

TJRJ

REVISTA DE
DIREITO

VOLUME 122

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Acordo de Não Persecução Penal

DOCTRINA

A Ética da Conduta dos Magistrados Segundo os
Princípios de Bangalore

A Opção de Comparecimento das Partes em Audiências
de Conciliações e Mediações em Ações de Família

Destituição de Administrador de Companhia Aberta de
Economia Mista



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 122

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

TJRJ

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

2021
jan/abr

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

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

José Carlos Tedesco

DEPARTAMENTO DE GESTÃO E DISSEMINAÇÃO DO CONHECIMENTO – DECCO

Marcus Vinicius Domingues Gomes

DIVISÃO DE ORGANIZAÇÃO DE ACERVOS DO CONHECIMENTO – DICAC

Ana Claudia Elsuffi Buscacio

PROJETO GRÁFICO

Thais Gallart

EDITORACÃO

Hanna Kely Marques de Santana

ASSISTENTE DE PRODUÇÃO

Wagner Gomes de Lemos

ÍNDICE DA REVISTA DE DIREITO

www.tjrj.jus.br

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

sejur@tjrj.jus.br

34 (815.3)

R 454

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

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

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

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

1. Direito – Rio de Janeiro (Estado) – Periódicos. 2. Direito – Rio de Janeiro (Estado) – Jurisprudência. I. Rio de Janeiro (Estado) Tribunal de Justiça. II. Tenório, Oscar, dir. III. Silva, Romeu Rodrigues, dir. IV. Tostes, Olavo, dir. V. Passos, José Joaquim da Fonseca, dir. VI. Gusmão, Paulo Dourado de, dir. VII. Freitas, Paulo Roberto de Azevedo, dir. VIII. Domingos, Rui Octávio, dir. IX. Cunha, Luiz Fernando Whitaker Tavares da, dir. X. Aguiar, João Carlos Pestana de, dir. XI. Glanz, Semy, dir. XI. Malcher, José Lisboa da Gama, vice-dir., dir. XII. Schwartz Júnior, Cherubin Helcias, dir. XII. Almeida Filho, Agostinho Teixeira de, vice-dir., XIII. Almeida Filho, Agostinho Teixeira de, dir., XIII. Francisco, Luiz Felipe Miranda de Medeiros, vice-dir., XIV. Pereira Júnior, Jessé Torres, dir., XIV. Fernandes, Sérgio Ricardo de Arruda. Vice-dir., XV. Fernandes, Sérgio Ricardo de Arruda, dir.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRESIDENTE

Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Des. Ricardo Rodrigues Cardozo

1º VICE-PRESIDENTE

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

2º VICE-PRESIDENTE

Des. Marcus Henrique Pinto Basílio

3º VICE-PRESIDENTE

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

REVISTA DE DIREITO

DIREÇÃO DA REVISTA

Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

EQUIPE TÉCNICA

Andréa de Assumpção Ramos Pereira (Chefe de Serviço)

Vera Lúcia Barbosa

REVISÃO

Ricardo Vieira Lima

Wanderlei Barreiro Lemos

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

ÓRGÃO ESPECIAL

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Henrique Carlos de Andrade Figueira
Ricardo Rodrigues Cardozo
José Carlos Maldonado de Carvalho
Marcus Henrique Pinto Basílio
Edson Aguiar de Vasconcelos
Ana Maria Pereira de Oliveira
Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez
Myriam Medeiros da Fonseca Costa
Mauro Pereira Martins
Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

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

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO E NORMAS

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

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

CÂMARAS CÍVEIS

1ª CÂMARA CÍVEL

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

2ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção
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. Carlos Santos de Oliveira
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. Milton Fernandes de Souza
Des^a. Cristina Tereza Gaulia
Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes
Des^a. Claudia Telles de Menezes
Des^a. Denise Nicoll Simões

6ª CÂMARA CÍVEL

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

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. Marcelo Lima Buhatem
Des. Augusto Alves Moreira Júnior

9ª CÂMARA CÍVEL

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

10ª CÂMARA CÍVEL

Des. Bernardo Moreira Garcez Neto
Des. José Carlos Varanda dos Santos
Des. Celso Luiz de Matos Peres
Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos
Des^a. Patrícia Ribeiro Serra Vieira

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

11ª CÂMARA CÍVEL

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

12ª CÂMARA CÍVEL

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

13ª CÂMARA CÍVEL

Des. Fernando Fernandy Fernandes
Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho
Des^a. Sirley Abreu Biondi
Des^a. Valéria Dacheux Nascimento
Des. Juarez Fernandes Folhes

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. Cláudia de Mello Tavares
Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto
Des^a. Maria Regina Fonseca Nova Alves
Des^a. Lúcia Regina Esteves de Magalhães
Des^a. Fernanda Fernandes Coelho Arrábida Paes

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

18ª CÂMARA CÍVEL

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

19ª CÂMARA CÍVEL

Des. Ferdinando Nascimento
Des. Gabriel de Oliveira Zefiro
Des. Guaraci de Campos Vianna
Des. Mauro Pereira Martins
Des. Lúcio Durante

20ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. Maria Inês da Penha Gaspar
Des^a. Conceição Aparecida Mousnier T.
Guimarães Pena
Des. Alexandre Eduardo Scisínio

21ª CÂMARA CÍVEL

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

22ª CÂMARA CÍVEL

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

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

23ª CÂMARA CÍVEL

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

24ª CÂMARA CÍVEL

Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho
Des. Mário Assis Gonçalves
Des^a. Andréa Fortuna Teixeira

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^a. 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

José Carlos Maldonado de Carvalho (PRESIDENTE)
Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo
Nagib Slaibi Filho
Cristina Tereza Gaulia
Fernando Fernandy Fernandes
Cherubin Helcias Schwartz Junior
Marcos Alcino de Azevedo Torres
Norma Suely Fonseca Quintes
Horácio dos Santos Ribeiro Neto
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Pedro Saraiva de Andrade Lemos
Wagner Cinelli de Paula Freitas
Alexandre Freitas Câmara
André Emílio Ribeiro Von Melentovytsch
Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho
Plínio Pinto Coelho Filho
José Roberto Portugal Compasso
Peterson Barroso Simão
Margaret de Olivaes Valle dos Santos
Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves
de Oliveira
Werson Franco Pereira Rêgo
André Luiz Cidra

CÂMARAS CRIMINAIS

1ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Luiz Zveiter
Des. Antônio Jayme Boente
Des^a. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat
Des^a. Maria Sandra Rocha Kayat Direito
Des^a. Denise Vaccari Machado Paes

2ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Celso Ferreira Filho
Des^a. Kátia Maria Amaral Jangutta

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

Des^a. Rosa Helena Penna Macedo Guita
Des. Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes
Des. José Acir Lessa Giordani

3^a CÂMARA CRIMINAL

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

4^a CÂMARA CRIMINAL

Des. Antônio Eduardo Ferreira Duarte
Des^a. Gizelda Leitão Teixeira
Des. Francisco José de Azevedo
Des^a. Márcia Perrini Bodart
Des. João Ziraldo Maia

5^a CÂMARA CRIMINAL

Des. Cairo Ítalo França David
Des. Paulo de Tarso Neves
Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez
Des. Luciano Silva Barreto
Des. Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira

6^a 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

7^a 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

8^a CÂMARA CRIMINAL

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

SEÇÃO CRIMINAL

RESOLUÇÃO TJ/TP/RJ N^o 01/2015

Art. 1^o - 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 22 de abril de 2021)

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

Sumário

DOCTRINA

A Ética da Conduta dos Magistrados Segundo os Princípios de Bangalore

CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA 12

A Opção de Comparecimento das Partes em Audiências de Conciliações e Mediações em Ações de Família

LEISE ESPÍRITO SANTO E CAMILA CASALI 21

Destituição de Administrador de Companhia Aberta de Economia Mista

JORGE LOBO 40

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça 43

Temática – Acordo de Não Persecução Penal 78

Cível 124

Criminal 195

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

Por Assunto 242

Por Relator 252

Por Ordem Numérica 254

DOCTRINA

A ÉTICA DA CONDUTA DOS MAGISTRADOS SEGUNDO OS PRINCÍPIOS DE BANGALORE¹

CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA²

Palavras-chave: Opinião Pública. Magistratura. Ética. Princípios de Bangalore

Sumário: 1. Introdução. 2. A Independência. 3. A Imparcialidade. 4. A Integridade. 5. A Idoneidade. 6. A Igualdade. 7. Competência e Diligência. 8. Conclusão

1. Introdução

O presente texto se acha justificado pela importância, para a magistratura, dos Princípios de Bangalore e na infeliz ausência de observância desses Princípios por parte do Judiciário, o que lhe termina em descrédito, mais ainda em tempos de excessiva judicialização da política.

Em outros termos, o que se deseja é defender a necessidade premente do Judiciário adotar uma só postura para enfrentar o desgaste que lhe vêm causando os embates políticos que deságuam na jurisdição, acompanhado esse registro da proposta concreta de se adotar, na prática e com muito vigor, um só código de conduta, que outro não poderia ser senão aquele consagrado pelos Princípios universais aprovados na cidade de Bangalore, no ano de 2001, devidamente ratificados que foram pelas Nações Unidas (ONU).

Independência, Imparcialidade, Integridade, Idoneidade, Igualdade, Competência e Diligência são, ou deveriam ser, o registro impecável da atividade judicante, envolvendo de forma pública e incontestemente o atuar de toda a magistratura.

Há que se contemplar uma única “espinha dorsal” para esse sistema, a direcionar a conduta dos magistrados, sempre de forma a justificar e esclarecer o cidadão(ã) sobre o comportamento ético do(a) próprio(a) juiz(a), tanto no campo pessoal como social e institucional, de modo que se compreenda, e acima de tudo se respeite (não necessariamente que se concorde) a decisão judicial tomada no caso concreto.

São Princípios (os de Bangalore) fundados na ordem democrática, na garantia da efetividade dos direitos fundamentais, na absoluta necessidade de ser o(a) juiz(a) merecedor(a) da confiança e do respeito do(a) cidadão(ã) e, por último, pautados na imprescindibilidade da total autonomia e independência do Poder Judiciário.

- 1 Doutrina publicada originariamente na Revista de Estudos e Debates - CEDES. Volume 5 - Nº 1 - Jul. a Dez. 2019 - pp.42/51.
- 2 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Barcelona. Diretor-Geral da EMERJ no biênio de 2015-2016. Diretor-Geral do CEDES no biênio 2017-2018. Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de Barcelona-UB.

Os objetivos propostos são claros, ancorados que estão na contribuição fundamental para a ordem democrática e no fortalecimento da integridade judicial e moral da magistratura no seio de uma sociedade igualitária, livre e democrática.

A proposta, pois, que vem de Bangalore, outra não é senão a de pautar o atuar do Judiciário na idoneidade, imparcialidade e integridade de nossos(as) magistrados(as), primando sempre pela valorização e pelo respeito ao Judiciário, medidos e apurados por uma resposta social dentro da ordem democrática de valores.

O excesso de judicialização, especialmente de termos políticos, isso ligado à dualidade extrema entre esquerda e direita que se instalou no país, agravada a situação por uma total falta de respeito às diferenças e ao direito das minorias, tem causado grande desgaste ao Judiciário, que, é fato, não tem auxiliado na valorização da judicatura no país, cujo respeito precisa ser urgentemente resgatado.

A adoção prática e de forma pública e efetiva dos Princípios de Bangalore, pensamos, irá em muito contribuir para esse resgate, unificado como código de conduta, para que o(a) cidadão(ã) possa compreender e incorporar, dentro de um sistema constitucional, a relevante tarefa que o Judiciário há de ter, principalmente na preservação dos chamados direitos fundamentais.

Passemos, então, a refletir sobre cada um desses valores, seus respectivos conceitos, importância e que nós juízes(as) passamos elaborar uma relevante autocrítica da forma como temos nos comportado frente a esse indigesto excesso de política, a contaminar nosso espírito, nosso atuar e, por que não admitir, nossas decisões em razão das posições e dos preconceitos que carregamos (muitas das vezes até sem perceber) em nossa alma e corações.

“Caberá ao(a) juiz(a) preservar, de forma clara e ostensiva, seu necessário distanciamento do seio político e social, o suficiente para garantir total isenção de influências que eventualmente setores interessados na solução da questão possam pretender exercer na decisão.”

2. A Independência

“A independência judicial é um pré-requisito do Estado de Direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo. Um juiz, conseqüentemente, deverá apoiar e ser o exemplo da independência judicial tanto no seu aspecto individual quanto no aspecto institucional.”

O principal conceito a ser definido quanto a esse Princípio se vincula ao sentido do cargo ocupado pelo(a) magistrado(a), que não lhe deve trazer privilégios, muito menos pessoais, mas sim responsabilidades para com a sociedade e os jurisdicionados.

Privilégios e benefícios vêm acompanhados, como de sabença, de comprometimentos inaceitáveis para quem exerce a judicatura, porque atentam justamente contra a independência desse(a) magistrado(a).

As garantias inerentes ao cargo foram incorporadas pela Constituição Federal e existem exatamente para isso, para trazer ao(a) juiz(a) a plena tranquilidade para tomar decisões independentes e desvinculadas de eventuais interesses, incluindo os de natureza política e outros de tal ou qual partido ou instituição, ainda que represente o entendimento popular majoritário.

A independência inerente ao cargo estará sempre acima de todos os interesses que possam circular ao redor do tema sobre o qual o(a) juiz(a) é chamado a decidir. A vinculação do(a) juiz(a) sempre será com os termos da própria lei e, acima dela, só com a Constituição Federal e os Princípios que incorpora.

Caberá ao(a) juiz(a) preservar, de forma clara e ostensiva, seu necessário distanciamento do seio político e social, o suficiente para garantir total isenção de influências que eventualmente setores interessados na solução da questão possam pretender exercer na decisão.

É preciso, pois, cuidar para que a sociedade saiba disso e possa se tranquilizar em relação à solução e definição do conflito. Já se disse alhures, não será preciso concordar o(a) cidadão(ã) com essa solução, mas será essencial que venha a respeitá-la e o primeiro quesito será o de ter a certeza da integral independência daquele(a) que proferiu a solução.

O(a) juiz(a) há de ter, com toda certeza, a devida consciência dos valores éticos envolvidos no dilema e há que demonstrar isenção, liberdade e autonomia na sua decisão. Suas convicções pessoais não podem quebrar sua independência, ainda

“Um Judiciário composto por juízes(as) e magistrados(as) que sejam e demonstrem ser independentes, imparciais, íntegros no terreno tanto pessoal como institucional, comprometidos com o valor da igualdade e por fim, comprometidos igualmente com uma contínua e permanente formação para o desenvolvimento de suas competências.”

que digam respeito a assuntos de religião ou outros dogmas que porventura tenha incorporado na sua educação.

3. A Imparcialidade

“A imparcialidade é essencial para o apropriado cumprimento dos deveres do cargo de juiz. Aplica-se não somente à decisão, mas também ao processo de tomada de decisão.”

Parece óbvio dizer que a consequência natural e esperada da independência seja a imparcialidade, sem a qual não se produzirá a aguardada decisão judicial.

É certo dizer que nós, juízes, não somos neutros e incorporamos conceitos e valores, frutos do próprio viver. Negar essa condição seria recusar o óbvio, mas o importante aqui é o registro da consequência prática na decisão, influenciada por esses conceitos já incorporados e definidos.

Alguns são de fato intoleráveis na atuação judicial, a exemplo do que pode acontecer com estereótipos de gênero ou de raça, desaguados em injustificáveis preconceitos. Há que cuidar o(a) juiz(a) para não cair em tamanha armadilha, a lhe prejudicar a imprescindível imparcialidade.

Não deve por sua vez o(a) juiz(a) comentar previamente ou tornar pública sua decisão, não devendo jamais se utilizar da mídia ou de outros meios de comunicação para valorizar-se ou promover sua própria imagem, sendo inapropriado qualquer comentário que venha a fazer fora da corte a respeito de casos levados ou que possam ser levados a julgamento.

O distanciamento do(a) juiz(a) em relação à mídia deve ser observado segundo os Princípios de Bangalore de forma a preservar um julgamento justo e imparcial, sendo desinfluyente o que a respeito dele possa se direcionar a opinião pública majoritária.

4. A Integridade

“A integridade é o atributo da correção e da virtude. Os componentes da integridade são honestidade e moralidade judicial. Um juiz deve sempre agir dignamente e de uma maneira apropriada ao ofício judicial, livre de fraude, trapaças e mentira, não apenas no cumprimento de seus deveres oficiais, sendo bom e virtuoso em comportamento e caráter. Não há grau de integridade assim definida. A integridade é absoluta. No Judiciário, a integridade é mais que uma virtude; é uma necessidade.”

Nesse capítulo, a conduta pessoal do(a) juiz(a) é de vital importância. Sua vida privada e a dos que lhe são íntimos há que ser exemplar, livre de reprimendas se avaliada por um observador justo e sensato.

Perfeição é impossível como sabemos, mas as atitudes desejáveis de um(a) juiz(a), tanto na vida pública como particular, deverão, necessariamente, observar padrão ético e moral compatíveis com os valores de seriedade, honestidade e totalmente desvinculados de pessoas, atitudes e atividades suspeitas e/ou não suficientemente aclaradas e definidas.

