializados nos depoimentos das vítimas e testemunhas em sede policial, bem como no reconhecimento realizado pelas vítimas em relação ao custodiado João Vitor. Consta do APF que uma das vítimas estava na entrada da loja onde ocorreu o fato aguardando sua mãe, quando foi abordada pelo custodiado João Vitor. Este, em tom de ameaça e portando uma arma de fogo, ordenou que a vítima entrasse no estabelecimento e entregasse o seu celular. Em seguida, ordenou que as vítimas aguardassem em um canto da loja, enquanto se dirigia ao cofre com outros dois indivíduos. Após colocar as caixas de aparelho celular em pelo menos 3 bolsas de viagem e uma sacola do próprio estabelecimento, fugiram em duas motocicletas que os aguardavam do lado de fora da loja. Em ato contínuo, policiais em patrulhamento, tiveram a atenção voltada para os custodiados que se deslocavam juntos a pé. Realizada a abordagem, com o custodiado João Vitor foram encontrados dois telefones celulares e uma réplica de pisto-

la cor preta. Ressalta-se ainda que, apontado por populares, foi localizada a moto Honda CB 300, cor dourada, placa LLC-3332 abandonada pelos autores, bem como uma sacola plástica das Casas Bahia, contendo cinco aparelhos celulares em caixas. Os fatos narrados revelam a gravidade concreta do delito e a alta periculosidade dos agentes para a integridade física da coletividade. Assim, ao menos neste momento inicial, verifica-se que a liberdade dos custodiados representa perigo à sociedade, sendo insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Necessária, portanto, a prisão cautelar como garantia da ordem pública. Além disso, a liberdade dos custodiados pode gerar mais temor às vítimas, que, já abaladas pelo crime e pelo fato de os custodiados saberem o endereço de seu local de trabalho, ainda deverão comparecer em juízo para depor e realizar o ato de reconhecimento de forma isenta e livre de intimidações, tornando necessária a prisão cautelar por conveniência da instrução criminal, a fim de tutelar a produção da prova e não comprometer a busca pela verdade. Ademais, pela análise de sua FAC, observa-se que o custodiado João Vitor é reincidente específico, ostentando condenação anterior com trânsito em julgado em 2019 pela prática de crime de roubo (f. 96), o que evidência, em relação a ele, o risco concreto de reiteração delitiva e reforça a necessidade da prisão cautelar como garantia da ordem pública, atraindo, ainda, a incidência dos artigos 310, § 2º e 313, II, ambos do CPP. Saliente-se que o fato de o custodiado Gabriel não ostentar anotações anteriores em sua FAC e apresentar comprovante de residência fixa e ocupação lícita por si só não impede a decretação de

sua prisão preventiva, devendo o magistrado atentar também para as circunstâncias do crime e sua gravidade em concreto. Nesse sentido é a jurisprudência do E. TJRJ a seguir colacionada: *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. MATÉRIA FÁTICA. DESCABIMENTO. MEDIDAS CAUTELARES. FIXAÇÃO. INVIABILIDADE. O decreto de prisão preventiva e o indeferimento do pedido de revogação desta medida estão devidamente fundamentados, tendo sido a custódia cautelar determinada para a garantia da ordem pública. (...) Por outro lado, o eventual fato de o paciente ser primário, ostentar bons antecedentes, possuir residência fixa e ter ocupação lícita não é, por si só, fundamento para sua pronta colocação em liberdade, notadamente considerando-se a natureza grave da conduta em apuração e a maneira de execução do delito. Por fim, a hipótese não comporta a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, eis que a custódia do paciente se faz plenamente necessária, uma vez que adequada à gravidade e às circunstâncias do crime. ORDEM DENEGADA, com determinação ao juízo de origem que imprima maior celeridade ao feito. 0035544-88.2016.8.19.0000 – *HABEAS CORPUS* DES. ANTÔNIO EDUARDO F. DUARTE – Julgamento: 30/08/2016 – QUARTA CÂMARA CRIMINAL EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR E DE INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – PACIENTE PRESO EM

FLAGRANTE – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA QUE NÃO EXPURGOU A PRISÃO PROCESSUAL – PRESENÇA DO *FUMUS COMMISSI DELICTI* E *PERICULUM LIBERTATIS* – PACIENTE A QUEM SE ATRIBUI A PRÁTICA DE DELITO DE EXTREMA GRAVIDADE – DECRETO SATISFATORIAMENTE FUNDAMENTADO, PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – PROVA DE MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES -- OS FATOS DE SER O PACIENTE PRIMÁRIO, POSSUIR ENDEREÇO FIXO E OCUPAÇÃO LÍCITA, POR SI SÓS NÃO SÃO SUFICIENTES PARA QUE SEJA A CUSTÓDIA REVOGADA, SE CONTINUAM PRESENTES OS PRESSUPOSTOS QUE DETERMINARAM QUE FOSSE DECRETADA A CUSTÓDIA – INVIABILIDADE, NO CASO CONCRETO, DE APLICAÇÃO AO PACIENTE, DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA CUSTÓDIA PREVENTIVA – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA. 0038622-90.2016.8.19.0000 – *HABEAS CORPUS* DES. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO – Julgamento: 30/08/2016 – SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL Por fim, não pode ser concedido o pleito defensivo de prisão domiciliar, pois não está presente qualquer das hipóteses previstas no art. 318 do CPP. A Defesa não demonstra que os custodiados tenham qualquer problema de saúde, tampouco que eventual enfermidade tenha menor chance de tratamento no sistema prisional que nas demais unidades do Sistema de Saúde, atualmente com altas taxas de ocupação de leitos. Ademais, suas condutas registradas neste APF demonstram que os custodiados optam por não respeitar as recomendações das autoridades de saúde, preferindo sair às ruas para praticar crime com grave amea-

ça à pessoa do que manter-se em isolamento social. Assim, há maior probabilidade de contágio próprio e de terceiros com os custodiados fora do sistema prisional, cabendo lembrar que a prisão domiciliar é medida desvigiada. Ante o exposto, com fundamento nos arts. 310, inciso II, 312 e 313 do CPP, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE DE AMBOS OS CUSTODIADOS EM PRISÃO PREVENTIVA. Expeçam-se mandados de prisão. Façam-se as anotações de praxe. ENCAMINHE-SE O CUSTODIADO GABRIEL PARA AVALIAÇÃO E ATENDIMENTO MÉDICO, COMO REQUERIDO PELA DEFESA. SEM PREJUÍZO, ENCAMINHE-SE O CUSTODIADO GABRIEL PARA NOVO EXAME DE INTEGRIDADE FÍSICA, A FIM DE REALIZAR ESQUEMA DE LESÕES E ESCLARECIMENTO DO EVENTO GERADOR DAS LESÕES, COMO REQUERIDO PELA DEFESA. Em seguida, remetam-se os autos ao Juízo competente por distribuição. Dê-se ciência ao MP e à Defesa.”