Alguns critérios podem ser objetivamente editados para qualificar essa conduta:

- 1º) A natureza pública ou privada dessa conduta, se é contrária ou não ao texto legal;
- 2º) avaliação adequada da conduta, para se definir até que medida pode ou deve ser protegida por um direito individual;
- 3º) o grau de descrição e prudência usado pelo(a) juiz(a);
- 4º) até que ponto essa conduta pode ter sido prejudicial àqueles com ela envolvidos intimamente, ou se razoavelmente ofensiva aos demais;
- 5º) o grau de respeito/desrespeito para com o público demonstrado pela conduta;
- 6º) até que ponto a conduta avaliada seria indicativa de parcialidade, pré-julgamento ou influência.

Enfim, como consta dos comentários e observações oficiais aos Princípios de Bangalore, a conduta do(a) juiz(a) há de ser sempre de total integridade, ainda que em sua vida particular, eis que:

Um juiz deve manter altos padrões de conduta tanto na vida privada quanto na vida pública. A razão para isso se funda na larga variedade de experiência e condutas humanas com base nas quais deverá proferir as sentenças. Se ele próprio condena publicamente o que faz na vida privada, será considerado hipócrita. Isso inevitavelmente conduzirá a uma perda da confiança do público com relação ao referido juiz, o que pode se transferir para o Judiciário em geral.³

A integridade é de fato quesito essencial para transmitir à sociedade a segurança e a confiança necessárias à manutenção da ordem democrática.

5. A Idoneidade

"A idoneidade e a aparência de idoneidade são essenciais ao desempenho de todas as atividades do juiz."

3 Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial** / Escritório Contra Drogas e Crime. Tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, p. 88.

É fundamental, nesse tópico, a avaliação que se faz da conduta do juiz na sociedade. Aqui, mais do que a prática em si, exige-se do(a) juiz(a) a própria exteriorização da sua imagem como integrante do cargo, de forma que a sociedade a tenha como ilibada.

Há que evitar o(a) juiz(a) contatos que possam dar margem a especulações, evitando suspeitas de possível favorecimento e quebra de imparcialidade.

A idoneidade moral e funcional está vinculada a todos os interesses pessoais, fiduciários e financeiros do(a) magistrado(a), de membros que lhes são próximos e familiares.

Terminantemente proibido ao(à) magistrado(a) usar ou colocar à disposição o prestígio do seu cargo, muito menos para promover interesses privados seus ou de membros de sua família, sendo-lhe proibido transmitir ou permitir que outros a ele vinculados transmitam a impressão de que gozam de alguma consideração ou de posição especial, capaz de influenciar nas decisões que esse(a) juiz(a) irá tomar pelas obrigações de seu ofício.

A imagem, portanto, do(a) juiz(a) frente à sociedade está, quer se deseje ou não, intimamente vinculada aos quesitos de integridade, imparcialidade e independência do cargo.

6. A Igualdade

“Assegurar a igualdade de tratamento de todos perante a corte é essencial para a devida execução do ofício judicial.”

Parece certo dizer, nesse ponto, o quanto se vincula a função judicante ao respeito à ordem democrática, na medida em que a “igualdade” se afirma como um dos principais pilares desse sistema. O(a) juiz(a) é responsável por sua efetivação e não seria de outra forma.

Infelizmente, a desigualdade cada vez mais mostra a característica de um sistema que se imaginou e pensou equilibrado, acentuando-se as diferenças em relação principalmente às questões de raça, etnia, sexo, religião, nacionalidade, deficiência física, idade, estado civil, orientação sexual, status social/econômico e gênero.

Há outros, evidentemente, mas esses são os principais indicadores que têm sido considerados na qualificação infeliz que se faz a itens básicos e essenciais à dignidade humana.

Ao(a) juiz(a) é dada a responsabilidade de promover mínima igualdade para seus jurisdicionados, como consta dos comentários oficiais aos Princípios de Bangalore, *verbis*:

O juiz deve claramente chamar a atenção sobre comentários irrelevantes feitos por advogados na corte ou feitos de qualquer outra maneira, na presença do juiz, que sejam sexistas ou racistas, ou de outro modo, ofensivos ou inapropriados. Discursos, gestos ou inação que possam ser sensatamente interpretados como aprovação implícita de tais comentários são também proibidos. Isso não limita o bom exercício da advocacia ou o testemunho aceitável naquelas ocasiões em que, por exemplo, problemas de gênero, raça ou outros fatores similares tenham sido apropriadamente submetidos à corte, como temas de uma lide. Tal é compatível com o dever geral do juiz de ouvir justamente, e, quando for necessário, usado para exercer o controle sobre o julgamento e agir com a firmeza apropriada para manter a atmosfera de igualdade, decoro e ordem na sala de audiência.⁴

Sem essa igualdade não há justiça, daí a responsabilidade primeira do(a) juiz(a) por efetivá-la na prática de sua função.

7. Competência e Diligência

“A competência na execução dos deveres judiciais requer conhecimento legal, habilidade, minúcia e preparação.”

A responsabilidade do cargo exige não só a aprovação em concurso público, mas também a continuidade do estudo e do desenvolvimento de competências do(a) magistrado(a), que possibilitem a manutenção de sua compreensão de mundo e dos fatos da vida e da atualidade. Cada vez mais é sabido que não basta o(a) juiz(a) conhecer o texto literal da lei, pois há que interpretá-la e para isso será essencial que esteja atualizado nos próprios conceitos.

Infelizmente ainda há quem desacredite o aperfeiçoamento ou dele faz pouco, apostando só em estatísticas e números, desvalorizando o credenciamento e a extensão acadêmica (e por isso também crítica) que muitos magistrados(as) têm buscado na Universidade.

Para felicidade de muitos(as) juízes(as), no Rio de Janeiro pode ser louvada a atividade da Escola da Magistratura (EMERJ), que tanto tem se preocupado com a formação humana e por isso essencial da magistratura local.

Outro lugar de excelência reside no Centro de Estudos e Debates (CEDES), responsável pela edição sumular e que, na prática, tem se mostrado um valoroso apoio ao magistrado, especialmente do primeiro grau, pelas reuniões e debates que promove.

4 Grifo nosso.

Essas e outras iniciativas são de absoluta necessidade à implementação de melhorias destinadas à evolução dos conceitos de competência e diligência, como pensados e regulamentados pela ONU.

8. Conclusão

O Judiciário tem enfrentado sério desgaste social e de opinião pública, fruto da dicotomia política que se instalou no país, agravada pela judicialização excessiva dessa política, cuja demanda entra em forma mascarada de conflitos econômicos e/ou sociais. Exemplo disso recente foi aquele que deu o prefeito do Rio de Janeiro ao tomar *manu militari* o Pedágio da “Linha Amarela” da Concessionária, destruindo com máquinas e picaretas toda a estrutura das instalações, como se vivesse em algum reino distante onde não houvesse lei ou ordem pública a ser preservada. Busca votos do popular e lança ao Judiciário todo o ônus do resgate do Estado de Direito.

Nesse clima hostil, de ausente respeito às diferenças, para que não sucumbam os(as) juízes(as) à falta de respeito com que parte já acentuada da sociedade os enxerga será preciso o resgate da essência de valores inerentes ao próprio cargo, cujas práticas, unificadas e verticalizadas possam evidenciar um Judiciário literalmente de acordo com os Princípios consagrados em Bangalore.

Um Judiciário composto por juízes(as) e magistrados(as) que sejam e demonstrem ser independentes, imparciais, íntegros no terreno tanto pessoal como institucional, comprometidos com o valor da igualdade e por fim, comprometidos igualmente com uma contínua e permanente formação para o desenvolvimento de suas competências.

Assim se espera, venha a acontecer em prol de um mundo mais justo e igualitário, respeitando-se na essência um Poder tão relevante ao *status* democrático pensado por nosso povo sofrido, que ainda hoje tanto depende da efetivação dos valores sonhados há mais de trinta anos, quando fundada nossa atual ordem constitucional.

Injusto no mínimo seria, ao publicar o presente artigo, deixar de fazer uma referência especial a LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO, que presidiu nosso Tribunal de Justiça no biênio 2015/16, pois foi exatamente ele quem nos apresentou aos Princípios de Bangalore, em brilhante exposição que fez sobre o tema a novos(as) juízes(as) aprovados à época em concurso público.

Mais do que conhecedor do assunto, LUIZ FERNANDO sempre viveu sua longa trajetória na magistratura segundo os ditames desse honrado código de conduta, especialmente no terreno humanista, quando lutou diante de um Estado falido pela paridade de tratamento entre magistrados e servidores, saldando em dia para ambas as classes todas as obrigações estipendiais de forma isonômica, mesmo às custas de um mar de preocupações e em prejuízo

de sua própria saúde. Sou testemunha desse sacrifício, infelizmente não por todos reconhecido!

Que exemplos como esse possam ser seguidos, trazendo para a magistratura aquilo que hoje tanto necessita, vale dizer o respeito da sociedade e a exata dimensão da sua importância no estado democrático de direito.

Que assim seja!

A OPÇÃO DE COMPARECIMENTO DAS PARTES EM AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÕES E MEDIAÇÕES EM AÇÕES DE FAMÍLIA¹

LEISE ESPÍRITO SANTO²

CAMILA CASALI³

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015⁴ (CPC/2015) instituiu a obrigatoriedade do comparecimento das partes nas audiências de conciliação e mediação, com o fim de fomentar a política judiciária nacional de solução consensual de conflitos das famílias brasileiras.

O art. 695 do CPC está localizado no capítulo X do CPC/2015, que trata do procedimento especial das ações de família. Este dispositivo diz que, ao receber a “petição inicial, e, se *for o caso*, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694”⁵.

A partir de uma interpretação literal do enunciado do art. 695, dessume-se que legislador infraconstitucional, ao tratar das ações de família, não deu opção às partes litigantes de não comparecerem a tais audiências. Em outros termos: as partes litigantes em demandas familiares são obrigadas a comparecer a tais audiências.

O presente estudo trata da interpretação constitucional do art. 695 do CPC. De partida, adverte-se que a compreensão da questão não se logra pela interpretação textual da lei ordinária. A norma-regra, que impõe a obrigatoriedade do comparecimento às audiências, aboliu a *autonomia da vontade*, núcleo essencial do direito de liberdade, fundamentalizado no *caput* do art. 5º da CRFB/88.

- 1 Doutrina publicada originariamente na Revista de Estudos e Debates - CEDES - Volume 5 - n° 1 - Jul. - Dez. 2019, pp.110/131.
- 2 Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Juíza titular da 5ª Vara de Família do Fórum Central da Comarca da Capital do Estado Rio de Janeiro. Juíza Eleitoral da Ilha do Governador. Coordenadora da Central de Mandados das Varas de Família, Infância e Juventude do Fórum Central (TJRJ).
- 3 Advogada. Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL).
- 4 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil (CPC)/2015. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
- 5 Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

O Estado-Legislador e o Estado-Juiz estão vinculados ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, não possuem qualquer margem de liberdade nessa seara. O legislador ordinário é obrigado a respeitá-los no processo de feitura da lei, tal como o juiz brasileiro é obrigado a afastar qualquer lei infraconstitucional que os excluam, por mais bem intencionada que seja a intenção do legislador.

Nessa ordem de ideias, o presente estudo tem como objeto demonstrar que a regra da obrigatoriedade da participação das partes em audiências de mediação ou conciliação em ações de família, é norma eivada de vício de inconstitucionalidade.

Objetiva-se, portanto, advertir que o art. 1º do CPC⁶ deve ser cumprido, na medida em que determina que as normas da novel legislação processual devem ser interpretadas conforme a CRFB/88. Assim, o intérprete deve excluir a compulsoriedade prevista na regra do art. 695 do CPC

O estudo está dividido em duas partes. A primeira parte dedicada à fase contextual e a segunda parte à fase argumentativa.

Na parte contextual, far-se-á um breve histórico sobre a legislação brasileira sobre solução consensual de conflitos. A seguir, serão abordadas em linhas gerais as técnicas de mediação e conciliação, assim como os procedimentos das ações familiares.

A partir do item 5, argumentar-se-á sobre direitos fundamentais, autonomia de vontade, para ao final se chegar a interpretação constitucional da regra do art. 695 do CPC.

2. BREVE HISTÓRICO

A solução consensual de litígios no Brasil remonta à Constituição de 1824, com a criação da Justiça de Paz. Em 1827, esta Justiça foi instituída, de modo que cada freguesia ou paróquia tivesse presente um juiz de paz apto a conciliar os conflitos da comunidade.

As Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 (EC/69) mantiveram a Justiça de Paz. Em 1982, surgiram os Juizados Cíveis que ficaram conhecidos como Juizados de Pequenas Causas que buscavam a composição amigável em demandas de diminuta complexidade.

6 “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”. Neste ponto, deve-se esclarecer que valores não são categorias normativas objeto de interpretação da CRB/88. Os poderes constituídos estão vinculados às tarefas determinadas pela Carta de 1988, não podendo, por consequência, transformá-las em valores ponderáveis. O extenso catálogo de direitos e garantias individuais do seu art. 5º é “fisiologicamente, um adversário do sistema de ponderação”, como ensina ALEXANDRINO (2006b, p. 477) nota de rodapé 2045.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), em seu art. 98, I, criou nos âmbitos federal e estadual os juizados para a conciliação de causas cíveis de menor complexidade⁷. Os Juizados são um marco da política judiciária de solução amigável dos litígios.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2006, criou o movimento “Conciliar é Legal”⁸ com o objetivo de divulgar essa modalidade de resolução de conflitos.

Em 2009, o CNJ⁹, em Resolução/CNJ n° 70 formalizou inicialmente a estrutura da política para solução de conflitos consensual por meio das técnicas de mediação e de conciliação.

A Lei n° 13.140/2015 (lei de mediação) explicitou o procedimento da mediação, mas deu tratamento superficial à técnica de conciliação.

A lei da mediação, como se verá no próximo ponto, estabelece regras que ora coincidem e ora conflitam com as regras do CPC/2015, a exemplo da *obrigatoriedade da participação das partes na conciliação ou na mediação nas ações de família, objeto do presente estudo*.

3. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

No Código de Processo Civil de 2015 e na Lei de Mediação¹⁰, a realização de sessões para a tentativa de autocomposição ocupa lugar de grande destaque, precedendo, inclusive, o oferecimento de defesa pelo réu¹¹.

A tendência atual é que os processos disponham de tentativas de solução consensual. Caso esta não seja obtida, deverá haver a atuação segundo o modelo contencioso de adjudicação pelo juiz¹².

A audiência de conciliação ou de mediação entre as partes, pode ser adotada a qualquer tempo do processo, sendo incumbência do magistrado incentivá-la¹³.

7 Que veio a ser regulamentado pela Lei n° 9.099/95 (Juizados Especiais Estaduais) e Lei n° 10.259/01 (Juizados Especiais Federais).

8 O CNJ continua promovendo o movimento “Conciliar é Legal” por meio de divulgação e premiação de práticas que fomentam a cultura da pacificação social no país.

9 Resolução/CNJ n° 70, de 18 de março de 2009.

10 Lei n° 13.140/2015, art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

11 Nos termos do art. 334: “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.”.

12 SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inadaptabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**. São Paulo: RT, 2006, p. 787.

13 Nos termos do art. 125, IV, do CPC/73, “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. No CPC/2015 consta no art. 139, V: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

Segundo o CPC/2015, não é o juiz que conduz a audiência em busca da auto-composição. Ela, obrigatoriamente, deve ser conduzida por um terceiro *facilitador auxiliar do juízo – salvo se não houver conciliador ou mediador disponível*¹⁴.

Neste ponto, ensina VICENTE GREGO FILHO que, se o juiz presidir a conciliação deixará de ser uma figura imparcial. É certo que o mesmo deve incentivar que as partes cheguem a um acordo antes do início da instrução, mas não deverá influenciar as partes com “prognósticos de resultados favoráveis ou desfavoráveis, sob pena de comprometer sua imparcialidade no julgamento futuro se a conciliação não tiver sucesso”¹⁵.

O CPC/2015 não faz qualquer exigência quanto à qualificação profissional do mediador ou conciliador judicial, exigindo apenas a capacitação mínima por curso realizado por entidade credenciada que o habilite a se inscrever em cadastro nacional e cadastro do Tribunal em que o mediador ou conciliador pretende atuar¹⁶.

Já a lei de mediação prevê que o mediador judicial seja pessoa capaz, detentor de graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecido pelo Ministério da Educação, ter sido capacitado em escola ou instituição de formação de mediadores reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelos tribunais, além de outros requisitos estabelecidos pelo CNJ¹⁷.

No parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.140/2015, a mediação constitui-se como técnica a ser exercida por terceiro imparcial, sem poder decisório, escolhido ou aceito pelas partes, sendo sua tarefa auxiliá-las a identificar ou desenvolver soluções consensuais ao conflito.

Na conciliação, terceiro imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar as partes a celebrar um acordo e, se necessário, propor solução alternativa para a controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto.

14 CPC/2015, art. 334, § 1º: “O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária”.

15 GREGO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 2., ed. 22, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 281.

16 CPC/2015, art. 167: “Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.”.

17 Lei nº 13.140/2015, art. 11: “Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.”.

WATANABE (2003, p. 58), ao abordar a distinção das técnicas, ensina que na mediação o terceiro imparcial “procura criar as condições necessárias para que as próprias partes encontrem a solução”, não intervindo no sentido de adiantar alguma proposta de solução; na conciliação, o terceiro interfere um pouco mais ao tentar apaziguar partes, podendo “sugerir algumas soluções para o conflito”¹⁸.

Vê-se, portanto, que mediação e conciliação são técnicas diversas. Na mediação, diversamente da conciliação, o acordo não é essencial, pois seu objeto é promover a facilitação do diálogo, de modo que as partes conduzam suas relações de forma consensual.

Em consonância com o CPC, a lei da mediação informa expressamente que a mediação tem como princípios: a imparcialidade, a autonomia da vontade das partes, a confidencialidade e a informalidade. A lei da mediação também prevê expressamente os princípios da isonomia entre as partes, oralidade, busca do consenso e boa-fé. Os princípios previstos nestas fontes legais devem ser observados nas audiências de mediação e conciliação, por serem estruturantes de ambas as técnicas.

No tocante à obrigatoriedade da presença na audiência de mediação, a falta de simetria entre as leis é relevante. A lei da mediação diz *que quando existir cláusula contratual de mediação as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação, mas ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação*. Já o CPC/2015 prevê como regra do *procedimento comum, a opção de participação em conciliação ou mediação*.

Assim, identifica-se um conflito parcial entre a lei geral (CPC) e lei especial (lei de mediação), sendo certo que o CPC entrou em vigor em dezembro de 2015 e a lei de mediação em março de 2016.

Se aplicado o parágrafo 2º, do art. 2º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a opção pela mediação do CPC estaria revogada pela lei de mediação (posterior e especial), já que esta última obriga as partes a comparecerem à primeira reunião de mediação. A regra que contempla a opção de comparecimento ou não (§§ 4º e 5º do 334) não foi reproduzida pela lei de mediação.

Assim, percebe-se que tal incompatibilidade diferencia as técnicas de conciliação e a mediação, no tocante à obrigatoriedade da presença das partes, objeto do estudo.

4. OS PROCEDIMENTOS DAS AÇÕES DE FAMÍLIA NO CPC/2015

As famílias, nos dias de hoje, possuem estruturação variada. Não há na legislação brasileira um conceito sobre família. No art. 226 da CRFB/88, o legislador constituinte

18 WATANABE, Kazuo. “Modalidade de mediação”. In: DELGADO, José *et al.* (Coord.). **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários - CJE, 2003, p. 58.

não disse como ela é constituída. Entretanto, conferiu a essa entidade uma proteção especial do Estado, deixando incontestado que ela é a base da sociedade.

Já MARIA BERENICE DIAS¹⁹, assim aborda o tema:

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua formação.

Assim, a família advém de núcleos diversos, por meio de laços sanguíneos ou de laços afetivos. Desses laços emergem uma plêiade de normas-regras ou normas-princípios dispendo sobre os direitos e deveres pessoais e patrimoniais dos integrantes do núcleo familiar. Quando essas normas se relacionam com direitos da personalidade, tais como filiação, nome e sexo, passam a ter força cogente e são de “ordem pública”, ou seja, se opõe a qualquer disposição que venham lesioná-las. As normas de “ordem pública” não podem ser afastadas por vontade das partes²⁰.

O direito familiar brasileiro, que é um ramo do direito privado, está ancorado nos princípios da pluralidade e da afetividade que regem a “família constitucionalizada”. A CFRB/88 assumiu a função instrumental de lei fundamental da família, posição esta antes afeta a legislação civil. Sob a regência do postulado da dignidade da pessoa humana, os citados princípios (e muitos outros) vêm sendo orquestrados pelo Poder Judiciário para a resolução de demandas familiares²¹.

“A família brasileira hoje possui uma normatização pulverizada e é caracterizada, segundo as interpretações judiciais, como uma entidade plural e afetiva.”

A família brasileira hoje possui uma normatização pulverizada e é caracterizada, segundo as interpretações judiciais, como uma entidade plural e afetiva. Com isso, as demandas decorrentes de conflitos familiares não podem ser elencadas taxativamente.

19 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

20 As regras de ordem pública existem no Direito Público, bem como no Direito Privado. Temos como exemplos no Direito Privado os impedimentos no casamento e as regras de incapacidade. Assim, e sabendo que o conceito de ordem pública é mais amplo do que o de Direito Público, temos algumas conclusões: a) Toda regra de Direito Público é também uma regra de ordem pública; e b) Nem toda regra de ordem pública é de Direito Público, a exemplo do direito de família. In <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1920760/o-que-se-entende-por-regra-de-ordem-publica-denise-cristina-mantovani-cera>.

21 CASALI, Andréa. (2015, p. 30).

O art. 694 e seguintes do CPC/2015 citam as seguintes ações: divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável; de guarda, visitação e de filiação. Trata-se de elenco exemplificativo, diante de inúmeras outras ações regidas pelo procedimento especial do CPC/2015, a exemplo das ações patrimoniais decorrentes da extinção do casamento ou de união estável, alimentos entre ex-cônjuges ou ex-conviventes, modificação de regime de bens, indenizações por abandono afetivo, etc.

As ações regidas por leis específicas, tais como: a lei especial de alimentos (Lei nº 5.478/1968) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) podem buscar regramento o procedimento especial do CPC, de forma subsidiária. É isso que prevê o art. 693, em seu parágrafo único. Outras ações familiares não especificadas no *caput* do art. 693 do CPC/2015 também obedecem ao procedimento especial dos arts. 693 e 699.

O art. 695 do CPC/2015 diz que uma vez “recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694²². Ressalta-se que o juiz ordenará que as partes compareçam a audiência, se for o caso.

Veja-se que não será o caso de designação de audiência de conciliação ou mediação, quando a demanda não admitir composição amigável pela sua própria natureza, a exemplo de um divórcio de índole potestativa; ou ainda quando uma das partes estiver sob medida protetiva do Juizado de Violência Doméstica; ou quando o réu estiver em lugar incerto e não sabido; dentre inúmeras outras hipóteses.

A despeito dos casos em que *não é necessária ou for inócua* a audiência, com o fim de obtenção de composição amigável, *não quis o legislador dar a opção* insculpida no inciso VII do art. 319, par. 5º e 6º do 334 e no inciso II do art 335, em que as partes não estão obrigadas a comparecer a mediação e conciliação em ações do procedimento comum, devendo apenas informar previamente o Juízo.

Disso concluiu-se que o legislador impôs a *obrigatoriedade das audiências de conciliação e mediação somente em ações de família*.

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS

A CRFB/88, no seu título II, traz um elenco de dispositivos sobre os direitos e garantias fundamentais. No capítulo I deste título, estão elencados os direitos à vida e à liberdade.

22 Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

No *caput* do art. 5º, encontra-se assegurado o direito geral da liberdade e nos seus incisos os direitos de liberdade em espécie.

A aplicação imediata e a petrificação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais funcionam como “trunfos” dos indivíduos em sua relação com o Estado, ou seja, são instrumentos de sua proteção contra o arbítrio do Estado.

Sobre o tema, INGO WOLFGANG SARLET e ANDRÉ RUFINO DO VALE²³ comentam que:

O direito geral de liberdade funciona como um princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie e a identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional [...] a positivação de um direito geral de liberdade tem a vantagem de introduzir no ordenamento jurídico uma cláusula geral que permite derivar, por meio de interpretação extensiva, outras liberdades não expressamente consagradas no texto constitucional. Com efeito, a liberdade como faculdade genérica de ação ou omissão, confere amplíssimo leque de possibilidade de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal que não pode ser apreendido através de liberdades específicas previstas nos textos normativos [...]. Em síntese, o direito geral de liberdade assume relevância jurídico-constitucional, para efeitos de aplicação da vida, quando e na medida em que não esteja em causa o âmbito de uma proteção em espécie.

Assim, o direito geral de liberdade assume relevância jurídico-constitucional, para efeitos de aplicação da vida das pessoas. Neste ponto, deve-se esclarecer que as liberdades são positivas e negativas, segundo BOBBIO²⁴.

A liberdade positiva consubstancia-se na ausência de impedimento, ou seja, trata-se da possibilidade de a pessoa fazer algo de que não está vedado por lei como uma conduta proibida. A pessoa pode fazer tudo o que não esteja proibido ou vedado por lei.

De outro lado, existe a liberdade negativa, que reside na possibilidade de não fazer, ou seja, se não há proibição de ser fazer algo por ausência de lei é permitido à pessoa um não fazer.

O inciso II do art. 5º da CRFB/88 trata da liberdade negativa. Ela diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”²⁵. Se não há impedimento legal, o “não fazer” é conduta omissiva autorizada.

23 Citados por André Ramos Tavares. In: CANOTILHO, MENDES, SARLET & STRECK (2013, p. 218).

24 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, pp. 49 e seguintes.

25 Segundo GILMAR FERREIRA MENDES e ANDRÉ RUFINO DO VALE (CRFB/88 comentada, p. 245) “o primeiro significado do termo lei diz respeito a própria Constituição. É certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade estatal. Esses comandos normativos podem possuir a estrutura de regras ou princípios. No primeiro caso, a prescrição detalhada e fechada da conduta deontológica determinada estabelece uma estrita vinculação aos poderes públicos (...). No caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa certas margens de “livre deliberação” (*freie Ermessen*) aos Poderes do Estado.”

Os direitos dotados de fundamentalidade possuem a função de proteger as liberdades das pessoas em sua relação com o Estado, de modo que este as respeite.

A fundamentalidade de um direito traduz-se na vedação de ingerência do Estado na seara pessoal do ser humano. O Estado deve dar proteção, assegurar e fomentar os direitos fundamentais que compõem o núcleo essencial do ser humano.

In casu, a norma do inciso II do art. 5º da CRFB/88 possui dois sentidos. No primeiro, ninguém será obrigado a comparecer em uma audiência se não houver uma lei que o obrigue. Do outro sentido, o legislador não poderá criar uma lei em desconformidade com a CRFB/88, que suprima por completo a autonomia de vontades, impondo o comparecimento obrigatório das partes em audiências de conciliação e mediação.

“Os direitos dotados de fundamentalidade possuem a função de proteger as liberdades das pessoas em sua relação com o Estado, de modo que este as respeite.”

Nesse passo, percebe-se que a vinculação negativa do poder legislativo em relação à autonomia da vontade das pessoas, como um direito fundamental das liberdades, reside não somente na proibição, mas também numa ação correlata à vinculação positiva do Estado em legislar, com observância do seu dever de proteger às liberdades.

Sobre liberdades ensina JOSÉ MELO ALEXANDRINO²⁶ que três ideias devem ser retidas:

- 1) os direitos fundamentais visam a proteger poderes esferas de liberdades das pessoas;
- 2) os direitos fundamentais protegem as pessoas, antes de mais nada, na sua relação com o Estado (ou os poderes públicos em geral);
- 3) normalmente, essa proteção traduz-se no impedimento de ingerência do Estado, não estando, todavia, excluído que essa proteção se possa também traduzir noutro tipo de vínculo (designadamente em deveres de proteção e na configuração da própria ordem jurídica).

Os direitos fundamentais não são cartas brancas para o legislador infraconstitucional vedar, como quiser, os direitos à vida e às liberdades. Desse modo, a autonomia de vontade, como núcleo essencial dos direitos de liberdade, não pode ser suprimida pelo legislador infraconstitucional.

O legislador constituinte deixou para o legislador infraconstitucional regulamentar ou conformar normas de direitos fundamentais, particularmente às de direitos de liberdades.

²⁶ ALEXANDRINO (2011, p. 23).

A autorização de reserva de lei regulamentadora, em matéria de direitos fundamentais possuem dogmática diferenciada. Os direitos fundamentais não restringidos na própria Constituição, podem sofrer restrições pelo legislador ordinário, mas não está ao seu alvedrio abolir tais direitos.

Quando uma lei infraconstitucional invade o núcleo essencial de um direito fundamental, em especial os de liberdades, o Estado-Juiz deve afastá-la visto que lhe cabe controlar a constitucionalidade das leis. O Poder Judiciário não pode ignorar seu dever de controle, uma vez que está igualmente vinculado, positiva e negativamente, aos direitos fundamentais.

6. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS A RESPEITO DA OBRIGATORIEDADE

As posições doutrinárias sobre o tema são divergentes²⁷. Para uns, a regra da obrigatoriedade de comparecimento obrigatório em audiências que versam sobre demandas familiares seria inconstitucional, por lesão ao livre acesso ao Poder Judiciário. Para outros, a obrigatoriedade seria apenas uma fase do processo em que as partes seriam cientificadas sobre a possibilidade delas mesmas solucionarem seus conflitos.

Segundo TARTUCE (2016, p. 3), existem duas posições que se levantam em torno dessa questão: a obrigatoriedade e a não obrigatoriedade.

A primeira defende ser obrigatório o comparecimento das partes à audiência. Segundo os filiados desta corrente, o maior objetivo do legislador foi tornar a mediação familiar o principal meio de resolução de disputas nessa seara, distanciando a interferência estatal direta (representada pelo julgamento do caso). É na crença de que seria adequada a intervenção de um terceiro estranho ao núcleo familiar para a solução do conflito, que consiste na opção de tornar obrigatória a mediação para as ações de direito de família.

Os defensores da obrigatoriedade entendem que o legislador ordinário optou pela primazia da mediação na resolução de conflitos de família. Isso porque, para eles, a novel lei processual propõe um modelo multiportas de resolução de disputas, no qual cada caso deve ser encaminhado para a técnica mais apropriada para sua solução. Apenas casos excepcionais devem ser efetivamente julgados, uma vez que o CPC/2015 almeja que as próprias partes solucionem o conflito por si mesmas.

É por esta razão que defendem que a principal característica do procedimento especial para as ações de família consiste no fato de ser obrigatória a audiência de mediação, que não poderia ser dispensada por convenção das partes e nem pelo juiz.

27 TARTUCE, Fernanda (2017).

Por fim, em razão do exposto, para os defensores dessa corrente, a ausência injustificada de qualquer das partes na audiência de mediação deve ser sancionada pela aplicação da multa do parágrafo 8º do art. 334 do CPC/2015. É que, não havendo disposição em sentido contrário, as regras gerais previstas para o procedimento comum aplicam-se, subsidiariamente, aos procedimentos especiais (art. 318, parágrafo único, CPC/2015). O art. 334, nesse sentido, contém regras gerais que se aplicam às audiências de mediação ou de conciliação que sejam previstas em procedimentos especiais, como esse das ações de família.

Nesse sentido, segundo SALLES (2006, pp. 782-783), eventual norma não enjunctaria tal violação, visto que se trataria apenas de mais um requisito, entre outros, a ser exigido junto às partes.

Portanto, aos defensores da obrigatória audiência de mediação nas ações de família, esta imposição implicaria que a determinação da audiência não seja discricionariedade do juiz e nem possa ser afastada por acordo das partes.

A segunda corrente, defende, no entanto, a não obrigatoriedade de comparecimento à audiência de mediação e conciliação. TARTUCE (2016) explica:

o princípio da voluntariedade deve ser respeitado inclusive nas audiências de mediação em ações de família, nos exatos termos do art. 2º, parágrafo 2º, da Lei 13.140/16. Por isso, para os defensores dessa corrente, ninguém pode ser obrigado nem a comparecer à audiência e nem a mediar se assim não quiser e, por consequência, não há que se falar na aplicação de multa pelo não comparecimento das partes (inclusive, porque prevista apenas às audiências realizadas no procedimento comum, sob a égide do art. 334, NCP).

Os conflitos de direito de família envolvem questões de natureza emocional. Portanto, a imposição de sanção à parte em caso de não comparecimento às audiências do art. 695 do CPC pode tornar o ânimo das partes ainda mais hostil e, conseqüentemente, dificultar a autocomposição buscada pela lei.

TARTUCE (2015, p. 301) questiona a questão da multa prevista pelo art. 334, § 8º do CPC/15: a parte fica compelida a comparecer a uma audiência para tentar a autocomposição por coerção da sanção pecuniária, em vez de comparecer pela sua própria predisposição em firmar acordo, ou ao mesmo dialogar e melhorar sua comunicação com a parte contrária. Além disso, a parte comparece apenas no intuito de evitar a multa, o que garante que a realização apenas de uma etapa formal do processo, que demanda recursos materiais e humanos.

O presente estudo esclarece que a obrigatoriedade não deve ser compreendida em face de leis infraconstitucionais. A lei de mediação e o CPC/15 devem ser interpretadas conforme a CRFB/88. A sistemática constitucional dos direitos fundamentais veda qualquer tipo de interferência estatal nas liberdades individuais.

O Estado pode fomentar a cultura da autocomposição, em conformidade com o seu dever de proteger os direitos fundamentais que compõem o núcleo essencial do ser humano.

A autonomia como núcleo duro das liberdades individuais não está submetida ao escrutínio do legislador infraconstitucional. Não lhe cabe decidir sobre este tema. A vinculação, anteriormente mencionada, veda a imposição legal de obrigatoria presença ou participação das partes em audiências.

7. AUTONOMIA DA VONTADE

Inicialmente, deve-se esclarecer que a autonomia da vontade é um elemento essencial – núcleo – da proteção à liberdade tutelada pela CRFB/88. Seu âmbito normativo está circunscrito às escolhas individuais na esfera das relações privadas em que o Estado não tem ingerência.