Em 19/08/2020, foi a mesma mantida, nos seguintes termos:

A decisão de recebimento da denúncia deve ser ratificada, posto que, a peça deflagradora da ação penal é perfeitamente apta aos fins que se destina. A denúncia descreve concatenadamente o conteúdo da imputação permitindo ao réu a exata compreensão da amplitude da acusação, garantindo-lhe, assim, a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa. Descreveram-se os fatos de forma clara e de acordo com os dados constantes no inquérito policial, sendo que a imputação delitiva guarda congruência com o comportamento tipificado imposto ao réu. Encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade para o julgamento do mérito da causa, quais

sejam, os pressupostos processuais e as condições da ação penal, inclusive, a justa causa para a ação penal, já que, ao menos em tese e de acordo com uma demonstração prévia e provisória, existe uma infração penal descrita na denúncia. Na espécie, a natureza do delito somada às circunstâncias concretas dos fatos evidenciam a necessidade da custódia cautelar dos denunciados, como imperioso fator de garantia da ordem pública em decorrência do evidente risco de reiteração delitiva. Os réus foram denunciados pelo crime de roubo, o qual foi praticado, em tese, em concurso de agentes e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo. Neste sentido, configurada está a hipótese prevista no artigo 282, § 6º c/c 312, ambos do CPP. Ademais, o delito em questão tem pena máxima superior a 04 anos como previsto no inciso I, do art. 313 do CPP. Certo ainda que as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) não se revelam suficientes para a hipótese sob exame. No que tange à alegação de nulidade da prisão por ausência da realização da audiência de custódia, conforme já salientando na decisão de f. 112/115, não foi realizada a audiência de custódia por força do Ato Normativo nº 06/2020 do TJRJ, e em razão do disposto no art. 8º, *caput*, da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, com o objetivo de reduzir as possibilidades de contágio do coronavírus, causador da pandemia da doença COVID-19, a fim de minimizar os riscos de colapso no sistema de saúde. Assim, mantenho a decisão de recebimento da Denúncia, eis que inalterado o contexto fático-jurídico que deu azo à decretação da prisão cautelar, notadamente a necessidade de resguardo da ordem pública. Ciência ao MP e às Defesas. PI. Em seguida, tomadas

as providências eventualmente necessárias pelo Cartório, voltem conclusos para designação de AIJ por videoconferência pelo aplicativo CISCO WEBEX CNJ.

Há indícios de autoria (*fumus comissi delicti*), consubstanciados na própria situação flagrancial em que se deu a prisão.

A decisão atacada revela que “uma das vítimas estava na entrada da loja onde ocorreu o fato aguardando sua mãe, quando foi abordada pelo custodiado João Vitor. Este, em tom de ameaça e portando uma arma de fogo, ordenou que a vítima entrasse no estabelecimento e entregasse o seu celular. Em seguida, ordenou que as vítimas aguardassem em um canto da loja, enquanto se dirigia ao cofre com outros dois indivíduos. Após colocar as caixas de aparelho celular em pelo menos 3 bolsas de viagem e uma sacola do próprio estabelecimento, fugiram em duas motocicletas que os aguardavam do lado de fora da loja. Em ato contínuo, policiais em patrulhamento, tiveram a atenção voltada para os custodiados que se deslocavam juntos a pé. Realizada a abordagem, com o custodiado João Vitor foram encontrados dois telefones celulares e uma réplica de pistola cor preta. Ressalta-se ainda que, apontado por populares, foi localizada a moto Honda CB 300, cor dourada, placa LLC-3332 abandonada pelos autores, bem como uma sacola plástica das Casas Bahia, contendo cinco aparelhos celulares em caixas.”.

O *periculum libertatis*, ou seja, o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (art. 312 do CPP, sob a nova redação dada pela Lei nº 13.964/2019), também está evidenciado, uma vez que o julgador destaca que “Os fatos narrados revelam a gravidade concreta do delito e a alta periculosidade dos agentes para a integridade física da coletividade. Assim, ao menos neste momento inicial, verifica-se que a liberdade dos custodiados representa perigo à sociedade, sendo

insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Necessária, portanto, a prisão cautelar como garantia da ordem pública”.

Repise-se que a ordem pública também se consubstancia na necessidade de se resguardar o meio social, bem como de preservar a própria credibilidade da Justiça. Senão vejamos:

“Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida, como já se decidiu no STF, deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si só, não basta à decretação da custódia provisória, não menos exato é que, a forma de execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do evento, e outras circunstâncias provoquem intensa repercussão, e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública.”, (*In Processo Penal*, de JULIO FABBRINI MIRABETE, p. 382.)

Nos termos do art. 315, § 1º, do CPP (incluído pela Lei nº 13.964, de 2019), a contemporaneidade dos fatos a justificar a prisão está demonstrada, pois o paciente foi detido em flagrante.

A necessidade da medida excepcional está evidenciada, não se mostrando adequada a concessão de medidas alternativas à prisão, uma vez que se colocaria em risco a coletividade, que deve ser resguardada, para que não seja novamente lesada pela mesma conduta em tese cometida.

O cenário da empreitada criminosa revela extrema ousadia, acentuada periculosidade dos agentes e inexorável exposição de elevado número pessoas a risco de morrer, posto que o injusto se deu com o emprego de armas de

fogo, em estabelecimento comercial em pleno funcionamento e se estendeu para local público, onde ocorreu novo roubo. A gravidade concreta do delito é inquestionável.

De outra banda, condições subjetivas favoráveis não garantem a liberdade daquele que sofre a persecução penal instaurada pelo Estado, se presentes os requisitos constritivos.

A jurisprudência do STJ é pacífica nesse sentido, como se infere do julgado abaixo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIALIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. (...) 3. Na hipótese, as instâncias ordinárias demonstraram a necessidade da medida extrema, considerando as circunstâncias do caso concreto, sobretudo a razoável quantidade e a natureza das drogas apreendidas – 32 trouxinhas de maconha, 60 invólucros de cocaína e 91 trouxinhas contendo crack -, e ainda indícios de que o acusado dedica-se exclusivamente ao tráfico de entorpecentes, circunstâncias essas que demonstram a gravidade da conduta perpetrada, a periculosidade social do acusado, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública. 4. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. Precedentes. 5. Mostra-se

indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando a segregação encontra-se fundada na gravidade concreta do delito, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública 6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC nº 334.225/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016)

Nesse contexto, não se vislumbra constrangimento ilegal pelo qual esteja sendo submetido o paciente, mostrando-se inadequado o relaxamento da prisão ou a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, daí a denegação da ordem, que se impõe.

Com estas considerações, o voto é no sentido de DENEGAR A ORDEM.

RIO DE JANEIRO, 16 DE SETEMBRO DE 2020.

DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
RELATOR

SEQUESTRO QUALIFICADO. CONFLITO DE FACÇÕES CRIMINOSAS. MUDANÇA DE RELATO DA VÍTIMA NÃO DESCARACTERIZA O ARCABOUÇO PROBATÓRIO. MANUTENÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO DESPROVIDO.