Não cabe ao Estado, à sociedade ou a quem quer que seja decidir os destinos e as opções individuais. Como as pessoas devem pensar, em que devem crer, como devem conduzir suas vidas são decisões individuais. A autonomia da vontade, também entendida como autodeterminação, é um valor essencial do ser humano.

A Resolução nº 125/2010 do CNJ reconhece ser a autonomia da vontade o dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou no final do processo, podendo interrompê-lo a qualquer momento²⁸.

A questão da obrigatoriedade da mediação está relacionada com a compreensão de que a autonomia da vontade se impõe em qualquer situação. Em se tratando da natureza do direito fundamental em questão, a tentativa de autocomposição deve ser fomentada, mas em respeito à vontade das partes desejarem ou não participar de audiências de conciliação ou mediação.

O direito familiar deve ser interpretado e compreendido como uma ciência. Não há margens para “decisionismos” e “achismos”. As duas correntes sobre a obrigatoriedade, acima apresentadas, não enfrentam a natureza e a grandeza do direito fundamental de autodeterminação das pessoas.

28 Anexo III, art. 2º, II.

O direito em questão está fundamentalizado e não pode ser abolido nem por Emenda Constitucional (art. 60, par. 4º, da CRFB/88).

Ao conceber a pessoa como protagonista de suas decisões e responsável por seu próprio destino, as técnicas de autocomposição estão alinhadas à dignidade humana, princípio reitor das políticas estatais.

A normatização das liberdades, indispensável para a convivência em comunidade, exige respeito a núcleo mais íntimo das liberdades individuais, sendo sua supressão vedada, como já ressaltado.

Sobre tal questão houve manifestação do Supremo Tribunal Federal do Brasil em pelo menos uma relevante oportunidade. A Medida Provisória nº 1.053, de 30/06/1995, previu entre outras providências, a necessária prévia submissão de demandas trabalhistas a um mediador (art. 11)²⁹.

Pela presença do vocábulo “obrigatoriamente”, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade³⁰, pedindo que tal dispositivo fosse declarado inconstitucional.

O então Presidente do STF, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, deferiu o pedido, suspendendo o *caput* do art. 11 e seu § 4º, assim fundamentado:

essa submissão compulsória das partes à interferência de um mediador do Ministério do Trabalho constitui um obstáculo anteposto ao exercício do Direito ao ajuizamento do dissídio coletivo, que a Constituição, no entanto, subordinou apenas à tentativa de negociação, para o qual, de resto, não ditou forma nem impôs a participação do Estado³¹.

O legislador do CPC/2015 instituiu somente afastar a autonomia em demandas familiares, ao prever o obrigatório comparecimento das partes em audiências de con-

29 Art. 11. “Frustrada a negociação direta, as partes deverão, obrigatoriamente, antes do ajuizamento do dissídio coletivo, solicitar ao Ministério do Trabalho que designe mediador para o prosseguimento do processo de negociação coletiva. § 1º A parte que se considerar sem as condições adequadas para, em situação de equilíbrio, participar da negociação direta poderá, desde logo, solicitar ao Ministério do Trabalho a designação de mediador. § 2º A designação recairá em pessoa indicada de comum acordo pelas partes, ou, na falta de acordo, em mediador indicado na forma da regulamentação de que trata o § 5º deste artigo. § 3º O mediador designado terá prazo de até trinta dias para a conclusão do processo de negociação, salvo acordo expresso com as partes interessadas. § 4º Não alcançado o entendimento entre as partes, o mediador lavrará, no prazo de cinco dias, laudo conclusivo sobre as reivindicações de natureza econômica, que obrigatoriamente instruirá a representação para instauração da instância.”.

30 ADIn 1.309-2/ DF.

31 Após essa decisão, expirou o prazo de trinta dias de vigência da medida provisória, que não foi reeditada nos exatos termos originais, mas modificada de acordo com o teor da decisão. Assim, não houve o julgamento do mérito da ADI por parte do Plenário do Tribunal em decorrência da perda do seu objeto. A demanda objetiva restou prejudicada, como reconhecido pelo relator Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO. In: COSTA, Orlando Texeira da. “A mediação e a arbitragem como solução dos conflitos trabalhistas”. Disponível em: <http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/artigos>.

ciliação e mediação. Todavia, em sua parte geral, disse que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da *autonomia da vontade*, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

O § 4º do art. 166 diz que a “mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”.

Pois bem, na medida que as partes *em ações de família são obrigadas* por lei a participarem dessas audiências, a autonomia de vontade restou extinta por decisão do legislador ordinário. Tal situação, além de se afigurar tecnicamente inconcebível, afronta a família constitucionalmente reconhecida como a base da sociedade.

8. A INCONSTITUCIONALIDADE DO OBRIGATÓRIO COMPARECIMENTO DAS PARTES NAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO EM AÇÕES DE FAMÍLIA

A norma da obrigatoriedade da participação das partes em audiências de mediação ou conciliação em ações de família é norma eivada de vício de inconstitucionalidade. Isso porque, diante do disposto no art. 1º do CPC³², o operador do direito deve dar à lei interpretação conforme as normas constitucionais. Se o intérprete assim proceder, concluirá que a compulsoriedade prevista na regra do art. 695 do CPC está eivada de vício de inconstitucionalidade.

O princípio da autonomia de vontade é a base das técnicas de mediações e conciliações. As partes precisam ter liberdade para expressar suas vontades, de modo que autocomposição seja útil e válida. Nesse passo, o comparecimento compulsório invade o núcleo essencial da liberdade das partes, que nem mesmo por EC não pode se suprimido.

Cabe ao Estado-Legislador dar proteção aos direitos que compõem o núcleo essencial do ser humano. Se não o fizer, o Estado-Juiz deve exercer o controle da lei, uma vez que está igualmente vinculado aos direitos fundamentais.

A política judiciária da autocomposição que fomentou por lei a compulsoriedade prevista na regra do art. 695 do CPC, a pretexto de atender o interesse

"Em se tratando da natureza do direito fundamental em questão, a tentativa de autocomposição deve ser fomentada, mas em respeito à vontade das partes desejarem ou não participar de audiências de conciliação ou mediação".

32 Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na CRFB/88 observando-se as disposições deste Código.

público na pacificação de conflitos no âmbito das famílias, se figura viciada porque não tem autoridade para abolir a autodeterminação dos indivíduos tutelada pela CRFB/88.

O legislador infraconstitucional criou uma norma processual que afronta o núcleo mais essencial das liberdades, ao argumento de fomento da política de pacificação de conflitos familiares.

A atuação do Poder Legislativo funda-se em *pseudos interesses públicos*. O legislador infraconstitucional tratou de interesses como “princípio”. Todavia, não existe um direito fundamental de solução pacífica de conflitos .

Nessa seara, percebe-se uma *incompreensão sobre o que sejam interesses públicos, interesses particulares e direitos fundamentais*. O argumento do interesse público é manejado para justificar a supressão de autonomia de vontade em ações de família, *como se a vontade estivesse categorizada como um simples interesse privado*.

O art. 1º do CPC/2015 diz que as normas codificadas devem ser interpretadas conforme a CRFB/88. Não há possibilidade técnica de supremacia do interesse público de implementação de política judicial sobre o direito fundamental da autonomia de vontade, *simplesmente porque interesse não é princípio*.

Admitir a supremacia de um interesse corresponde à admissão de que o interesse público sempre sobrepuja o interesse privado, ou até mesmo os direitos fundamentais da CRFB/88. Os interesses não se confundem com os direitos, e, portanto, não podem colidir. São categorias distintas.

Não é tecnicamente possível que interesses públicos possam colidir com os direitos fundamentais. Somente se houver interesses públicos representados por normas constitucionais que versem sobre direitos fundamentais, será possível vislumbrar alguma colisão. A CRFB/88 em seu art. 5º não trata de interesses públicos ou privados, mas direitos e garantias.

Leciona SARMENTO³³ que o fato do interesse público não fazer parte da Constituição (como norma jurídica), não podendo ser ponderado com os direitos fundamentais, tem por consequência:

uma razão adicional para a recusa à admissão de um princípio da supremacia do interesse público como critério de limitação dos direitos fundamentais. Como nem todo interesse público possui berço constitucional, não há como postular sua prevalência sobre tais direitos.

33 ALEXY. *El concepto y la validez del derecho*, p. 188.

No mesmo sentido CLÈVE e FREIRE (2002) apontam o seguinte³⁴ :

Os conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional ocorrem quando o exercício de direito fundamental ocasiona prejuízo a um bem protegido pela Constituição. Nesta hipótese não se trata de qualquer valor, interesse, exigência, imperativo da comunidade, mas sim de um bem jurídico. Bens jurídicos relevantes são aqueles que a Constituição elegeu como dignos de especial reconhecimento e proteção.

É função do Estado dar proteção aos direitos fundamentais, nomeadamente os de liberdade, como no caso em estudo. O legislador ordinário não tem poder de manipular o conteúdo do princípio da autonomia de vontade. Nesse sentido, assim assinala o professor JORGE REIS NOVAIS, da FDUL:

mesmo que o legislador democraticamente legitimado entenda firmemente que a comunidade [...] [se] beneficiaria com essas medidas políticas, mesmo quando a maioria da população as exige, o interesse individual garantido juridicamente por um direito fundamental prevalece³⁵ .

Por melhor que seja a intenção do legislador, a adoção do modelo de solução de conflitos, por meio de comparecimento obrigatório, nos moldes do art. 695 do CPC/2015, não encontra respaldo CRFB/88, sendo, portanto, norma inconstitucional. Nesse passo, deve-se adotar a opção de comparecimento às audiências, segundo as normas previstas no procedimento comum³⁶.

Trata-se de interpretação que vai ao encontro da tutela ao núcleo essencial das liberdades consagradas no *caput* do 5º da CRFB/88.

9. CONCLUSÃO

O poder legiferante não pode excluir o núcleo de direitos fundamentais, a título de fomentar políticas de interesses públicos.

O caso da obrigatoriedade de participação das partes em audiências, que visa a composição amigável ou ainda a informação das partes quando tal possibilidade de resolução de conflito se afigura uma intervenção inconstitucional pelo Estado-Le-

34 CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre.

35 Reis S. **Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais**, 202, p. 233.

36 Procedimento regado no inciso VII do art. 319, par. 5º e 6º do 334 e no inciso II do art. 335 do CPC.

gislador ao princípio da autonomia de vontades, que é o núcleo essencial do direito das liberdades e o pilar das técnicas de mediação e conciliação.

O legislador infraconstitucional disse, no art. 695 do CPC, que o juiz ordenará que as partes compareçam à audiência, *se for o caso*. Como visto, são inúmeros casos em que se verifica que *não é o caso* de audiência com fim de autocomposição. A despeito disso, não quis o legislador dar às partes das ações de família a opção inculpada no procedimento comum.

A imposição da participação das partes não pode lesar a autonomia de vontade, impondo-lhes a sanção de comparecer para firmar acordo, ou mesmo para dialogar e melhorar a comunicação, sob pena de comprometimento da livre manifestação de vontade e da obtenção de consensos reais.

O respeito aos direitos de liberdade não pode ser pretérito a pretexto de implementação de política pública de pacificação. É dever do Estado-Juiz informar, no mandado de citação e intimação da parte ré, que ela poderá comparecer, *se quiser*, à audiência de conciliação ou mediação, caso a parte autora já não tenha se manifestado contrariamente à audiência.

As partes deverão estar cientes sobre a observância das regras processuais, a exemplo do previsto no art. 334 do CPC, que versa sobre a multa pelo não comparecimento injustificado à audiência³⁷.

O legislador não tem o poder de impor ao Judiciário o cumprimento de uma regra que obrigue as partes a participarem de audiências que visam autocomposição. Por isso, deve o juiz afastar a obrigatoriedade prevista no art. 695, dando a opção pela recusa de participação da audiência.

É dever do Estado-Juiz proteger a autonomia da vontade, no tocante à autodeterminação e à liberdade individual.

Além de todo o acima exposto, qualquer entendimento diverso ao *indeclinável respeito à vontade das partes no âmbito de um processo judicial* revela-se como lesão ao Estado Democrático de direito. Decisões que estabeleçam limitações à capacidade de tomada de decisão no âmbito do procedimento de solução consensual configuram-se como Juízos de Exceção.

37 Trecho do despacho inicial adotado pela 5ª Vara de Família do Fórum Central da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais**, Introdução Geral. 2ª Edição. Editora Principia, Cascais, 2011.
- BRASIL (1916) - Lei nº 3.071 de 1/1/1916: Código Civil (revogada na íntegra pela Lei nº 10.046, de 2002). Distrito Federal.
- BRASIL (1968) - Lei nº 5.478, de 25/7/1968: dispõe sobre a ação de alimentos e dá outras providências. Distrito Federal.
- BRASIL (1973) - Lei n.º 6.014, de 11/1/1973: institui o Código de Processo Civil. Distrito Federal.
- BRASIL (1988) - Constituição da República Federativa do Brasil. Distrito Federal.
- BRASIL (2015) - Lei nº 13.105, de 16/03/2015: institui o Código de Processo Civil. Distrito Federal.
- BRASIL (2017) - Conciliação e suas Técnicas. Escola de Administração Judiciária - PJERJ.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio Luiz (Coords.); LEONCY, Leo Ferreira (Coord. Executivo). **Comentários Constituição do Brasil**. São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. "Acesso à justiça". 1988. Disponível em http://www.academia.edu/6522484/MAURO_CAPPELLETTI_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A. Editado em 1988 e reimpresso em 2002.
- CASALI, Andréa. "A interpretação judicial criativa, o ativismo e as mutações informais da Constituição no direito familiar brasileiro". In **Mutações Constitucionais**. Org.: MENDES, Gilmar, DE MORAIS, Blanco. Saraiva, 2015.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis S. **Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais**, 2002, p. 233. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15706-15707-1-PB.pdf>.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª edição. São Paulo, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.
- FUX, Luiz. **Novo código de processo civil: temático**. 1ª edição. São Paulo: Mackenzie, 2015.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro, Brasil: Impetus, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do direito**. 20ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo, Brasil: Saraiva, 2011.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**, Tomo II. Volume 2. **Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado social**. Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- REALE, Miguel. Lições **Preliminares de Direito**. 26ª ed. Saraiva: São Paulo, 2002.
- RODRIGUES, L. Barbosa, CARNEIRO, Alberto Soares. **Direitos Humanos: textos fundamentais**. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011. ISBN 978-972-724-587-1.
- SALLES, Carlos Alberto de. "Mecanismos alternativos de solução de Controvérsias e acesso à justiça: a inadaptabilidade da tutela jurisdicional recolocada". In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006.

- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3ª edição. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado, 2003.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo a supremacia do interesse público**. Lumen Juris, 2005.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método. 2015.
- _____. “A obrigatoriedade da audiência prevista no artigo 695 do CPC/15”. 2016. Disponível em http://www.fernandatartuce.com.br/wpcontent/uploads/2016/07/Texto_Ceapro_audiencia_695-Novo-CPC.pdf.
- _____. “Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil”. 2017. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>.
- WATANABE, Kazuo. “Modalidade de mediação”. In: DELGADO, José *et al.* (Coord.). **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários - CJF, 2003.

DESTITUIÇÃO DE ADMINISTRADOR DE COMPANHIA ABERTA DE ECONOMIA MISTA

JORGE LOBO¹

“Les administrateurs peuvent à tout moment être révoqués par l’assemblée générale.... La règle est mauvaise”. (Ripert e Roblot)

As leis de sociedades por ações de inúmeros países em todos os continentes preveem a destituição de membro do conselho de administração, por manifestação unilateral e discricionária de vontade do controlador, a qualquer tempo, na assembleia geral de acionistas ordinária ou extraordinária, conste ou não a matéria da ordem do dia, segundo alentada pesquisa disponível no site *diapiperintelligence.com*, sob o título *“Removal of directors or officers around the world – DLA Piper Guide to Going Global”*.

E mais: sem pré-aviso; sem explicação; sem justificação, sem ouvi-lo; sem direito ao contraditório; sem direito de defesa; sem justa causa; sem direito à indenização; insuscetível de judicialização, por se tratar de um “direito potestativo” (para alguns, “direito absoluto”) do controlador, salvo se houver prova de vício formal, inobstante possa a destituição vir a constituir-se em flagrante abuso de direito e venha a causar irreparáveis danos morais e patrimoniais ao defenestrado.

GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLOT (*Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 10a. ed., tome I, p. 783) afirmam que *“la règle est mauvaise”* (“a regra é má” em uma tradução literal), isto é, *“apresenta uma imperfeição essencial”* (em uma tradução técnica, consoante *Le Petit Robert – Dictionnaire de la Langue Française*, p. 1.591), resquício da concepção contratual da sociedade anônima, que o considera um *“mandatário revogável”*, lição, acrescido, calcada no Código Comercial francês de 1807, art. 31º.

Na Europa, alguns países, após severa revisão crítica da matéria, mudaram de orientação, como, por exemplo, a Alemanha, na AktG, no § 84 (3), só permite a destituição por *“justa causa”*, ou melhor, *“justa causa relevante”*, e, ademais, estabelece que ela deve ser fundamentada em causas objetivas, tais como, v.g., violação grave dos deveres a que o administrador está adstrito, incapacidade para cumprir suas funções e perda da confiança da assembleia geral; se não restar provada justa causa pela companhia, a destituição será declarada ineficaz e o administrador reassumirá o seu cargo.