EMENTA

CRIME DE SEQUESTRO QUALIFICADO – PRETENSÃO DEFENSIVA ABSOLUTÓRIA, SOB ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA NO CONJUNTO PROBATÓRIO A ENSEJAR A CONDENAÇÃO E, COMO PLEITOS SUBSIDIÁRIOS, A FIXAÇÃO DA PENA-BASE EM SEU MÍNIMO LEGAL, O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE, AUTORIA E CULPABILIDADE SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS – APELANTE QUE, NA COMPANHIA DO CORRÉU E OUTROS INDIVÍDUOS NÃO IDENTIFICADOS, SEQUESTRAM E PRIVAM

A LIBERDADE DA VÍTIMA, AGREDINDO-A E AMEAÇANDO-A DE MORTE, O QUE NÃO OCORRE EM RAZÃO DA INTERVENÇÃO DE POLICIAIS MILITARES – AÇÃO CRIMINOSA DECORRENTE DE CONFLITO DE FACÇÕES CRIMINOSAS – VÍTIMA QUE PERTENCERIA A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DIVERSA DO APELANTE E DEMAIS MARGINAIS DA LEI – DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES, ALIADOS AOS RELATOS DA VÍTIMA NA FASE INQUISITORIAL, BEM COMO A DINÂMICA DELITIVA QUE CORROBORAM O JUÍZO DE REPROVAÇÃO – DOSIMETRIA DA PENA QUE NÃO MERECE REPARO – REPRIMENDA FIXADA DE FORMA JUSTA E PROPORCIONAL ÀS CIRCUNSTÂNCIAS E GRAVIDADE DOS FATOS – PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA QUE NÃO MERECEM PROSPERAR – INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 44, INCISO I E 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – DESPROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados estes autos de Apelação nº 0029055-77.2018.8.19.0028, em que figura como Apelante Marcilei Douglas Leal Viviana e Apelado o Ministério Público,

Acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso defensivo, na forma do voto do Des. Relator.

RELATÓRIO

Recurso de Apelação interposto por Marcilei Douglas Leal Viviana, inconformado com a r. sentença prolatada pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Macaé/RJ (f. 212/217), que o condenou à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, por infração ao disposto no artigo 148, § 2º do Código Penal.

Foi proferida sentença nos autos do processo nº 0003807- 12.2018.8.19.0028, condenando o corréu Douglas Pereira da Costa Silva e determinando o desmembramento do feito em relação ao ora Apelante.

Razões de Apelação a f. 229/234, pretendendo a Defesa técnica do Apelante um *decisum* absolutório, sob o argumento de fragilidade Probatória a ensejar o decreto condenatório. Subsidiariamente, requer a fixação da pena-base em seu mínimo legal, o abrandamento do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Outrossim, argui a defesa o prequestionamento da matéria guerreada, sob a ótica de ofensa a princípios constitucionais e/ou Lei Federal.

Contrarrazões do Ministério Público, a f. 236/242, manifestando-se pela manutenção integral da sentença combatida.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça, a f. 338/343, opinando pelo conhecimento e desprovimento do apelo defensivo.

É o relatório.

VOTO

Inconformado com a sentença que o condenou como incurso nas sanções do artigo 148, § 2º do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, por infração ao disposto no artigo 148, § 2º do Código Penal, recorre Marcilei Douglas Leal Viviana, pretendendo ver-se absolvido, sob alegação de fragilidade probatória a ensejar a condenação e, como pleito subsidiário, requer a fixação da pena-base em seu mínimo legal, o abrandamento do regime prisional par o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Narra a denúncia que:

“(…) No dia 06 de outubro de 2016, no período entre 17:00h e 19:00h, na Rua Getúlio Vargas, bairro Miramar, nesta Comarca, pró-

ximo ao Flamenguinho, os Denunciados, de forma consciente e voluntária, em comunhão de ações e desígnios com indivíduos até então não identificados, mediante sequestro, privaram a vítima Romulo da Silva Figueiredo de sua liberdade, conduzindo-o até a localidade conhecida como Prainha, nas Malvinas.

A conduta resultou à vítima, em razão de maus tratos e da natureza da detenção, grave sofrimento físico e moral, vez que foi ameaçada por arma de fogo, agredida por coronhada e chutes, ameaçada de morte o tempo todo e amarrada com arame farpado.

Dessume-se da investigação que a vítima foi abordada por duas motocicletas, sendo que uma delas era conduzida pelo Denunciado Marcilei, tendo o Denunciado Douglas na garupa. Ato contínuo, o Denunciado Douglas rendeu o ofendido com uma arma de fogo. Os elementos, então, afirmaram que a vítima iria morrer.

Neste contexto, a vítima subiu em uma das motocicletas, ocasião em que ficou entre dois nacionais, oportunidade em que foi levada até a Aroeira. Lá, desceu do veículo e recebeu uma coronhada.

Assim, embarcou na motocicleta novamente e foi conduzida até a Comunidade da Malvina. Lá, a vítima foi levada até a localidade da prainha pelos Denunciados e seus comparsas, onde encontrou com “Pato Gordo” e “Jerimum”, além de outros elementos.

Neste local, a vítima foi agredida com chutes e amarrada com arame farpado, além de ameaçada de morte. Além disso, foi avisada de que iria morrer e que os elementos apenas aguardavam a autorização do nacional identificado pela alcunha “Mano”. Todavia, policiais militares ingressaram na comunida-

de, tendo se iniciado troca de tiros, ocasião em que diversos elementos se evadiram do local em direção ao mangue e o Denunciado entrou em luta corporal com o elemento “Pato Gordo”, conseguindo escapar.

Assim agindo, encontram-se os denunciados incurso nas penas do art. 148, § 2º do Código Penal. (...)”

Ao término da instrução criminal a materialidade e a autoria do fato descrito na inicial restaram plenamente comprovadas, portanto, aptos a ensejar o decreto condenatório. A culpabilidade do Apelante também se faz presente, eis que imputável tendo plena consciência da ilicitude de seu agir.

A materialidade e autoria delitivas restaram comprovadas, pelo R. O. e aditamento, de f. 03/04 e 05/06, auto de reconhecimento de objeto, de f. 12, laudo de exame de corpo delito de lesão corporal, de f. 15/15v bem como pela prova oral colhida, sob o crivo do contraditório.

Neste diapasão, observa-se que, em sede policial, a vítima Rômulo da Silva detalhou a empreitada criminosa, apontando o ora Apelante como um dos autores do delito em tela, além de tê-lo reconhecido como o agente que, na companhia do corréu e outros indivíduos, o sequestraram com o intuito de ceifar-lhe a vida, em razão de a vítima ter trocado de facção criminosa.

Em Juízo, entretanto, a vítima Rômulo, que se encontrava preso à época dos fatos, não aponta o ora Apelante e corréu como autores da ação criminosa, atribuindo a outros indivíduos, já falecidos, a autoria delitiva.

Em sede judicial, os policiais militares Ubiraci do Val e Diego Dias de Oliveira, esclareceram que, no dia do evento dos autos, foram acionados pelo genitor da vítima informando-lhes que seu filho teria sido levado por elementos da facção criminosa atuante na comunidade da

Malvinas. Os agentes da lei dirigiram-se ao local e, lá chegando, após a ocorrência de troca de tiros a vítima logrou escapar dos marginais da lei.

Destaca-se que o policial Diego Dias afirmou que a vítima, em sede policial, indicou todos os indivíduos que reconheceu como sendo seus algozes.

Ao ser interrogado, o Apelante negou a autoria delituosa, se limitando a afirmar que não conhecia quaisquer dos nomes/apelidos mencionados nos autos, mas, tão somente, o policial Dias que, certa vez, o ameaçou e o agredia onde o via, acreditando que, por esta razão, este policial prestou depoimento incriminando-o nestes autos.

Contudo, tal narrativa encontra-se completamente divorciada dos demais elementos do mosaico probatório, mormente por ter sido citado pela vítima como um dos algozes que lhe sequestraram, sendo certo que a versão do Apelante se traduz em autodefesa.