¹ Jorge Lobo é mestre em direito empresarial pela UFRJ, doutor e livre-docente em direito comercial pela UERJ, procurador de Justiça do MP-RJ e advogado.

Na França, a norma do art. L. 225-18 do Código de Comércio é de ordem pública e a demissão ou revogação (“*démission ou révocation*”) *ad nutum*, direito absoluto da assembleia geral; todavia, a jurisprudência tem conferido ao administrador direito à indenização se ficar provado que a revogação foi precipitada ou com circunstâncias injuriosas ou vexatórias, que prejudiquem a sua reputação (CA Paris, 30.06.2016, *in Rev. Soc.* 2016, p. 743).

Ademais, na anônima francesa com diretoria e conselho de vigilância, o administrador tem direito à indenização na falta de justo motivo (“*juste motive*”) (*Code de Commerce*, art. L. 225-61), sobrelevando notar que Corte de Cassação reputa abusiva a destituição sem que se confira ao administrador o direito ao contraditório e à ampla defesa (Cass. Com., 14.05.2013, nº 11-22-845, *préc.* nº 11, entre outros).

Em Portugal, vigora a livre revogabilidade (Código das Sociedades Comerciais, art. 403º/15), mas, se não caracterizada a justa causa, definida no CSC, art. 403º/4, o administrador tem direito a ser indenizado (CSC, art. 403º/5); em se tratando de membro do conselho fiscal (CSC, art. 419º/1) ou da comissão de auditoria (CSC, art. 423º E/1), só é possível destituição por justa causa.

Na Itália, a destituição, embora possa ocorrer a qualquer tempo, dá direito à indenização na ausência de justa causa (*Codice Civile* de 1.942, art. 2.383º/3).

No Brasil, na esteira de doutrina pacífica, o administrador de companhia fechada ou aberta é demissível *ad nutum*, em qualquer assembleia geral de acionistas, sem aviso-prévio, sem esclarecimento, sem justificativa verbal ou por escrito, sem direito à reparação civil, sem que possa recorrer ao Judiciário.

À vista do art. 14, II, da Lei nº 13.303, de 2016 (Lei das Empresas Estatais - LEE), o administrador de companhia aberta de economia mista, que demonstrou preencher os muito rigorosos requisitos do art. 17 da LEE, legitimamente eleito, legalmente empossado, no exercício pleno de suas relevantes funções e complexas atribuições, independente e autônomo, que deu mostras cabais de servir com diligência e lealdade à companhia e a seus acionistas, é demissível a qualquer tempo, sem justa causa

“No Brasil, na esteira de doutrina pacífica, o administrador de companhia fechada ou aberta é demissível *ad nutum*, em qualquer assembleia geral de acionistas, sem aviso-prévio, sem esclarecimento, sem justificativa verbal ou por escrito, sem direito à reparação civil, sem que possa recorrer ao Judiciário.”

e sem direito de pleitear o ressarcimento dos danos morais e materiais que sofreu?

Primeiro, frise-se, a destituição *ad nutum* é anacrônica, obsoleta, retrógrada, herança do Código Comercial francês de 1.807, art. 31^o, assaz criticada pela doutrina do país; é um cutelo, mantido pelo controlador, sobre a “cabeça” do administrador, para constranger, intimidar e tolher o exercício independente de seu cargo, funções e atribuições; é uma inequívoca demonstração de que, apesar da propalada “democratização das sociedades anônimas”, o controlador pode atuar como “*patrão absoluto*” (Pailusseau), que não deve e não “*presta contas a ninguém*” (Champaud) (citados pelo mestre MODESTO CARVALHOSA, Com., 4^a. ed., 2^o. Vol., p. 489).

Segundo, anote-se, ciente e consciente do insaciável “apetite” do Executivo de interferir nas empresas públicas, o legislador da LEE, através da norma cogente do art. 14, inc. II, criou o dever de o acionista controlador “*preservar a independência do conselho de administração no exercício de suas funções*”.

Terceiro, destituição desse jaez destrói a confiança dos investidores nacionais e estrangeiros na companhia, sobretudo os institucionais; provoca substancial perda de valor de mercado da companhia e, em consequência, expressiva redução do valor bursátil das ações dos minoritários, e abala o mercado de capitais do país.

A resposta: a destituição de administrador de companhia aberta de economia mista exclusivamente por ele manter-se fiel ao princípio da independência funcional e por negar-se a obedecer às ordens do acionista controlador, constitui violação da LEE por abuso de poder, na modalidade de desvio de poder ou de finalidade, desvio que se caracteriza, consoante doutrina o preclaro FÁBIO KONDER COMPARATO, “... *pela elusão de disposições imperativas, pela sua observância meramente aparente, frustrando-se a finalidade da norma*” (**O poder de controle na S/A**, Forense, 4^a. ed., p. 382, n^o 118), isto é, não conseguindo “vergá-lo”, demite-o, na assembleia geral, em estrita observância da forma, mas, em indisfarçável ofensa ao espírito da lei, à finalidade da norma.

JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE. CESSÃO CONTRATUAL. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DAS SÚMULAS Nº 5 E Nº 7/STJ. INSPEÇÃO EM PONTOS DE MEDIÇÃO DA UNIDADE DE PRODUÇÃO. MULTIPLICIDADE DE IRREGULARIDADES DA MESMA NATUREZA. INFRAÇÃO CONTINUADA. RECONHECIMENTO. IMPOSIÇÃO DE MULTA ÚNICA.

1. No caso dos autos, a Corte de origem concluiu, a partir da análise dos contratos firmados entre as empresas, pela responsabilidade da agravante quanto às obrigações correspondentes ao auto de infração lavrado pela Agência Reguladora.

2. Nesse contexto, é certo que a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, no sentido de asseverar a ilegitimidade da agravante para sofrer a imposição das multas administrativas, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, bem como das cláusulas contratuais pertinentes, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto nas Súmulas nº 5 e nº 7/STJ.

3. Este Sodalício firmou a compreensão de que, constatada a prática de múltiplas irregularidades da mesma natureza em uma única ação fiscalizatória, é devida a imposição de multa singular em razão da infração cometida de forma continuada. Precedentes.

4. Na espécie, após a realização de inspeção nos pontos de medição de óleo e gás natu-

ral de uma unidade de produção, a Agência Reguladora lavrou o Auto de Infração com imposição de diversas multas em razão de irregularidades da mesma natureza. Nesse ponto, merece reforma o acórdão *a quo*, a fim de que, afastando-se a multiplicidade de multas, seja mantida apenas uma única penalidade para cada conjunto de violações de mesma natureza que foram objeto do Auto de Infração.

5. Agravo interno a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AgInt. no Agravo em Recurso Especial nº 1.356.452-RJ, em que é Agravante: Petro Rio O&G Exploração e Produção de Petróleo Ltda. e Agravado: Agencia Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros REGINA HELENA COSTA, GURGEL DE FARIA (Presidente) e BENEDITO GONÇALVES votaram com o Sr. Ministro Relator.

BRASÍLIA, 09 DE FEVEREIRO DE 2021
MINISTRO SÉRGIO KUKINA
RELATOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Trata-se de agravo interno interposto por Petro Rio O&G Exploração e Produção de Petróleo Ltda. desafiando a decisão singular de f. 2.805/2.815, por meio da qual foi negado provimento ao agravo em recurso especial, ante os óbices das Súmulas nº 5 e nº 7/STJ, bem como em virtude de o acórdão recorrido estar em sintonia com a jurisprudência deste Sodalício.

Em suas razões, o agravante reitera os argumentos expendidos em seu apelo nobre acerca das teses de ilegitimidade para sofrer a imposição

da penalidade administrativa e de indevida multiplicidade de multas, aduzindo a não incidência dos óbices sumulares na espécie, uma vez que não pretende alterar o contexto fático ou a interpretação de cláusulas contratuais.

Por fim, registra que "deixa de impugnar o r. *decisum* objurgado com relação às conclusões do i. Relator acerca das seguintes teses trazidas no Recurso Especial: (i) nulidade do processo administrativo; (ii) necessidade de prova pericial, e (iii) impossibilidade de aplicação de multa sobre multa, aquiescendo com os óbices aplicados" (f. 2.840).

Requer, desse modo, a reconsideração do *decisum*, ou a submissão do agravo ao julgamento colegiado para fins de provimento do recurso especial.

É o relatório.

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE. CESSÃO CONTRATUAL. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DAS SÚMULAS Nº 5 E Nº 7/STJ. INSPEÇÃO EM PONTOS DE MEDIÇÃO DA UNIDADE DE PRODUÇÃO. MULTIPLICIDADE DE IRREGULARIDADES DA MESMA NATUREZA. INFRAÇÃO CONTINUADA. RECONHECIMENTO. IMPOSIÇÃO DE MULTA ÚNICA.

1. No caso dos autos, a Corte de origem concluiu, a partir da análise dos contratos firmados entre as empresas, pela responsabilidade da agravante quanto às obrigações correspondentes ao auto de infração lavrado pela Agência Reguladora.

2. Nesse contexto, é certo que a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, no sentido de asseverar a ilegitimidade da

agravante para sofrer a imposição das multas administrativas, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, bem como das cláusulas contratuais pertinentes, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto nas Súmulas nº 5 e nº 7/STJ.

3. Este Sodalício firmou a compreensão de que, constatada a prática de múltiplas irregularidades da mesma natureza em uma única ação fiscalizatória, é devida a imposição de multa singular em razão da infração cometida de forma continuada. Precedentes.

4. Na espécie, após a realização de inspeção nos pontos de medição de óleo e gás natural de uma unidade de produção, a Agência Reguladora lavrou o Auto de Infração com imposição de diversas multas em razão de irregularidades da mesma natureza. Nesse ponto, merece reforma o acórdão *a quo*, a fim de que, afastando-se a multiplicidade de multas, seja mantida apenas uma única penalidade para cada conjunto de violações de mesma natureza que foram objeto do Auto de Infração.

5. Agravo interno a que se dá parcial provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Em análise dos argumentos deduzidos no presente recurso, verifica-se que a decisão agravada merece parcial reparo.

Primeiramente, no que se refere à alegada ausência de responsabilidade da agravante acerca da conduta infracional, observa-se que a Corte de origem concluiu, a partir da análise dos contratos firmados entre a agravante e a empresa BP, ser aquela primeira a responsável pelas obrigações correspondentes ao auto de infração lavrado pela Agência Reguladora, conforme se infere do seguinte trecho do acórdão recorrido (f. 2.427/2.429):

Contudo, conforme asseverado na sentença recorrida, deve ser rechaçada a alegação de ilegitimidade, bem como a aplicação da Cláusula 13.2.8 do mencionado contrato de concessão ao caso em tela, uma vez que se operou a cessão do contrato de concessão e operação do Campo de Polvo, cujas cláusulas liberaram a BP de suas obrigações, passando a HRT a assumir todas as suas responsabilidades, e estabeleceram a solidariedade entre os consorciados.

Nesse sentido, verifica-se a alteração do Contrato de Consórcio em razão da referida cessão contratual, a qual estabeleceu a liberação da BP de suas obrigações, passando a HRT a assumir todas as suas responsabilidades:

[...]

II. A HRT neste ato se obriga a observar, executar, liberar e se obrigar a todas as responsabilidades, obrigações, deveres e demandas sob o Contrato de Consórcio e o Contrato de Concessão referentes à Participação, seja atual, acumulado, eventual ou de qualquer outra forma, e as Partes acordam que a HRT fará jus aos direitos e benefícios relacionados à Participação, em substituição à BP, na ou após a presente data.

III. A HRT e a MAERSK ENERGIA, respectivamente, liberam a BP de todas as responsabilidades e obrigações sob o Contrato de Consórcio, assumidas pela HRT de acordo com a Cláusula II, e HRT, neste ato, concorda em indenizar e proteger a BP e a MAERSK ENERGIA de e contra danos, perdas, procedimentos, demandas, despesas ou custos (incluindo custos legais) pelos quais a BP seria responsável se não fosse pela liberação referida nesta cláusula. [...]

"12.02. Responsabilidades - Fica estabelecido que as Consorciadas são solidárias nas obrigações decorrentes deste Contrato de Consórcio apenas perante a ANP e a União, nos termos estabelecidos no Contrato de Concessão e na Lei nº 9.478/97, inclusive em relação às obrigações incorridas antes da assinatura da alteração do Contrato de Consórcio."

Nessa toada, notório que o contrato de cessão transferiu para a apelante a responsabilidade das obrigações da operadora anterior, não prosperando a tese de que foi atribuída pena à pessoa diversa da real infratora, tendo, inclusive, tal Termo de Cessão de Direitos do Contrato de Concessão nº 48610.003888/2000, sido aprovado pela ANP, conforme Reunião de Diretoria 737, de 18/12/2013, RD nº 1331/2013, no qual se confirma a aceitação dos encargos e a assunção das responsabilidades da BP pela HRT.

Denota-se, pois, da transcrição acima, que a alteração das conclusões adotadas pela instância recorrida, tal como colocada a questão nas razões recursais, a fim de asseverar a ilegitimidade da agravante para sofrer a imposição das multas administrativas, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, bem como das cláusulas contratuais pertinentes, providências vedadas em recurso especial, conforme o óbice previsto nas Súmulas nº 5 e nº 7/STJ. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO POR SUCESSÃO. EMPRESA INCORPORADORA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL E LEI DAS SAS. COMPATIBILIDADE COM ART. 133 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. NÃO ALE-

GAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de redirecionamento de dívida de natureza não tributária (multa administrativa) à empresa que incorporou a sociedade executada.

3. A jurisprudência consolidada nas Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal é no sentido de que, em razão da natureza jurídica não tributária da multa administrativa, as disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às execuções destinadas à cobrança de tais créditos.

4. O entendimento firmado pelo Tribunal de origem não destoou da jurisprudência desta Corte, pois, ao manter o redirecionamento da execução de dívida não tributária, o fez com fundamento na legislação civil e na responsabilidade do terceiro nas hipóteses de sucessão empresarial, como a incorporação ocorrida na espécie.

5. Aferir a ocorrência da incorporação considerada nas instâncias ordinárias, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula nº 7 do STJ, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame. Ademais, como exarado no acórdão regional, "a questão relativa à legitimidade da parte agravante para responder pelos débitos das empresas SERVIPAR, TECONPAR e GRANSPAR, em virtude do reconhecimento de suposta sucessão empresarial, está sendo discutida nas ações 2009.70.08.000345-4, 2(X)9.70.08.000344-2 e 2009.70.08.000343-0, o que levou o juízo de origem a determinar que se aguarde o julgamento das referidas ações, devido à interferência nas execuções movidas contra MULTITRANS, do que se conclui que a questão aqui posta será amplamente discutida nas vias próprias, e não na estreita via do executivo fiscal" (f. 179, e-STJ). [...]

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp nº 1.407.182/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, DJe 09/03/2015)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. ART. 50 DA LEI Nº 9.784/1999. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. MULTA ADMINISTRATIVA. LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DAS PROVAS, FATOS E CLÁUSULAS ENCARTADOS AOS AUTOS. SÚMULAS Nº 5 E Nº 7/STJ. [...]

2. A revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem sobre a legalidade da multa administrativa aplicada à empresa concessionária bem como o exame sobre a proporcionalidade do *quantum* fixado, em razão de demora na instalação do gás na residência da usuária do serviço público, demandam o reexame dos fatos, provas e cláusulas contratuais constantes dos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos das Súmulas nº 5 e nº 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp nº 825.638/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 30/03/2016)

Por oportuno, vale salientar que, diversamente do sustentado pela empresa agravante, o precedente citado na petição de f. 2.870/2.873, consubstanciado no EREsp nº 1.318.051/RJ (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, DJe 12/06/2019), não se aplica à hipótese ora examinada, na qual se discute a legitimidade passiva de empresa sucessora para suportar multa administrativa imposta pela ANP

em decorrência de verificada desconformidade de medições em equipamentos aferidos em plataforma marítima de exploração de petróleo, quando ainda titular do contrato empresa anterior. De fato, a hipótese versada no referido precedente da Primeira Seção cuidou de situação bastante diversa, concluindo o Colegiado, na ocasião, pela necessidade de se demonstrar a culpa subjetiva de terceiro não responsável direto pela transgressão ambiental, como condição para que também figure como sujeito passivo de multa ambiental imposta pelo Poder Público. Logo, as situações em cotejo se revelam ostensivamente díspares, não se descortinando a possibilidade de se aplicar no presente caso a conclusão posta naqueles embargos de divergência.

Já no que se refere à questionada multiplicidade de multas imposta pela ANP, a Corte de origem assentou (f. 2.426/2.434):

Compulsando os autos, verifica-se que a ANP lavrou o auto de infração de nº 808-105-1433-4011444 em virtude de irregularidades encontradas por meio de Inspeção do Sistema de Medição de Óleo e de Gás Natural do Campo Polvo, unidade FPSO POLVO, em 18 e 19 de novembro de 2013

[...]

Ocorre que as não-conformidades se referem a pontos de medição distintos, de modo a se tratar de atos diversos e autônomos, ainda que da mesma natureza, e reclamam a imposição de pena para cada.

Na hipótese, a aplicação de penalidades a cada um dos pontos de medição se ampara na definição contida no art. 3º, inciso IV, do Decreto nº 2.705/98, da qual se infere que cada ponto de medição constitui uma unidade fiscal individualizada e autônoma, pois em cada um deles está ocorrendo à transferência de propriedade dos volumes produzidos de gás

natural, e por consequência o pagamento das participações governamentais.

A finalidade preventiva e repressiva da aplicação de penalidades justifica a imputação de pena a cada um dos instrumentos dos pontos de medição, inibindo a multiplicação do não atendimento às normas de medição a todos os pontos de medição compreendidos em uma mesma unidade de produção.

Resta-se caracterizada, portanto, a individualização de cada ato infracional, o que permite a aplicação de uma sanção para cada não-conformidade detectada pela fiscalização.

Constata-se, pois, que, após a realização de inspeção nos pontos de medição de óleo e gás natural de uma mesma unidade de produção, a Agência Reguladora lavrou o Auto de Infração com imposição de diversas multas em razão de irregularidades da mesma natureza.

Contudo, ao não reconhecer a ocorrência de infração continuada entre as múltiplas irregularidades de mesma natureza praticadas pela empresa e apuradas em uma única ação fiscalizatória, o Tribunal a quo dissentiu do entendimento firmado no âmbito deste Sodalício, segundo o qual, nessas situações, é devida a imposição de multa única.

A propósito, vejam-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DIREITO ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO CONTINUADA. MESMA OPORTUNIDADE FISCALIZATÓRIA. OCORRÊNCIA DE DIVERSAS INFRAÇÕES DA MESMA NATUREZA. APLICAÇÃO DE MULTA SINGULAR. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A

DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09/03/2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, cabe a oposição de embargos de declaração para: i) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; ii) suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e, iii) corrigir erro material. Vício não configurado.

III - Verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual a sequência de várias infrações de mesma natureza, apurados em uma única autuação, é considerada como de natureza continuada e, portanto, sujeita à imposição de multa singular.

IV - *In casu*, rever o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de redistribuir o ônus de sucumbência, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula nº 7/STJ.

V - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp nº 1.782.525/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, julgado em 13/05/2019, DJe 16/05/2019)

ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. INFRAÇÃO CONTINUADA. MESMA OPORTUNIDADE FISCALIZATÓRIA. OCORRÊNCIA DE DIVERSAS INFRAÇÕES DA MESMA NATUREZA. APLICAÇÃO DE MULTA SINGULAR. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

I - Como a decisão recorrida foi publicada sob a égide da legislação processual civil anterior, observam-se em relação ao cabimento, processamento e pressupostos de admissibilidade dos recursos as regras do Código de Processo Civil de 1973, diante do fenômeno da ultratividade e do Enunciado Administrativo nº 2 deste Superior Tribunal de Justiça.

II - A alteração das conclusões adotadas no Tribunal *a quo*, de que em uma única autuação/fiscalização a ANP constatou uma sequência de infrações da mesma natureza, o que caracteriza a infração continuada (f. 970), demandaria, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento esse vedado em sede de recurso especial, conforme óbice previsto no enunciado nº 7 da Súmula do STJ.

III - Ainda que assim não fosse, no que concerne à alegada violação do art. 71 do Código Penal e do art. 3º, IX, da Lei nº 9.847/99, sem razão o recorrente, posto que o aresto vergastado está em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que há infração continuada quando a administração pública, em uma mesma oportunidade fiscalizatória, constata a ocorrência de diversas

infrações da mesma natureza, o que enseja a aplicação de multa singular. Nesse sentido: AREsp nº 1.129.674/RJ, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Julgamento em 11/09/2017, Dje 14/09/2017; REsp nº 1.041.310/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 27/05/2008, DJe 18/06/2008.

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp nº 1.666.784/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2018, Dje 21/03/2018)

Dessa forma, merece reforma o acórdão a quo nesse ponto, a fim de que, afastando-se a multiplicidade de multas, seja mantida a imposição de apenas uma só penalidade para cada conjunto de irregularidades de mesma natureza e que foram objeto do Auto de Infração nº 808-105-1433-401144.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao agravo interno. Em decorrência, a verba honorária recursal anteriormente estabelecida - f. 2.815 (art. 85, § 11, do CPC) fica reduzida ao patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor sucumbencial arbitrado no acórdão regional.

É o voto.

AGINT NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.515.962 - RJ (2019/0157390-9)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARNAVAL DE 2011. DANOS MORAIS COLETIVOS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015 (ART. 535 DO CPC/73). INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. IRRESIGNAÇÃO QUANTO À CONDENAÇÃO. SUPOSTA EXORBITÂNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO STJ.

I - Na origem, trata-se de ação civil pública,

com pedido de liminar, contra o Município do Rio de Janeiro, a Riotur, a Companhia de Bebidas das Américas – Ambev e o Banco Itaú objetivando tutela jurisdicional no sentido da condenação dos réus a adotarem medidas preventivas necessárias a fim de evitar que o carnaval de 2011 repetisse as condições dos carnavais anteriores, em especial o do ano de 2010. Na sentença, julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal de origem, a sentença foi parcialmente reformada para condenar o Município do Rio de Janeiro ao pagamento de indenização por danos morais coletivos. Nesta Corte, negou-se provimento ao recurso especial da parte.

II - No que trata da alegação de violação do art. 535, II, do CPC/1973, sem razão o recorrente a esse respeito, tendo o Tribunal *a quo* decidido a matéria de forma fundamentada, analisando todas as questões que entendeu necessárias para a solução da lide, mormente aquela apontada no apelo nobre como omitida (f. 1.238), não obstante tenha decidido contrariamente à sua pretensão. Descaracterizada a alegada omissão, tem-se de rigor o afastamento da suposta violação do art. 535 do CPC/1973, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

III - No que concerne à alegação de violação dos arts. 128, 293 e 460 do CPC/1973, do art. 1º da Lei nº 7.347/85 e do art. 6º, VI e VII, do CDC, o Tribunal *a quo*, na fundamentação do *decisum*, assim firmou entendimento (f. 1.237-1.243): "[...] Ressalta-se, que a eventual interdição irregular da Rua Farma de Amoedo durante o carnaval não configuraria motivo para redução e concentração dos blocos na orla em Ipanema, pelo judiciário, porquanto em nada tem a ver com os blocos de rua que desfilaram, mas sim com a omissão do Município em permitir que as pessoas estendam a

folia na referida rua, interditando-a até altas horas. Ultrapassada essa questão, quanto à responsabilidade civil, há de se atentar que a inicial restringia aos danos ambientais que viessem a ser causados no carnaval de 2011 em Ipanema, com fundamento na perda da qualidade ambiental por falta de infraestrutura e organização necessárias para assegurar a paz do evento.[...] Dessa forma, constata-se que a única conduta causadora do referido dano é a omissão do Município do Rio de Janeiro em não exercer o seu poder de polícia para impedir que a rua seja interditada irregularmente, permitindo que tenha som alto de madrugada e pessoas obstruindo ruas e calçadas. Portanto, deve o Município do Rio de Janeiro responder pelo desequilíbrio ambiental enfrentado na Rua Farme de Amoedo no carnaval de 2011. [...]"

IV - Consoante se verifica dos excertos reproduzidos do aresto vergastado, o Tribunal *a quo*, com base nos elementos fáticos carreados aos autos, concluiu tratar-se o objeto da ação de dano ambiental em sentido amplo, considerando tanto os danos materiais quanto os danos morais, a uma, por considerar que os transtornos vivenciados pelos moradores da Rua Farme de Amoedo estão acima do tolerável, a duas, por entender que a conduta causadora do referido dano é a omissão da municipalidade em não exercer o seu poder de polícia, fundamentos esses impossíveis de refutação sem o necessário cotejamento do acervo fático-probatório já analisado, procedimento impossível pela via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula nº 7/STJ.

V - A respeito da violação do art. 944 do Código Civil, é necessário destacar que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, a revisão de indenização por danos morais coletivos só é viável, pela via estreita do recurso especial, quando

o valor arbitrado nas instâncias ordinárias for exorbitante ou irrisório, caso contrário, incide o óbice do enunciado da Súmula nº 7/STJ.

VI - Para a hipótese dos autos, a condenação da municipalidade à indenização por dano moral coletivo, fixado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelo Tribunal *a quo*, em razão da conduta omissiva de não exercer o seu poder de polícia, tendo por consequência o desequilíbrio ambiental enfrentado na Rua Farme de Amoedo no carnaval de 2011, não se mostra irrazoável ou desproporcional de modo a permitir a excepcionalidade da revisão do montante indenizatório pela via do recurso especial. Em situações análogas, os seguintes julgados: AgInt no AREsp nº 854.214 / SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 06/06/2019 e AgRg no AREsp nº 737.887 / SE, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgamento em 03/09/2015, DJe 14/09/2015.

VII - Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de AGInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.515.962/RJ, em que são Agravante: Município do Rio de Janeiro, Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Interessados:

RIOTUR Emp. de Turismo do Município do Rio de Janeiro S/A, Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV, Itaú UNIBANCO S/A, Dream Factory Comunicação e Eventos Ltda., acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros HERMAN BENJAMIN, OG FERNANDES, MAURO CAMPBELL MARQUES e ASSUSETE MAGALHÃES votaram com o Sr. Ministro Relator.

BRASÍLIA (DF), 05 DE MARÇO DE 2020
MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
RELATOR

RELATÓRIO**O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):**

Trata-se de agravo interno contra monocrática que decidiu recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal.

Na origem, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública, com pedido de liminar, contra o Município do Rio de Janeiro, a Riotur, a Companhia de Bebidas das Américas – Ambev e o Banco Itaú objetivando tutela jurisdicional no sentido da condenação dos réus a adotarem medidas preventivas necessárias a fim de evitar que o carnaval de 2011 repetisse as condições dos carnavais anteriores, em especial o do ano de 2010.

Dentre as medidas, requereu: i) determinar aos demandados que os desfiles dos blocos carnavalescos no carnaval de rua no bairro de Ipanema, durante os períodos pré-carnavalesco, carnavalesco e pós-carnavalesco de 2011, ocorram respeitando-se o limite de número de blocos a desfilar por dia, indicados pelo Batalhão da Polícia Militar – BPM com atribuição e no itinerário por ele indicado; ii) sejam os 1º e 2º réus condenados a proceder à normatização, alterando-se o teor do Decreto nº 32.664/2010 para fazer constar a limitação de que os blocos carnavalescos não poderão desfilar nas ruas internas do bairro de Ipanema durante os períodos pré-carnavalesco, carnavalesco e pós-carnavalesco, podendo fazê-lo apenas nas vias da orla que compreendem o bairro de Ipanema da cidade do Rio de Janeiro; iii) determinar aos 1º e 2º réus que se abstenham de autorizar o desfile de blocos carnavalescos nas ruas internas do bairro de Ipanema, durante os períodos pré-carnavalesco, carnavalesco e pós-carnavalesco, devendo os desfiles se limitarem a orla que compreendem o bairro de Ipanema da cidade do Rio de Janeiro; iv) a confirmação do pedido elencado acima em

via de antecipação de tutela *inaudita altera parte*, no sentido de condenar os réus à obrigação de não fazer, consistente em não autorizar, licenciar, instalar, diretamente ou por terceiros, engenhos publicitários de qualquer natureza na orla da Zona Sul da cidade do Rio de Janeiro ou em outros locais proibidos pela Lei Orgânica Municipal e pela Lei Municipal nº 1.921/92 da cidade do Rio de Janeiro; v) a condenação solidária dos réus a indenizar os danos à coletividade causados pela eventual colocação irregular de engenhos publicitários em locais proibidos, como, por exemplo, a orla da Zona Sul da cidade do Rio de Janeiro, em valor não inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), que será revertido para o FECAM, conforme previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85; vi) a condenação solidária dos réus ao pagamento de indenização a ser quantificada na fase de liquidação, à título de compensação pelos danos ambientais e pelos danos ao patrimônio público verificados após os desfiles dos blocos de carnaval de rua no bairro de Ipanema, cidade do Rio de Janeiro, a ser revertida para o Fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85 e, vii) a condenação dos demandados ao pagamento dos honorários de sucumbência, a serem revertidos ao Fundo Estadual do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nos termos da Lei nº 2.819, de 7 de novembro de 1997 e Resolução GPGJ nº 801, de 19 de março de 1998.

O Tribunal de Justiça Estadual deu parcial provimento ao recurso de apelação do Ministério Público do Rio de Janeiro, fixando pagamento de indenização, reformando a decisão monocrática que julgou extinta a ação, sem apreciação do mérito, de parte dos pedidos da inicial e improcedentes os demais pedidos (f. 1.071-1.076), nos termos da seguinte ementa (f. 1.223-1.225):

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CARNAVAL 2011. REDUÇÃO DO NÚMERO DE BLOCOS E RESTRIÇÃO À ORLA DE IPANEMA

PARA DIMINUIR OS IMPACTOS. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DISCRICIONÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. DANOS AMBIENTAIS. REPARAÇÃO IMEDIATA DOS DANOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE DANOS MORAIS FORA DA NORMALIDADE. DISPENSA DA VERBA DE SUCUMBÊNCIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Verifica-se a impossibilidade do poder judiciário determinar a redução do número de blocos de rua, com sua concentração na orla, no bairro de Ipanema, tendo em vista que não restou comprovado nenhum desrespeito ao direito, imputável aos números de blocos.

2. Não cabe ao judiciário intervir no poder discricionário da Administração na definição de números de blocos em cada bairro. Aliás, a definição do número de blocos e local por onde passarão envolve variáveis técnicas inerentes à Administração, como impactos no trânsito, captação de turistas, parcerias com os patrocinadores, reflexos em outros bairros, entre outras questões que o judiciário não é capaz de prever e analisar, de modo que um controle judicial irá ofender gravemente o princípio da separação dos poderes.

3. No tocante aos danos materiais, aplica-se o princípio da reparação *in integrum* ao dano ambiental, de modo que, se o poluidor conseguir recuperar o meio ambiente degradado, não há que se falar em indenização.

Compulsando os autos, não restou comprovado qualquer dano remanescente nas vegetações de restinga, canteiros, praias ou ruas, uma vez que a reparação do meio ambiente, com a coleta de lixo e limpeza, é realizada imediatamente durante e após os blocos.

4. Em relação aos danos morais, o STJ possui

o mesmo entendimento de que o dano deve ultrapassar à normalidade tolerável. Com isso, se faz necessário contextualizar os aborrecimentos enfrentados pelos moradores de Ipanema com o fato de ser carnaval, e os limites toleráveis deste. A maioria das reclamações da denúncia não caracteriza dano moral coletivo, pois está dentro de um padrão tolerável que toda sociedade tem de ter no carnaval, por ser este uma tradição cultural, democrática e popular, devendo ser valorizada, nos termos do art. 215, da CRFB/88.

5. No entanto, depoimentos de moradores, abaixo-assinado e fotos apontam que ao final de cada bloco os foliões deságuam na Rua Farme de Amoedo, permanecendo nos bares até altas horas, interditando a rua com caixa de som, em um verdadeiro bloco estático, o que impede o ir e vir e sossego dos moradores, de forma fora dos padrões. Dessa forma, acarreta aos moradores danos anormais, que não podem ser tolerados, nem mesmo no carnaval, pois em toda documentação, apresentada pelo Município, referente aos blocos e ruas interditadas, não há nenhuma previsão de bloco na Rua Farme de Amoedo, sendo esta interditada somente durante a passagem de certos blocos. Após o desfile desses determinados blocos, a rua deveria ser liberada imediatamente pelo planejamento municipal anexado.

6. Constata-se que a única conduta causadora do referido dano é a omissão do Município do Rio de Janeiro, em não exercer o seu poder de polícia para impedir que a rua seja interditada irregularmente, permitindo que tenha som alto de madrugada e pessoas obstruindo ruas e calçadas. Portanto, deve o Município do Rio de Janeiro responder pelo desequilíbrio ambiental enfrentado na Rua Farme de Amoedo no carnaval de 2011.

7. Não cabe condenar o apelado em ônus sucumbenciais, pois trata-se de ação civil pública

proposta pelo Ministério Público, razão pela qual deve se observar o princípio da simetria e tratamento isonômico entre as partes, sendo este o entendimento pacífico na jurisprudência do STJ e deste E. Tribunal recurso de apelação a que se dá parcial provimento.

Opostos embargos de declaração pela municipalidade, foram eles rejeitados (f. 1.277-1.280).

O Município do Rio de Janeiro interpôs recurso especial no qual aponta violação do art. 535, II, do CPC de 1973, porquanto, em síntese, quedou-se silente o Tribunal *a quo* da razão pela qual deliberou pela concessão de indenização por dano moral coletivo, não obstante esse pedido não tenha sido formulado na petição inicial.

Aponta violação dos arts. 128, 293 e 460, todos do CPC de 1973, visto que, em suma, a petição inicial não veicula pedido de indenização por dano moral coletivo, apenas descreve a suposta existência de materiais e ambientais, pelo que não poderia o aresto vergastado impor tal condenação à municipalidade.

Indica violação do art. 1º da Lei nº 7.347/1985 e do art. 6º, VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento da ausência do dano moral coletivo, posto tratar-se de sanção pecuniária de caráter eminentemente punitivo, em face de infração a direitos coletivos ou difusos, caracterizado tão somente quando atinge valores de uma comunidade, transbordando os limites da tolerabilidade.