Note-se que a mudança de versão da vítima apresenta-se devidamente justificada, eis que se encontra encarcerada (por tráfico e associação para o tráfico), inclusive, na mesma unidade prisional em que esteve o Apelante, conforme informado por este em seu interrogatório.

A Defesa, por sua vez, não trouxe aos autos qualquer elemento capaz de ilidir a acusação.

Além disso, não se pode olvidar que a ação criminosa apurada nestes autos decorreu do nefasto comércio de entorpecentes.

Desta forma, as provas amealhadas ao caderno probatório, em especial, os depoimentos dos policiais militares, aliado ao depoimento da vítima em sede policial, assim como a dinâmica do crime, não trazem dúvidas quanto à autoria delitiva atribuída ao Apelante.

Portanto, o conjunto probatório mostrou-se mais do que suficiente para amparar o decreto condenatório, não merecendo prosperar o pleito defensivo absolutório.

Outrossim, e já agora no campo da reprimenda, constata-se que a penitência foi fixada, fundamentada e motivadamente, com observância do contido nos artigos 59 e 68 do Código Repressivo, operando-se as devidas modulações nas três etapas do sistema trifásico, sendo a reprimenda inicial aumentada ao devido fundamento, além do que o elemento psíquico, *in casu*, merece ser valorado negativamente para fins de fixação da pena-base, em decorrência da desproporcionalidade entre o crime perpetrado e o ânimo motivador do agente, tudo resultando numa pena justa e proporcional à gravidade dos fatos e às circunstâncias que gravitaram em torno deles, nada ostentando de excesso e, portanto, credenciando-se à confirmação

No que concerne ao pleito de abrandamento do regime prisional, tenho que ele não merece agasalho, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Apelante que não permitem o acolhimento da súplica defensiva.

Igualmente não merece prosperar o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na medida em que o delito imputado ao Apelante foi perpetrado com violência à pessoa, pelo que não atendido o comando contido no artigo 44, inciso I do Código Penal.

Por fim, tenho por afastar o prequestionamento suscitado pela Defesa, por não subsistir violação a qualquer princípio constitucional ou Lei Federal.

Voto, pois, no sentido de conhecer o recurso interposto e a ele negar provimento, mantendo íntegra a sentença recorrida.

RIO DE JANEIRO, 22 DE SETEMBRO DE 2020.
DES. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO
RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

ABUSO SEXUAL**125**

626135 / 2020 - STJ - (-----) - Prisão em flagrante. Abuso sexual. Menina de doze anos. Adolescente que vendia empadas próximo ao posto de gasolina. Idoso que se aproxima da vulnerável e passa a importuná-la. Testemunhas locais que socorrem a criança e levam o autor e a vítima para a delegacia. Constrangimento ilegal. Ausência de fundamentação. Revogação da prisão.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA**181****0055251-34.2019.8.19.0001**

600 / 2020 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. *Rock in Rio*. Meio ambiente. Fogos de artifício. Laudo Pericial. Região da Lagoa de Jacarepaguá. Efeito nocivo temporário. Licenciamento. Ausência de dano ambiental. Improcedência.

ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL**147****0247384-40.2018.8.19.0001**

90297 / 2019 - TJ - (AC) - Acolhimento institucional. Infante. Situação de risco. Dever do Estado. Princípio do melhor interesse da criança. ECA. Reintegração familiar. Impossibilidade. Manutenção da sentença.

ALUGUEL SOCIAL**214****0000961-20.2018.8.19.0061**

59886 / 2020 - TJ - (AC) - Fortes chuvas. Fato notório. Benefício do aluguel social. Interdição de Imóvel. Defesa Civil. Direito social à moradia. Defensoria Pública. Descabimento de honorários advocatícios.

APROPRIAÇÃO INDÉBITA**235****0000297-56.2015.8.19.0202**

4231 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Apropriação Indébita. Qualificada. Prescrição punitiva. Inocor-

rência. O réu atuou fraudulentamente do ofício de corretor. Venda de imóvel. Recebimento de sinal da compra e venda. Prejuízo vultoso perpetrado contra diversas vítimas. Ganância para a realização da compra da casa própria.

ARMA DE FOGO**252****0030945-69.2017.8.19.0001**

12180 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Posse ou porte ilegal de arma de fogo. Uso retrito. Constituição de milícia privada. Dosimetria. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Crime de organização criminosa. Absolvição.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**275****0058625-27.2020.8.19.0000**

33091 / 2020 - TJ - (HC) - Roubos majorados. Concurso de agentes. Prisão em flagrante. Conversão em preventiva. Audiência de Custódia. Não realização. Covid-19. Emprego de armas. Estabelecimento comercial. Subtração de aparelhos celulares. Segregação cautelar. Necessidade.

COMPRA E VENDA**235****0000297-56.2015.8.19.0202**

4231 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Apropriação Indébita. Qualificada. Prescrição punitiva. Inocorrência. O réu atuou fraudulentamente no ofício de corretor. Venda de imóvel. Recebimento de sinal da compra e venda. Prejuízo vultoso perpetrado contra diversas vítimas. Ganância para a realização da compra da casa própria.

CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO**187****0008400-04.2019.8.19.0205**

23008 / 2020 - TJ - (AC) - Ação de obrigação de fazer. Instalação de medidor de energia elétrica. Serviço essencial. Concessionária de serviço público. Dever constitucional. Procedência.

CONCURSO PÚBLICO

83

1046201 / 2017 - STJ - (RESP) - Administrativo. Concurso público. Psicóloga. Município do Rio de Janeiro. Vínculo com a Secretaria Municipal de Saúde. Desvio de função. Lotação em órgão diverso. Direito à percepção da gratificação prevista na Lei Municipal nº 3.343/2001 e seus reflexos. Má-fé da administração pública.

209

0224447-07.2016.8.19.0001

55745 / 2020 - TJ - (AC) - Concurso público para cargo de inspetor de segurança e administração penitenciária. Convocação para prova de aptidão física dez anos depois da aprovação na primeira fase do concurso. Prazo exíguo entre a convocação e a realização da nova prova. Ofensa ao princípio da razoabilidade. Não aplicação do entendimento contido no RE 630733. Apelo provido.

CONDOMÍNIO

113

1704579 / 2016 - STJ - (RESP) - Inventário. Cobrança de cotas condominiais. Cônjuge sobrevivente. Regime da separação parcial de bens. Propriedade exclusiva do falecido. Código Civil de 1916. Aquisição do imóvel anterior ao casamento. Illegitimidade passiva das parcelas vincendas.

CONTRATO

223

0004033-33.2020.8.19.0000

5223 / 2020 - TJ - (AI) - Plano de saúde. Revisão de cláusulas contratuais. Reajuste por mudança de faixa etária. Abusividade demonstrada. Variação. Tema nº 952 do STJ. Perigo de dano evidenciado. Decisão agravada reformada. Afastado o reajuste até a decisão final.

CORRUPÇÃO ATIVA

248

0069774-90.2015.8.19.0001

654 / 2017 - TJ - (EIN) - Embargos Infringentes e de Nulidade. Crime de tráfico de drogas e

corrupção ativa. Recurso defensivo. Recorrente primário. Bons antecedentes. Modalidade privilegiada. Substituição do saldo da pena privativa de liberdade por pena alternativa.

CORRUPÇÃO DE MENORES

266

0319307-29.2018.8.19.0001

7860 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Roubo circunstanciado. Concurso de pessoas. Corrupção de menores. Delito formal. Súmula 500 do STJ. Vedação da *reformatio in pejus*. Recurso parcialmente provido.

CURATELA

226

0204902-48.2016.8.19.0001

83078 / 2018 - TJ - (AC) - Tributário. Imposto de Renda. Isenção. Mal de Alzheimer. Alienação Mental. Não sujeição à Curatela. Termo inicial com laudo médico especializado. Repetição do indébito tributário. Provimento do apelo.

DEFENSORIA PÚBLICA

207

0000832-86.2019.8.19.0026

60598 / 2020 - TJ - (AC) - Defensoria Pública. Descabimento de honorários advocatícios sucumbenciais em atuação contra a pessoa jurídica a qual pertença. Súmula n.º 421 do STJ. Autonomia administrativa da Defensoria Pública não afasta a aplicação do instituto da confusão patrimonial. Recurso parcialmente provido.

DIREITO À ALIMENTAÇÃO

168

0041958-63.2020.8.19.0000

47456 / 2020 - TJ - (AI) - Rede pública de ensino. Município. Pandemia. Fornecimento de merenda aos alunos durante a suspensão das aulas. Obrigação de fazer. Direito à alimentação. CRFB/88. Lei nº 13.987/2020. Distribuição de gêneros alimentícios. Parcial provimento ao agravo para afastar a multa e determinar a comprovação, no juízo de origem, da entrega dos cartões de alimentação aos alunos.

DIREITO DO CONSUMIDOR

198

0003116-49.2018.8.19.0205

70171 / 2020 - TJ - (AC) - Direito do Consumidor. Serviço de abastecimento de água. Inexistência de hidrômetro. Ilegitimidade passiva afastada. Termo de reconhecimento recíproco de direitos e obrigações. Cobrança por estimativa. Valores excessivos. Corte no fornecimento. Dano moral *in re ipsa*. Configuração. Serviço essencial. Sentença mantida.

DIREITO SOCIAL À MORADIA

214

0000961-20.2018.8.19.0061

59886 / 2020 - TJ - (AC) - Fortes chuvas. Fato notório. Benefício do aluguel social. Interdição de Imóvel. Defesa Civil. Direito social à moradia. Defensoria Pública. Descabimento de honorários advocatícios.

DOSIMETRIA

252

0030945-69.2017.8.19.0001

12180 / 2018 - TJ - (ACRIM) - Posse ou porte ilegal de arma de fogo. Uso retribuído. Constituição de milícia privada. Dosimetria. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Crime de organização criminosa. Absolvição.

284

0029055-77.2018.8.19.0028

21212 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Sequestro qualificado. Conflito de facções criminosas. Mudança de relator da vítima não descaracteriza o acatamento probatório. Manutenção da dosimetria da pena. Recurso desprovido.

130

1896626 / 2020 - STJ - (RESP) - Roubo qualificado. condenação há mais de cinco anos. Reincidência não caracterizada. Majoração da pena. Maus antecedentes. Dosimetria alterada. Recurso do *Parquet* procedente.

ECA

147

0247384-40.2018.8.19.0001

90297 / 2019 - TJ - (AC) - Acolhimento institucional. Infante. Situação de risco. Dever do Estado. Princípio do melhor interesse da criança. ECA. Reintegração familiar. Impossibilidade. Manutenção da sentença.

152

0295860-17.2015.8.19.0001

91998 / 2019 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Construção de nova unidade para cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade. Falta de segurança a que estão expostas as adolescentes. Área de risco. ECA. Princípio da prioridade absoluta de proteção à infância e à juventude. Impossibilidade orçamentária. Não comprovação. Recurso não provido.

157

0007370-35.2019.8.19.0042

7507 / 2020 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer. Município. Matrícula em creche próxima à residência. CRFB/88. ECA. Educação infantil. Direito fundamental. Cumprimento. Prazo reduzido. Apelo da autora provido parcialmente.

163

0212536-27.2018.8.19.0001

11324 / 2020 - TJ - (AC) - Poder familiar. Ação de destituição. Ministério Público. Citação pessoal da genitora. Não manifestação. Usuária de drogas. Ausência de endereço fixo. Descaso e abandono do infante. Princípio do melhor interesse da criança. Família substituta. ECA. Desprovimento do recurso.

141

567090 / 2020 - STJ - (HC) - Menor. Medida socioeducativa de internação. Substituição. Art. 122 do ECA. Pandemia de COVID-19. Impossibilidade. Reiteração de ato infracional. Agravo Regimental improvido.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE**248****0069774-90.2015.8.19.0001**

654 / 2017 - TJ - (EIN) - Embargos Infringentes e de Nulidade. Crime de tráfico de drogas e corrupção ativa. Recurso defensivo. Recorrente primário. Bons antecedentes. Modalidade privilegiada. Substituição do saldo da pena privativa de liberdade por pena alternativa.

EMPRESA**204****0049841-61.2020.8.19.0000**

57682 / 2020 - TJ - (AI) - Covid-19. Empresa. Pandemia. Paralisação das atividades. Concessão de gratuidade. Necessidade de comprovação de falta de liquidez dos negócios. Reforma da sentença. Pagamento das custas e taxa judiciária ao final.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**229****0057265-57.2020.8.19.0000**

67580 / 2020 - TJ - (AI) - Tutela provisória de urgência. Paciente portador de diabetes mellitus. Gangrena. Quadro demencial. Laudo Médico. Autorização para procedimento médico. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Consentimento suprimido. Autorização judicial. Antecipação de tutela parcialmente concedida.

ESTUPRO**237****0280792-85.2019.8.19.0001**

167 / 2020 - TJ - (RA) - Decisão da VEP. Recurso. Pedidos de prisão albergue e domiciliar. Indeferimento. Risco de contaminação da COVID-19. Condenação. Estupro de vulnerável. Coronavírus não significa recurso de *habeas corpus*. Agravo improvido.

EXECUÇÃO**219****0002930-27.2012.8.19.0014**

43738 / 2020 - TJ - (AC) - IPTU. Crédito tri-

butário. Execução fiscal. Citação. Ilegitimidade passiva do executado. Abertura de inventário anteriormente.

FEMINICÍDIO**260****0051677-39.2015.8.19.0002**

301 / 2020 - TJ - (RSE) - Recurso em sentido estrito. Homicídio. Qualificadora de feminicídio. Pedido da defesa de não pronunciamento do réu. Conjunto probatório suficiente. Asfixia e feminicídio. Tribunal do júri.

GRATIFICAÇÃO**83**

1046201 / 2017 - STJ - (RESP) - Administrativo. Concurso público. Psicóloga. Município do Rio de Janeiro. Vínculo com a Secretaria Municipal de Saúde. Desvio de função. Lotação em órgão diverso. Direito à percepção da gratificação prevista na Lei Municipal nº 3.343/2001 e seus reflexos. Má-fé da administração pública.

GRATUIDADE**204****0049841-61.2020.8.19.0000**

57682 / 2020 - TJ - (AI) - Covid-19. Empresa. Pandemia. Paralisação das atividades. Concessão de gratuidade. Necessidade de comprovação de falta de liquidez dos negócios. Reforma da sentença. Pagamento das custas e taxa judiciária ao final.

GREVE**192****0008000-52.2017.8.19.0207**

64982 / 2019 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Greve de professores em instituição privada de ensino superior não constitui dano moral *in re ipsa* para estudantes. Providências para minimizar efeitos da greve. Danos moral e material não comprovados. Improcedência.