Alega, por fim, violação do art. 944 do Código Civil, em razão da exorbitância e da desproporcionalidade da condenação em danos morais, no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), levando-se em conta, principalmente, as circunstâncias do caso concreto, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação.

Ofertadas contrarrazões a f. 1.315-1.335, o recurso especial teve o seguimento negado pelo Tribunal *a quo* (f. 1.338-1.342), tendo sido

interposto agravo em recurso especial.

Instado a se manifestar, opinou o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso especial (f. 1.417-1.426).

A decisão monocrática tem o seguinte dispositivo: "Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, a e b, do RI/STJ, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nesta parte, negar-lhe provimento."

Interposto agravo interno, a parte agravante traz argumentos contrários aos fundamentos da decisão recorrida.

A parte agravada foi intimada para apresentar impugnação ao recurso.

É relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

O recurso de agravo interno não merece provimento.

Nos termos do enunciado nº 568 da Súmula desta Corte Superior e do art. 255, § 4º, III, do RISTJ, o relator está autorizado a decidir monocraticamente quando houver jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Assim, não há que se falar em ilegalidade relativamente a este ponto.

A parte agravante insiste nos mesmos argumentos já analisados na decisão recorrida.

Sem razão a parte agravante.

No que trata da alegação de violação do art. 535, II, do CPC/1973, sem razão o recorrente a esse respeito, tendo o Tribunal *a quo* decidido a matéria de forma fundamentada, analisando todas as questões que entendeu necessárias para a solução da lide, mormente aquela apontada no apelo nobre como omitida (f. 1.238), não obstante tenha decidido contrariamente à sua pretensão.

Descaracterizada a alegada omissão, tem-se de rigor o afastamento da suposta violação do art. 535 do CPC/1973, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. GREVE. DESCONTOS DOS DIAS PARADOS. CABIMENTO, SALVO SE HOUVER ACORDO DE COMPENSAÇÃO DO TRABALHO.

1. No que se refere à alegada afronta ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC/1973, verifico que o julgado recorrido não padece de omissão, porquanto decidiu fundamentadamente a *quaestio* trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo tão somente porque contrário aos interesses da parte.

2. É entendimento consolidado no âmbito do STJ que é legítimo o ato da Administração que promove o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos participantes de movimento grevista, diante da suspensão do contrato de trabalho, nos termos da Lei nº 8.112/1990, salvo a existência de acordo entre as partes para que haja compensação dos dias paralisados. Ressalta-se que não consta nos autos que foi feita compensação dos dias parados.

3. Recurso Especial não provido. (REsp nº 1.616.801/AP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 13/09/2016.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC/1973. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 211/STJ. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. ART. 47 DO CPC/1973. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC/1973, quando não se vislumbra omissão, obscuri-

dade ou contradição no acórdão recorrido capaz de torná-lo nulo, especialmente se o Tribunal *a quo* apreciou a demanda em toda a sua extensão, fazendo-o de forma clara e precisa, estando bem delineados os motivos e fundamentos que a embasam.

2. Não se conhece da violação a dispositivos infraconstitucionais quando a questão não foi enfrentada pelo acórdão recorrido, carecendo o recurso especial do necessário prequestionamento (Súmula nº 211/STJ), sobretudo quando a parte, mesmo opondo embargos de declaração na origem, não suscitou a omissão na análise dos referidos aspectos.

3. Infirmar a conclusão alcançada pela Corte de origem, quanto a existência de litisconsórcio necessário tão somente em relação a duas candidatas, que foram lotadas na localidade onde pretendem as agravadas lotações, considerando, para tanto, os limites da sentença de primeiro grau, pressupõe o cotejo da referida sentença com o conjunto probatório do feito, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do STJ. Nesse sentido: AgRg no Ag nº 1.403.108/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 10/12/2015.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp nº 1.592.075/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 26/08/2016.)

No que concerne à alegação de violação dos arts. 128, 293 e 460 do CPC/1973, do art. 1º da Lei nº 7.347/85 e do art. 6º, VI e VII, do CDC, o Tribunal *a quo*, na fundamentação do *decisum*, assim firmou entendimento (f. 1.237-1.243):

[...]

Ressalta-se, que a eventual interdição irregular da Rua Farne de Amoedo durante o carnaval

não configuraria motivo para redução e concentração dos blocos na orla em Ipanema, pelo judiciário, porquanto em nada tem a ver com os blocos de rua que desfilaram, mas sim com a omissão do Município em permitir que as pessoas estendam a folia na referida rua, interditando-a até altas horas.

Ultrapassada essa questão, quanto à responsabilidade civil, há de se atentar que a inicial restringia aos danos ambientais que viessem a ser causados no carnaval de 2011 em Ipanema, com fundamento na perda da qualidade ambiental por falta de infraestrutura e organização necessárias para assegurar a paz do evento.

[...]

Dessa maneira, afasta-se a alegação de que o Ministério Público inovou na apelação ao alegar o dano moral coletivo, uma vez que o dano ambiental em sentido amplo engloba também os danos extrapatrimoniais, de modo que o pedido de condenação de indenização por danos ambientais e a exposição dos fatos e fundamentos, alegando o distúrbio do equilíbrio ambiental por conta dos barulhos, pelos moradores não poderem sair de casa, perturbação da rotina e da paz, e danos à vegetação, bastam para demonstrar que o objeto da ação se referia ao dano ambiental em sentido amplo, considerando tanto os danos materiais quanto os danos morais.

[...]

No entanto, a f. 361/384, depoimentos de moradores, abaixo-assinado e fotos apontam que ao final de cada bloco os foliões deságuam na Rua Farme de Amoedo, permanecendo nos bares até altas horas, interditando a rua com caixa de som, em um verdadeiro bloco estático, o que impede o ir e vir e sossego dos moradores, de forma fora dos padrões.

Dessa forma, acarretaria aos moradores danos anormais, que não podem ser tolerados, nem mesmo no carnaval, pois em toda documentação, apresentada pelo Município, referente aos blocos e ruas interditadas, não há nenhuma previsão de bloco na Rua Farme de Amoedo, sendo esta interditada somente durante a passagem de certos blocos. Após o desfile desses determinados blocos a rua deveria ser liberada imediatamente pelo planejamento municipal anexado.

Assim, existe, em tese, uma omissão do Município do Rio de Janeiro em exercer seu poder de polícia para conter essa perturbação desproporcional aos moradores da Rua Farme de Amoedo.

[...]

Dessa forma, constata-se que a única conduta causadora do referido dano é a omissão do Município do Rio de Janeiro em não exercer o seu poder de polícia para impedir que a rua seja interditada irregularmente, permitindo que tenha som alto de madrugada e pessoas obstruindo ruas e calçadas.

Portanto, deve o Município do Rio de Janeiro responder pelo desequilíbrio ambiental enfrentado na Rua Farme de Amoedo no carnaval de 2011.

[...]

Consoante se verifica dos excertos reproduzidos do aresto vergastado, o Tribunal *a quo*, com base nos elementos fáticos carreados aos autos, concluiu tratar-se o objeto da ação de dano ambiental em sentido amplo, considerando tanto os danos materiais quanto os danos morais, a uma, por considerar que os transtornos vivenciados pelos moradores da Rua Farme de Amoedo estão acima do tolerável, a duas, por entender que a conduta causadora do referido dano é a

omissão da municipalidade em não exercer o seu poder de polícia, fundamentos esses impossíveis de refutação sem o necessário cotejamento do acervo fático-probatório já analisado, procedimento impossível pela via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula n° 7/STJ, que assim dispõe: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO DE MONTES CLAROS. LOCAL DE INSTALAÇÃO DE ESTAÇÕES DE RÁDIO BASE DE TELEFONIA MÓVEL. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO SOB FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NO STJ. EXISTÊNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INAPLICABILIDADE DO NOVO REGRAMENTO CONTIDO NO ART. 1.032 DO CPC/2015. ACÓRDÃO FUNDADO NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL DE REGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA N° 280/STF. LEI LOCAL CONTESTADA EM FACE DE LEI FEDERAL. ART. 102, III, "D", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC 45/2004. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA "A". DISSÍDIO PRETORIANO PREJUDICADO. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N° 7/STJ.

1. Verifica-se que não se configura a ofensa aos arts. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil/2015, porquanto o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. Quanto à suposta violação dos arts. 1° e 19, VII, IX e XII, da Lei n° 9.472/1997; 49 e 12 da Lei n° 11.934/2009; e 4° e 11 da Lei n° 13.116/2015, a matéria debatida no Recurso

Especial possui caráter eminentemente constitucional. Isso porque se aduz a impossibilidade de as Leis municipais invadirem a competência da União ao legislar sobre telecomunicações, do que decorreria a ausência de competência municipal relativa à instalação e funcionamento das estações de rádio base.

3. Nos termos da jurisprudência do STJ, entende-se não ser aplicável o art. 1.032 do Código de Processo Civil de 2015, pois este dispositivo incide apenas nas hipóteses em que o recorrente deixa de interpor o Recurso Extraordinário, o que não ocorreu na hipótese, já que interposto a f. 4.300-4.322, e-STJ.

4. O inconformismo também enseja a contestação de lei local em face de lei federal. Todavia, o exame dessa questão refoge aos limites do Recurso Especial, uma vez que, nos termos do art. 102, III, "d", da Constituição da República, tal tema é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal

5. Igualmente, a apreciação da controvérsia exigiria a análise de dispositivos de legislação local (Leis Municipais n° 3.215/2004 e n° 3.642/2006), pretensão insuscetível de ser apreciada em Recurso Especial, conforme a Súmula n° 280/STF ("Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.").

6. Assinale-se, que fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

7. Por fim, concernente à suposta violação dos artigos 6°, VI, do CDC e art. 944 do CC, o STJ entende que o dano moral coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, bem como que tal dano moral é cabível quando ultrapassa os limites do tolerável e atinge, efetivamente, valores

coletivos, o que foi constatado pela Corte de origem (f. 3.843, e-STJ): "Destarte, tenho que restou evidenciada a postura recalcitrante das recorrentes, que, ao menos desde 2005, vêm se esquivando, intencionalmente, de atender aos ditames da lei municipal. Tal conduta, a meu sentir, tem o condão de ocasionar dano moral coletivo, porquanto ultrapassado os limites de tolerância, afetando valores das pessoas que habitam a urbe. Importante assinalar que o que se está a reprovar não é eventual inadequação do nível de radiação emitido pelos equipamentos de telefonia celular - matéria, como já exposto, estranha a esta lide -, e nem o mal que tal situação poderia causar à saúde da população, mas, sim, o intencional e destemido descumprimento das leis municipais pelas apelantes - conduta capaz de ensejar o abalo moral coletivo e o consequente dever de reparação".

8. *In casu*, o acolhimento da pretensão recursal, principalmente no que diz respeito à avaliação de possível abalo moral coletivo, demanda o reexame do contexto fático-probatório, o que não se admite ante o óbice da Súmula nº 7/STJ.

9. Agravo Interno não provido (AgInt no REsp nº 1.726.986 / MG, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgamento em 06/11/2018, DJe 19/11/2018.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEPUTADO DISTRITAL. APOIO POLÍTICO. INDEVIDA VANTAGEM FINANCEIRA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO RECONHECIDA, EM OUTRA AÇÃO DE IMPROBIDADE, CONTRA OUTRO RÉU. FALTA DE IMPUGNAÇÃO, NO RECURSO ESPECIAL, DE

FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO COMBATIDO, SUFICIENTE PARA A SUA MANUTENÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 283/STF. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS ATOS, CONCLUIU PELA COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO, PELA CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, PELA EXISTÊNCIA DE DANO MORAL COLETIVO INDENIZÁVEL E PELA PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES APLICADAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

[...]

X. Tendo em vista a fundamentação adotada no acórdão recorrido, o exame da irresignação do agravante - quanto às alegações de que não teria sido comprovada a existência de dano moral coletivo a ser indenizado e de que as sanções que lhe foram aplicadas, na origem, seriam desproporcionais - também demandaria o reexame de matéria fática, o que igualmente é inviável, em Recurso Especial, a teor da Súmula nº 7/STJ. Precedentes do STJ (AgInt no AREsp nº 1.129.965/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe de 18/06/2018; AgRg no AREsp nº 533.862/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 04/12/2014; REsp nº 1.203.149/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 07/02/2014).

XI. Agravo interno improvido (AgInt no REsp nº 1.551.157 / DF, Relator Ministra ASSULETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgamento em 16/10/2018, DJe 25/10/2018.)

A respeito da violação do art. 944 do Código Civil, é necessário destacar que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, a revisão de inde-

nização por danos morais coletivos só é viável, pela via estreita do recurso especial, quando o valor arbitrado nas instâncias ordinárias for exorbitante ou irrisório, caso contrário, incide o óbice do enunciado da Súmula nº 7/STJ.

Para a hipótese dos autos, a condenação da municipalidade à indenização por dano moral coletivo, fixado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelo Tribunal *a quo*, em razão da conduta omissiva de não exercer o seu poder de polícia, tendo por consequência o desequilíbrio ambiental enfrentado na Rua Farme de Amoedo no carnaval de 2011, não se mostra irrazoável ou desproporcional de modo a permitir a excepcionalidade da revisão do montante indenizatório pela via do recurso especial.

Em situações análogas, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENERGIA ELÉTRICA. SUSCITADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS DANOS MORAIS COLETIVOS, DA CONDUÇÃO OU DO NEXO CAUSAL. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO, FIXADO EM R\$ 50.000,00, QUE NÃO SE AFIGURA EXCESSIVO OU DESPROPORCIONAL. VERIFICAÇÃO DE OFENSA A NORMAS INFRALEGAIS. NÃO CABIMENTO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO DA AUTARQUIA FEDERAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

4. O valor da indenização por danos morais somente comporta redução, em sede de Recurso Especial, quando exorbitante ou desproporcional, o que não aconteceu no presente caso, em que o montante de R\$ 50.000,00 se mostra adequado diante da lesão aos consumidores indicada pelo acórdão recorrido.

5. Para acolher a pretensão recursal, seria necessário aferir a ocorrência de eventual violação da Portaria nº 466/1997 do DNAEE e da Resolução nº 456/2000 da ANEEL, o que é inviável nesta instância, pois tais espécies normativas não se equiparam a Leis Federais (AgInt no REsp. nº 1.725.959/DF, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, DJe 13/09/2018; AgInt no REsp. nº 1.490.498/RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 23/08/2018).

6. Agravo Interno da Autarquia Federal a que se nega provimento (AgInt no AREsp nº 854.214 / SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 06/06/2019.)

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA COIBIR A PRÁTICA RECORRENTE DE POLUIÇÃO SONORA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE RECONHECIDA. DANO MORAL COLETIVO. POLUIÇÃO SONORA. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Recurso especial decorrente de ação civil pública em que se discute danos morais coletivos decorrentes de poluição sonora e irregularidade urbanística provocadas por funcionamento dos condensadores e geradores colocados no fundo do estabelecimento das condenadas.

2. Tratando-se de poluição sonora, e não de simples incômodo restrito aos lindeiros de parede, a atuação do Ministério Público não se dirige à tutela de direitos individuais de vizinhança, na acepção civilística tradicional, e, sim, à defesa do meio ambiente, da saúde e da tranquilidade pública, bens de natureza difusa. O Ministério Público possui legitimidade para propor Ação Civil Pública com o fito de prevenir ou cessar qualquer tipo de poluição, inclusive sonora, bem como buscar

a reparação pelos danos dela decorrentes. Nesse sentido: REsp nº 1.051.306/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 10/09/2010.

3. "Tratando-se de poluição sonora, e não de simples incômodo restrito aos lindeiros de parede, a atuação do Ministério Público não se dirige à tutela de direitos individuais de vizinhança, na acepção civilística tradicional, e, sim, à defesa do meio ambiente, da saúde e da tranquilidade pública, bens de natureza difusa" (REsp nº 1.051.306/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 10/09/2010.).

4. "O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. (...) O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos". Nesse sentido: REsp nº 1.410.698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 30/06/2015; REsp nº 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 26/02/2010.

5. A Corte local, ao fixar o valor indenizatório em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o fez com base na análise aprofundada da prova constante dos autos. A pretensão da ora agravante não se limita à reavaliação da prova apreciada do aresto estadual, mas, sim, ao seu revolvimento por este Tribunal Superior, o

que é inviável. Incidência da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido: AgRg no AREsp nº 430.850/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 07/03/2014.

Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp nº 737.887 / SE, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgamento em 03/09/2015, DJe 14/09/2015.)

Ante o exposto, não havendo razões para modificar a decisão recorrida, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

AGINT NO RECURSO ESPECIAL

Nº 1.889.641 - RJ (2019/0256870-6)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. CONTRARIEDADE A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXAME VIA APELO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015; DOS ARTS. 43 E 123 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL; DOS ARTS. 97, I, III E IV, 110, 114, 116 E 142 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL; DOS ARTS. 565, 566, 567, 568 E 594 DO CÓDIGO CIVIL/2002 E DO ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E ANÁLISE DE MATERIAL PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA.

1. O exame da violação de dispositivos constitucionais (art. 156, III, da Constituição Federal) é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal.

2. Não se conhece de Recurso Especial no que se refere à violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil/2015; aos arts. 97, I, III e IV, 110, 114, 116 e 142 do Código Tributário Nacional; aos arts. 565, 566, 567, 568 e 594 do Código Civil/2002 e ao art. 3º da Lei Complementar nº 116/2003, quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula nº 284/STF.