HIDRÔMETRO**198****0003116-49.2018.8.19.0205**

70171 / 2020 - TJ - (AC) - Direito do Consumidor. Serviço de abastecimento de água. Inexistência de hidrômetro. Ilegitimidade passiva afastada. Termo de reconhecimento recíproco de direitos e obrigações. Cobrança por estimativa. Valores excessivos. Corte no fornecimento. Dano moral *in re ipsa*. Configuração. Serviço essencial. Sentença mantida.

IMPOSTO DE RENDA**226****0204902-48.2016.8.19.0001**

83078 / 2018 - TJ - (AC) - Tributário. Imposto de Renda. Isenção. Mal de Alzheimer. Alienação Mental. Não sujeição à Curatela. Termo inicial com laudo médico especializado. Repetição do indébito tributário. Provimento do apelo.

INVENTÁRIO**113**

1704579 / 2016 - STJ - (RESP) - Inventário. Cobrança de cotas condominiais. Cônjuge sobrevivente. Regime da separação parcial de bens. Propriedade exclusiva do falecido. Código Civil de 1916. Aquisição do imóvel anterior ao casamento. Ilegitimidade passiva das parcelas vindicadas.

IPTU**219****0002930-27.2012.8.19.0014**

43738 / 2020 - TJ - (AC) - IPTU. Crédito tributário. Execução fiscal. Citação. Ilegitimidade passiva do executado. Abertura de inventário anteriormente.

ITBI**107**

1678426 / 2015 - STJ - (----) - Tributário. Organização religiosa. Educação. Assistência social. Município. Emissão de certificado de-

claratório de isenção do imposto. Demolição do imóvel. Lançamento do ITBI. Ausência de comprovação por parte da Fazenda no mercado imobiliário e de arrendamento mercantil. Improcedência.

LAUDO**229****0057265-57.2020.8.19.0000**

67580 / 2020 - TJ - (AI) - Tutela provisória de urgência. Paciente portador de diabetes mellitus. Gangrena. Quadro demencial. Laudo Médico. Autorização para procedimento médico. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Consentimento suprimido. Autorização judicial. Antecipação de tutela parcialmente concedida.

MEDIDA CAUTELAR**262****0033249-39.2020.8.19.0000**

23240 / 2020 - TJ - (HC) - Relação homoafetiva. Fim do relacionamento. Insatisfação. Agressão com golpes de facão. Lei nº 12.403/2012. Medidas cautelares. Ré primária e possuidora de bons antecedentes.

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA**152****0295860-17.2015.8.19.0001**

91998 / 2019 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Construção de nova unidade para cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade. Falta de segurança a que estão expostas as adolescentes. Área de risco. ECA. Princípio da prioridade absoluta de proteção à infância e à juventude. Impossibilidade orçamentária. Não comprovação. Recurso não provido.

141

567090 / 2020 - STJ - (HC) - Menor. Medida socioeducativa de internação. Substituição. Art. 122 do ECA. Pandemia de COVID-19. Impossibilidade. Reiteração de ato infracional. Agravo Regimental improvido.

MEIO AMBIENTE

181

0055251-34.2019.8.19.0001

600 / 2020 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. *Rock in Rio*. Meio ambiente. Fogos de artifício. Laudo Pericial. Região da Lagoa de Jacarepaguá. Efeito nocivo temporário. Licenciamento. Ausência de dano ambiental. Improcedência.

MERENDA ESCOLAR

168

0041958-63.2020.8.19.0000

47456 / 2020 - TJ - (AI) - Rede pública de ensino. Município. Pandemia. Fornecimento de merenda aos alunos durante a suspensão das aulas. Obrigação de fazer. Direito à alimentação. CRFB/88. Lei nº 13.987/2020. Distribuição de gêneros alimentícios. Parcial provimento ao agravo para afastar a multa e determinar a comprovação, no juízo de origem, da entrega dos cartões de alimentação aos alunos.

MINISTÉRIO PÚBLICO

163

0212536-27.2018.8.19.0001

11324 / 2020 - TJ - (AC) - Poder familiar. Ação de destituição. Ministério Público. Citação pessoal da genitora. Não manifestação. Usuária de drogas. Ausência de endereço fixo. Descaso e abandono do infante. Princípio do melhor interesse da criança. Família substituta. ECA. Desprovimento do recurso.

MUNICÍPIO

107

1678426 / 2015 - STJ - (----) - Tributário. Organização religiosa. Educação. Assistência social. Município. Emissão de certificado declaratório de isenção do imposto. Demolição do imóvel. Lançamento do ITBI. Ausência de comprovação por parte da Fazenda no mercado imobiliário e de arrendamento mercantil. Improcedência.

157

0007370-35.2019.8.19.0042

7507 / 2020 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer. Município. Matrícula em creche próxima à residência. CRFB/88. ECA. Educação infantil. Direito fundamental. Cumprimento. Prazo reduzido. Apelo da autora provido parcialmente.

PANDEMIA DE COVID-19

237

0280792-85.2019.8.19.0001

167 / 2020 - TJ - (RA) - Decisão da VEP. Recurso. Pedidos de prisão albergue e domiciliar. Indeferimento. Risco de contaminação da COVID-19. Condenação. Estupro de vulnerável. Coronavírus não significa recurso de *habeas corpus*. Agravo improvido.

275

0058625-27.2020.8.19.0000

33091 / 2020 - TJ - (HC) - Roubos majorados. Concurso de agentes. Prisão em flagrante. Conversão em preventiva. Audiência de Custódia. Não realização. Covid-19. Emprego de armas. Estabelecimento comercial. Subtração de aparelhos celulares. Segregação cautelar. Necessidade.

168

0041958-63.2020.8.19.0000

47456 / 2020 - TJ - (AI) - Rede pública de ensino. Município. Pandemia. Fornecimento de merenda aos alunos durante a suspensão das aulas. Obrigação de fazer. Direito à alimentação. CRFB/88. Lei nº 13.987/2020. Distribuição de gêneros alimentícios. Parcial provimento ao agravo para afastar a multa e determinar a comprovação, no juízo de origem, da entrega dos cartões de alimentação aos alunos.

204

0049841-61.2020.8.19.0000

57682 / 2020 - TJ - (AI) - Covid-19. Empresa. Pandemia. Paralisação das atividades. Concessão de gratuidade. Necessidade de comprovação de falta de liquidez dos negócios. Reforma da sentença. Pagamento das custas e taxa judiciária ao final.

141

567090 / 2020 - STJ - (HC) - Menor. Medida socioeducativa de internação. Substituição. Art. 122 do ECA. Pandemia de COVID-19. Impossibilidade. Reiteração de ato infracional. Agravo Regimental improvido.

PLANO DE SAÚDE**223****0004033-33.2020.8.19.0000**

5223 / 2020 - TJ - (AI) - Plano de saúde. Revisão de cláusulas contratuais. Reajuste por mudança de faixa etária. Abusividade demonstrada. Variação. Tema nº 952 do STJ. Perigo de dano evidenciado. Decisão agravada reformada. Afastado o reajuste até a decisão final.

PODER FAMILIAR**163****0212536-27.2018.8.19.0001**

11324 / 2020 - TJ - (AC) - Poder familiar. Ação de destituição. Ministério Público. Citação pessoal da genitora. Não manifestação. Usuária de drogas. Ausência de endereço fixo. Descaso e abandono do infante. Princípio do melhor interesse da criança. Família substituta. ECA. Desprovimento do recurso.

PRESCRIÇÃO**235****0000297-56.2015.8.19.0202**

4231 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Apropriação Indébita. Qualificada. Prescrição punitiva. Inocorrência. O réu atuou fraudulentamente do ofício de corretor. Venda de imóvel. Recebimento de sinal da compra e venda. Prejuízo vultoso perpetrado contra diversas vítimas. Ganância para a realização da compra da casa própria.

PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**209****0224447-07.2016.8.19.0001**

55745 / 2020 - TJ - (AC) - Concurso público para cargo de inspetor de segurança e administração penitenciária. Convocação para prova de

aptidão física dez anos depois da aprovação na primeira fase do concurso. Prazo exíguo entre a convocação e a realização da nova prova. Ofensa ao princípio da razoabilidade. Não aplicação do entendimento contido no RE 630733. Apelo provido.

PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**147****0247384-40.2018.8.19.0001**

90297 / 2019 - TJ - (AC) - Acolhimento institucional. Infante. Situação de risco. Dever do Estado. Princípio do melhor interesse da criança. ECA. Reintegração familiar. Impossibilidade. Manutenção da sentença.

PRISÃO DOMICILAR**258****0265104-20.2018.8.19.0001**

574 / 2019 - TJ - (RA) - Progressão de Regime. Prisão em albergue domiciliar. Sistema de monitoramento eletrônico. Inexistência de vaga em casa de albergado. Excepcionalidade. Cumprimento em prisão domiciliar.

PROTEÇÃO À INFÂNCIA E À JUVENTUDE**152****0295860-17.2015.8.19.0001**

91998 / 2019 - TJ - (AC) - Ação civil pública. Construção de nova unidade para cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade. Falta de segurança a que estão expostas as adolescentes. Área de risco. ECA. Princípio da prioridade absoluta de proteção à infância e à juventude. Impossibilidade orçamentária. Não comprovação. Recurso não provido.

260**0051677-39.2015.8.19.0002**

301 / 2020 - TJ - (RSE) - Recurso em sentido estrito. Homicídio. Qualificadora de feminicídio. Pedido da defesa de não pronunciamento do réu. Conjunto probatório suficiente. Asfixia e feminicídio. Tribunal do júri.

REGIME DA SEPARAÇÃO PARCIAL DE BENS

113

1704579 / 2016 - STJ - (RESP) - Inventário. Cobrança de cotas condominiais. Cônjuge sobrevivente. Regime da separação parcial de bens. Propriedade exclusiva do falecido. Código Civil de 1916. Aquisição do imóvel anterior ao casamento. Ilegitimidade passiva das parcelas vincendas.

RELAÇÃO HOMOAFETIVA

262

0033249-39.2020.8.19.0000

23240 / 2020 - TJ - (HC) - Relação homoafetiva. Fim do relacionamento. Insatisfação. Agresão com golpes de facão. Lei nº 12.403/2012. Medidas cautelares. Ré primária e possuidora de bons antecedentes.

RESPONSABILIDADE CIVIL

192

0008000-52.2017.8.19.0207

64982 / 2019 - TJ - (AC) - Ação indenizatória. Greve de professores em instituição privada de ensino superior não constitui dano moral *in re ipsa* para estudantes. Providências para minimizar efeitos da greve. Danos moral e material não comprovados. Improcedência.

ROUBO

266

0319307-29.2018.8.19.0001

7860 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Roubo circunstanciado. Concurso de pessoas. Corrupção de menores. Delito formal. Súmula 500 do STJ. Vedação da *reformatio in pejus*. Recurso parcialmente provido.

130

1896626 / 2020 - STJ - (RESP) - Roubo qualificado. condenação há mais de cinco anos. Reincidência não caracterizada. Majoração da pena. Maus antecedentes. Dosimetria alterada. Recurso do *Parquet* procedente.

SEQUESTRO

284

0029055-77.2018.8.19.0028

21212 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Sequestro qualificado. Conflito de facções criminosas. Mudança de relato da vítima não descaracteriza o acabouço probatório. Manutenção da dosimetria da pena. Recurso desprovido.

SERVIÇO ESSENCIAL

187

0008400-04.2019.8.19.0205

23008 / 2020 - TJ - (AC) - Ação de obrigação de fazer. Instalação de medidor de energia elétrica. Serviço essencial. Concessionária de serviço público. Dever constitucional. Procedência.

198

0003116-49.2018.8.19.0205

70171 / 2020 - TJ - (AC) - Direito do Consumidor. Serviço de abastecimento de água. Inexistência de hidrômetro. Ilegitimidade passiva afastada. Termo de reconhecimento recíproco de direitos e obrigações. Cobrança por estimativa. Valores excessivos. Corte no fornecimento. Dano moral *in re ipsa*. Configuração. Serviço essencial. Sentença mantida.

SUCUMBÊNCIA

207

0000832-86.2019.8.19.0026

60598 / 2020 - TJ - (AC) - Defensoria Pública. Descabimento de honorários advocatícios sucumbenciais em atuação contra a pessoa jurídica à qual pertença. Súmula n.º 421 do STJ. Autonomia administrativa da Defensoria Pública não afasta a aplicação do instituto da confusão patrimonial. Recurso parcialmente provido.

TESTEMUNHA

125

626135 / 2020 - STJ - (-----) - Prisão em flagrante. Abuso sexual. Menina de doze anos. Adolescente que vendia empadas próximo ao

posto de gasolina. Idoso que se aproxima da vulnerável e passa a importuná-la. Testemunhas locais que socorrem a criança e levam o autor e a vítima para a delegacia. Constrangimento ilegal. Ausência de fundamentação. Revogação da prisão.

TORNOZELEIRA ELETRÔNICA

258

0265104-20.2018.8.19.0001

574 / 2019 - TJ - (RA) - Progressão de Regime. Prisão em albergue domiciliar. Sistema de monitoramento eletrônico. Inexistência de vaga em casa de albergado. Excepcionalidade. Cumprimento em prisão domiciliar.

TRÁFICO DE DROGAS

248

0069774-90.2015.8.19.0001

654 / 2017 - TJ - (EIN) - Embargos Infringentes e de Nulidade. Crime de tráfico de drogas e corrupção ativa. Recurso defensivo. Recorrente primário. Bons antecedentes. Modalidade privilegiada. Substituição do saldo da pena privativa de liberdade por pena alternativa.