3. No que concerne à interposição pela alínea "b" do art. 105, III, da CF, não se pode conhecer do Recurso Especial. Isso porque a parte recorrente não demonstrou de forma clara e fundamentada como o Tribunal *a quo* julgou "válido ato de governo local contestado em face de lei federal", atraindo, por analogia, o óbice da Súmula nº 284/STF: "é inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

4. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou: "Trata-se de Ação Anulatória ajuizada por AVX SISTEMA DE GESTÃO INTEGRADO E PROJETOS LTDA em face do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, em cuja peça inicial objetiva a sociedade autora a anulação do crédito tributário oriundo dos autos de infração nº 105402 e 105653, sob o fundamento da não incidência do ISS sobre a atividade de locação de bens móveis. (...) O Município do Rio de Janeiro é o sujeito ativo do ISS devido, porque o município competente corresponde àquele do local da ocorrência do fato gerador, onde se localizam a sede e suas filiais (cláusula primeira, do contrato social, a f. 41, índice 000038), ressaltado que, o mero deslocamento da equipe para realizar serviços em outro território não implica modificar a representação da pessoa jurídica, o que não caracteriza a existência de uma unidade profissional, em outros Municípios. (...) Com efeito, no caso sob

exame, observados os fatos e provas constantes nos autos, verifica-se que, por meio da Secretaria Estadual de Educação, a sociedade autora e o Estado do Rio de Janeiro, celebraram o contrato administrativo para executar os serviços de locação de aparelhos de ar condicionado, a f. 56/65 (índice 000045) (...) Releva observar que consta na cláusula segunda, do contrato social a f. 41 (índice 000038), que a pessoa jurídica tem como objeto social, entre outros, a locação de aparelhos de ar condicionado de janela de todas as capacidades, locação de aparelhos de ar condicionado Split de todas as capacidades e locação de ar condicionado central com refrigeração a ar e a água de todas as capacidades com assistência técnica e manutenção de todos os aparelhos acima descritos (...) Acresce que os autos de infração nos 105.402 e 105.653 (f. 50 e 53, índice 000045) ora impugnados, consignam a infração referente ao não recolhimento do ISS referente ao serviço de locação de equipamento e sua manutenção preventiva e corretiva, do que se depreende a existência de prestação de serviços juntamente com a locação de aparelhos de ar condicionado. A tudo acresce o parecer do douto Ministério Público em primeiro grau, de f. 657/658 (índice 000672), ao opinar pela improcedência do pedido. De tudo extrai-se que a demandante não se desincumbiu do *onus probandi*, tal como lhe competia, segundo o inciso I, do artigo 373, do CPC-15, vez que deixou de apresentar provas mais contundentes sobre a alegada locação simples de bens móveis, a afastar a incidência da exação, cediço que uma das características do ato administrativo é a presunção de legitimidade e de veracidade. Dessa forma, uma vez demonstrado tratar-se de locação mista de bens móveis, evidenciada a concomitante prestação de serviços de manutenção dos equipamentos de ar condicionado, não se há de falar em nulidade do lançamento tributário, razão por que entendo não merecer

reforma a sentença de improcedência do pedido inicial. (...) Por essas razões, voto no sentido de negar-se provimento ao recurso" (f. 773-783, e-STJ).

5. O acolhimento da pretensão recursal demanda reexame das cláusulas do contrato celebrado e do conjunto fático-probatório dos autos, sendo inviável, quanto ao ponto, o exame do pleito da insurgente, em virtude do enunciado das Súmulas nos 5 e 7 do STJ. Precedente: AgInt no AREsp nº 1.144.760/MA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe 16/04/2019.

6. Assinale-se, por fim, que fica prejudicada a apreciação da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

7. Agravo Interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1889641 - RJ, em que Agravante: BELLO RIO ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA OUTRO NOME : AVX-SISTEMA DE GESTAO INTEGRADO E PROJETOS LTDA e Agravado: Município do Rio de Janeiro, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros FRANCISCO FALCÃO, OG FERNANDES, MAURO CAMPBELL MARQUES e ASSUSETE MAGALHÃES votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN.

BRASÍLIA, 16 DE DEZEMBRO DE 2020

(DATA DO JULGAMENTO).

**MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RELATOR**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Cuida-se de Agravo Interno interposto contra decisão (f. 1.168-1.177, e-STJ) que não conheceu do recurso.

A agravante sustenta, em suma (f. 1.180-1.200, e-STJ):

O recurso especial interposto, ao contrário da decisão agravada, está devidamente fundamentado e não encontra óbice nas súmulas nos 284/STF, 5 e 7/STJ, com relação a estas em razão de que em razão de que os seus argumentos, neste aspecto, estão justamente baseados nas premissas adotadas no acórdão recorrido que não fundamentam, observada a legislação e a orientação jurisprudencial, as suas conclusões.

(...)

Desta feita, demonstrou o Agravante em seu recurso, que o acórdão recorrido, ao admitir tributação sobre a locação de bem móvel, viola a Súmula Vinculante 31 do STJ, o artigo 156, III, da Constituição Federal, o artigo 594 do Código Civil, os artigos 97, I e III e IV, 110, 114, 116 e 142 do CTN, artigo 594, do Código Civil, e a Lei Complementar nº 116/2003.

(...)

Finalmente, embora a apreciação do recurso não dependa da valoração das provas, tampouco do seu reexame, em razão da flagrante violação à legislação infraconstitucional, afasta-se a aplicação da Súmula nº 7/STJ, vez que sua análise está baseada nas próprias premissas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, sobre as quais pretende-se o adequado valor jurídico.

(...)

Outrossim, com relação à súmula nº 5/STJ, não se pretende a análise de cláusula con-

tratual, o que seria vedado, limitando-se a argumentação do recorrente a demonstração de que das premissas adotadas não decorrem as conclusões do acórdão recorrido.

(...)

Demonstrado, então, que o recurso especial foi devidamente fundamentado e não encontra óbices nas súmulas nos 5 e 7, espera-se o provimento do agravo para que finalmente seja conhecido e provido, inclusive para reverter a questão dos honorários.

Impugnação a f. 1.204-1.226, e-STJ.
É o relatório.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. CONTRARIEDADE A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXAME VIA APELO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015; DOS ARTS. 43 E 123 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL; DOS ARTS. 97, I, III E IV, 110, 114, 116 E 142 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL; DOS ARTS. 565, 566, 567, 568 E 594 DO CÓDIGO CIVIL/2002 E DO ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E ANÁLISE DE MATERIAL PROBATÓRIO. INVIALIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA.

1. O exame da violação de dispositivos constitucionais (art. 156, III, da Constituição Federal) é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Constituição Federal.

2. Não se conhece de Recurso Especial no que se refere à violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil/2015; aos arts. 97, I, III e

IV, 110, 114, 116 e 142 do Código Tributário Nacional; aos arts. 565, 566, 567, 568 e 594 do Código Civil/2002 e ao art. 3º da Lei Complementar nº 116/2003, quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula nº 284/STF.

3. No que concerne à interposição pela alínea "b" do art. 105, III, da CF, não se pode conhecer do Recurso Especial. Isso porque a parte recorrente não demonstrou de forma clara e fundamentada como o Tribunal *a quo* julgou "válido ato de governo local contestado em face de lei federal", atraindo, por analogia, o óbice da Súmula nº 284/STF: "é inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

4. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou: "Trata-se de Ação Anulatória ajuizada por AVX Sistema de Gestão Integrado e Projetos Ltda em face do Município do Rio de Janeiro, em cuja peça inicial objetiva a sociedade autora a anulação do crédito tributário oriundo dos autos de infração nº 105402 e 105653, sob o fundamento da não incidência do ISS sobre a atividade de locação de bens móveis. (...) O Município do Rio de Janeiro é o sujeito ativo do ISS devido, porque o município competente corresponde àquele do local da ocorrência do fato gerador, onde se localizam a sede e suas filiais (cláusula primeira, do contrato social, a f. 41, índice 000038), ressaltado que, o mero deslocamento da equipe para realizar serviços em outro território não implica modificar a representação da pessoa jurídica, o que não caracteriza a existência de uma unidade profissional, em outros Municípios. (...) Com efeito, no caso sob exame, observados os fatos e provas constantes nos autos, verifica-se que, por meio da Secretaria Estadual de Educação, a sociedade autora e o

Estado do Rio de Janeiro, celebraram o contrato administrativo para executar os serviços de locação de aparelhos de ar condicionado, a f. 56/65 (índice 000045) (...) Releva observar que consta na cláusula segunda, do contrato social a f. 41 (índice 000038), que a pessoa jurídica tem como objeto social, entre outros, a locação de aparelhos de ar condicionado de janela de todas as capacidades, locação de aparelhos de ar condicionado Split de todas as capacidades e locação de ar condicionado central com refrigeração a ar e a água de todas as capacidades com assistência técnica e manutenção de todos os aparelhos acima descritos (...) Acresce que os autos de infração nos 105.402 e 105.653 (f. 50 e 53, índice 000045) ora impugnados, consignam a infração referente ao não recolhimento do ISS referente ao serviço de locação de equipamento e sua manutenção preventiva e corretiva, do que se depreende a existência de prestação de serviços juntamente com a locação de aparelhos de ar condicionado. A tudo acresce o parecer do douto Ministério Público em primeiro grau, de f. 657/658 (índice 000672), ao opinar pela improcedência do pedido. De tudo extrai-se que a demandante não se desincumbiu do *onus probandi*, tal como lhe competia, segundo o inciso I, do artigo 373, do CPC-15, vez que deixou de apresentar provas mais contundentes sobre a alegada locação simples de bens móveis, a afastar a incidência da exação, cediço que uma das características do ato administrativo é a presunção de legitimidade e de veracidade. Dessa forma, uma vez demonstrado tratar-se de locação mista de bens móveis, evidenciada a concomitante prestação de serviços de manutenção dos equipamentos de ar condicionado, não se há de falar em nulidade do lançamento tributário, razão por que entendo não merecer reforma a sentença de improcedência do pedido inicial. (...) Por essas razões, voto no sentido de

negar-se provimento ao recurso" (f. 773-783, e-STJ, grifos no original).

5. O acolhimento da pretensão recursal demanda reexame das cláusulas do contrato celebrado e do conjunto fático-probatório dos autos, sendo inviável, quanto ao ponto, o exame do pleito da insurgente, em virtude do enunciado das Súmulas nos 5 e 7 do STJ. Precedente: AgInt no AREsp nº 1.144.760/MA, Rel. Ministra ASSUSETE MARGALHÃES, Segunda Turma, DJe 16/04/2019.

6. Assinale-se, por fim, que fica prejudicada a apreciação da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

7. Agravo Interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 26/11/2020.

O Agravo Interno não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão, pelo que reitero o seu teor.

Conforme consignei no *decisum*, é inviável a discussão em Recurso Especial acerca de suposta ofensa a dispositivo constitucional, porquanto seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, do permissivo constitucional. Não se pode, portanto, conhecer do apelo em relação à contrariedade ao art. 156, III, da Constituição Federal/1988.

Confirmam-se:

(...) RECURSO ESPECIAL. (...)

1. Descabe o exame de violação de dispositivos constitucionais em recurso especial, por

faltar a este Superior Tribunal de Justiça essa competência.

(...)

4. Recurso especial não conhecido. (REsp nº 1.195.328/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, DJe 13/03/2018, grifei).

(...) PROCESSUAL CIVIL. (...) ANÁLISE DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE, NA VIA DE RECURSO ESPECIAL. (...)

(...)

III. A análise de suposta ofensa a dispositivos constitucionais compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Constituição da República, sendo defeso o seu exame, no âmbito do Recurso Especial, ainda que para fins de prequestionamento, conforme pacífica jurisprudência do STJ.

(...)

(AgInt no AREsp nº 1.179.536/RJ, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe 08/03/2018, grifei).

Ademais, a insurgente sustenta que o art. 1.022 do Código de Processo Civil/2015; os arts. 97, I, III e IV, 110, 114, 116 e 142 do Código Tributário Nacional; os arts. 565, 566, 567, 568 e 594 do Código Civil/2002 e o art. 3º da Lei Complementar nº 116/2003 foram violados, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado.

Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula nº 284/STF. Cito precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. (...) DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 284/STF. (...)

(...)

II - A jurisprudência desta Corte considera que quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade, aplica-se, por analogia, o entendimento da Súmula nº 284, do Supremo Tribunal Federal.

(...)

(AgInt no REsp nº 1.630.011/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe 30/03/2017, grifei).

RECURSO ESPECIAL (...) VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973, DO ART. 1.022 DO CPC/2015 E DOS ARTS. 151, III, E 174 DO CTN. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. (...)

1. Não se conhece do Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 535 do CPC/1973, ao art. 1.022 do CPC/2015 e aos arts. 151, III, e 174 do Código Tributário Nacional quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula nº 284/STF.

(...)

(REsp nº 1.652.761/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 24/04/2017).

Além disso, no que concerne à interposição pela alínea "b" do art. 105, III, da CF, não se pode conhecer do Recurso Especial. Isso porque a insurgente não demonstrou de forma clara e fundamentada como o Tribunal *a quo* julgou "válido ato de governo local contestado em face de lei federal", atraindo, por analogia, o óbice da Súmula nº 284/STF: "é inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

Nessa linha:

PROCESSUAL CIVIL (...)

(...)

3. No que concerne à interposição pela alínea "b" do art. 105, III, da CF, não se pode conhecer do Recurso Especial. Isso porque a parte recorrente não demonstrou de forma clara e fundamentada como o Tribunal *a quo* julgou "válido ato de governo local contestado em face de lei federal", atraindo, por analogia, o óbice da Súmula nº 284/STF: "é inadmissível o Recurso Extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

4. Recurso Especial não conhecido.

(REsp nº 1.655.443/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 25/04/2017).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. (...) SERVIDOR PÚBLICO. (...) RECURSO ESPECIAL FUNDAMENTADO NA ALÍNEA "B" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. SÚMULA Nº 284/STF. (...)

(...)

4. O recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea b, da Constituição, exige do recorrente a demonstração de ter o acórdão impugnado julgado válido ato de governo local contestado em face de lei federal, hipótese não ocorrente, todavia, no presente caso. Atraída a incidência da Súmula nº 284/STF.

(...)

(AREsp nº 1.685.830/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 25/06/2020)

Com relação à violação à Súmula Vinculante 31 do STF, o STJ possui entendimento de que súmula não se enquadra no conceito de lei federal, o que inviabiliza sua discussão na via excepcional. Cito precedentes:

(...). OFENSA À RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL E À SÚMULA VINCULANTE. ATOS NORMATIVOS NÃO INSERIDOS NO CONCEITO DE LEI FEDERAL (...)

I - Não é cabível a interposição de recurso especial por alegação de ofensa a enunciado de súmula vinculante e à Resolução do Senado Federal, visto que esses atos normativos não se enquadram no conceito de lei federal nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal. Precedentes: AgInt no AREsp nº 1.097.849/GO, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017; AgRg no REsp nº 1.295.566/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 24/08/2015; e, AgInt no AREsp nº 882.266/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 30/08/2016.

(...)

(AgInt no REsp nº 1.542.418/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017, grifei)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. (...) EXECUÇÃO FISCAL (...) INVIABILIDADE DA ALEGADA VIOLAÇÃO A VERBETES SUMULARES, NOSTERMOS DA SÚMULA Nº 518/STJ. (...)

(...)

VI. Quanto à alegada violação às Súmulas nos 314 e 430 do STJ e à Súmula Vinculante 8 do STF, o Recurso Especial não constitui via processual apropriada para análise de suposta ofensa a Súmula, consoante assinala o verbatim sumular nº 518/STJ, segundo o qual, "para fins do art. 105, III, a, da Constituição Federal, não é cabível recurso especial fundado em alegada violação de enunciado de súmula".

(...)

(AgInt no AREsp nº 871.568/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 20/09/2018, DJe 25/09/2018, grifei).

Por outro lado, o Tribunal *a quo* consignou (f. 773-783, e-STJ, grifos no original):

Trata-se de ação anulatória ajuizada por AVX Sistema de Gestão Integrado e Projetos Ltda em face do Município do Rio de Janeiro, em cuja peça inicial objetiva a sociedade autora a anulação do crédito tributário oriundo dos autos de infração nº 105.402 e 105.653, sob o fundamento da não incidência do ISS sobre a atividade de locação de bens móveis.

(...)

O Município do Rio de Janeiro é o sujeito ativo do ISS devido, porque o município competente corresponde àquele do local da ocorrência do fato gerador, onde se localizam a sede e suas filiais (cláusula primeira, do contrato social, a f. 41, índice 000038), ressaltado que, o mero deslocamento da equipe para realizar serviços em outro território não implica modificar a representação da pessoa jurídica, o que não caracteriza a existência de uma unidade profissional, em outros Municípios.

(...)

Com efeito, no caso sob exame, observados os fatos e provas constantes nos autos, verifica-se que, por meio da Secretaria Estadual de Educação, a sociedade autora e o Estado do Rio de Janeiro, celebraram o contrato administrativo para? executar os serviços de locação de aparelhos de ar condicionado?, a f. 56/65 (índice 000045), no qual há, entre outras, a seguinte