VEP

237

0280792-85.2019.8.19.0001

167 / 2020 - TJ - (RA) - Decisão da VEP. Recurso. Pedidos de prisão albergue e domiciliar. Indeferimento. Risco de contaminação da COVID-19. Condenação. Estupro de vulnerável. Coronavírus não significa recurso de *habeas corpus*. Agravo improvido.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO

DES. ANTÔNIO CARLOS ARRÁBIDA PAES

181

0055251-34.2019.8.19.0001

(600/2020) - TJ

APELAÇÃO CÍVEL

DES. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO

284

0029055-77.2018.8.19.0028

(21212/2019) - TJ

APELAÇÃO CRIMINAL

DES. CARLOS EDUARDO DA ROSA
DA FONSECA PASSOS

229

0057265-57.2020.8.19.0000

(67580/2020) - TJ

AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. CARLOS EDUARDO FREIRE ROBOREDO

237

0280792-85.2019.8.19.0001

(167/2020) - TJ

RECURSO DE AGRAVO

(LEI 7210 DE 84)

DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA

204

0049841-61.2020.8.19.0000

(57682/2020) - TJ

AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. CELSO FERREIRA FILHO

235

0000297-56.2015.8.19.0202

(4231/2020) - TJ

APELAÇÃO CRIMINAL

DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES

266

0319307-29.2018.8.19.0001

(7860/2020) - TJ

APELAÇÃO CRIMINAL

DES. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS

198

0003116-49.2018.8.19.0205

(70171/2020) - TJ

APELAÇÃO CÍVEL

DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

275

0058625-27.2020.8.19.0000

(33091/2020) - TJ

HABEAS CORPUS

DES. HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO

226

0204902-48.2016.8.19.0001

(83078/2018) - TJ

APELAÇÃO CÍVEL

DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO

252

0030945-69.2017.8.19.0001

(12180/2018) - TJ

APELAÇÃO CRIMINAL

DES. LÚCIO DURANTE

163

0212536-27.2018.8.19.0001

(11324/2020) - TJ

APELAÇÃO CÍVEL

DES. MÁRCIA PERRINI BODART

260

0051677-39.2015.8.19.0002
(301/2020) - TJ
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

DES. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO

223

0004033-33.2020.8.19.0000
(5223/2020) - TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES

209

0224447-07.2016.8.19.0001
(55745/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA

219

0002930-27.2012.8.19.0014
(43738/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. MÔNICA DE FARIA SARDAS

192

0008000-52.2017.8.19.0207
(64982/2019) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. MONICA FELDMAN DE MATTOS

187

0008400-04.2019.8.19.0205
(23008/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. NILDSON ARAÚJO DA CRUZ

248

0069774-90.2015.8.19.0001
(654/2017) - TJ
EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

DES. ODETE KNAACK DE SOUZA

214

0000961-20.2018.8.19.0061
(59886/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. PAULO DE OLIVEIRA LANZELOTTI BALDEZ

262

0033249-39.2020.8.19.0000
(23240/2020) - TJ
HABEAS CORPUS

DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO

207

0000832-86.2019.8.19.0026
(60598/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO

258

0265104-20.2018.8.19.0001
(574/2019) - TJ
RECURSO DE AGRAVO
(LEI 7210 DE 84)

DES. SÉRGIO SEABRA VARELLA

168

0041958-63.2020.8.19.0000
(47456/2020) - TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. TEREZA CRISTINA SOBRAL BITTENCOURT SAMPAIO

157

0007370-35.2019.8.19.0042
(7507/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS

152

0295860-17.2015.8.19.0001
(91998/2019) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. WILSON DO NASCIMENTO REIS**147****0247384-40.2018.8.19.0001**

(90297/2019) - TJ

APELAÇÃO CÍVEL

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**MIN. ASSUSETE MAGALHÃES****83**

(1046201/2017) - STJ

RECURSO ESPECIAL - CÍVEL

MIN. FÉLIX FISCHER**125**

(626135/2020) - STJ

HABEAS CORPUS

MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**107**

(1678426/2015) - STJ

AGRAVO INTERNO

MIN. REYNALDO SOARES DA FONSECA**141**

(567090/2020) - STJ

HABEAS CORPUS

130

(1896626/2020) - STJ

RECURSO ESPECIAL - CRIMINAL

MIN. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**113**

(1704579/2016) - STJ

RECURSO ESPECIAL - CÍVEL

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

107(1678426/2015) - STJ -----)
Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**113**(1704579/2016) - STJ RESP)
Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**83**(1046201/2017) - STJ RESP)
Min. ASSUSETE MAGALHÃES**141**(567090/2020) - STJ HC)
Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA**125**(626135/2020) - STJ -----)
Min. FÉLIX FISCHER**130**(1896626/2020) - STJ RESP)
Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

248(654/2017) - TJ (EIN)
0069774-90.2015.8.19.0001
REL. DES. NILDSON ARAÚJO DA CRUZ**252**(12180/2018) - TJ (ACRIM)
0030945-69.2017.8.19.0001
REL. DES. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO**226**(83078/2018) - TJ (AC)
0204902-48.2016.8.19.0001
REL. DES. HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO**258**(574/2019) - TJ (RA)
0265104-20.2018.8.19.0001
REL. DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO**284**(21212/2019) - TJ (ACRIM)
0029055-77.2018.8.19.0028
REL. DES. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO**192**(64982/2019) - TJ (AC)
0008000-52.2017.8.19.0207
REL. DES. MÔNICA DE FARIA SARDAS**147**(90297/2019) - TJ (AC)
0247384-40.2018.8.19.0001
REL. DES. WILSON DO NASCIMENTO REIS**152**(91998/2019) - TJ (AC)
0295860-17.2015.8.19.0001
REL. DES. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS**237**(167/2020) - TJ (RA)
0280792-85.2019.8.19.0001
REL. DES. CARLOS EDUARDO FREIRE ROBOREDO**260**(301/2020) - TJ (RSE)
0051677-39.2015.8.19.0002
REL. DES. MÁRCIA PERRINI BODART**181**(600/2020) - TJ (AC)
0055251-34.2019.8.19.0001
REL. DES. ANTÔNIO CARLOS ARRÁBIDA PAES**235**(4231/2020) - TJ (ACRIM)
0000297-56.2015.8.19.0202
REL. DES. CELSO FERREIRA FILHO**223**(5223/2020) - TJ (AI)
0004033-33.2020.8.19.0000
REL. DES. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO

157

(7507/2020) - TJ (AC)

0007370-35.2019.8.19.0042REL. DES. TEREZA CRISTINA SOBRAL
BITTENCOURT SAMPAIO**266**

(7860/2020) - TJ (ACRIM)

0319307-29.2018.8.19.0001

REL. DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES

163

(11324/2020) - TJ (AC)

0212536-27.2018.8.19.0001

REL. DES. LÚCIO DURANTE

187

(23008/2020) - TJ (AC)

0008400-04.2019.8.19.0205

REL. DES. MÔNICA FELDMAN DE MATTOS

262

(23240/2020) - TJ (HC)

0033249-39.2020.8.19.0000REL. DES. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI
BALDEZ**275**

(33091/2020) - TJ (HC)

0058625-27.2020.8.19.0000

REL. DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

219

(43738/2020) - TJ (AC)

0002930-27.2012.8.19.0014

REL. DES. MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA

168

(47456/2020) - TJ (AI)

0041958-63.2020.8.19.0000

REL. DES. SERGIO SEABRA VARELLA

209

(55745/2020) - TJ (AC)

0224447-07.2016.8.19.0001REL. DES. MARIA REGINA FONSECA NOVA
ALVES**204**

(59886/2020) - TJ (AI)

0049841-61.2020.8.19.0000REL. DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA DA
SILVA**214**

(59886/2020) - TJ (AC)

0000961-20.2018.8.19.0061

REL. DES. ODETE KNAACK DE SOUZA

207

(60598/2020) - TJ (AI)

0000832-86.2019.8.19.0026

REL. DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO

229

(67580/2020) - TJ (AI)

0057265-57.2020.8.19.0000REL. DES. CARLOS EDUARDO DA ROSA DA
FONSECA PASSOS**198**

(70171/2020) - TJ (AC)

0003116-49.2018.8.19.0205

REL. DES. EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS

REVISTA DE
DIREITO



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO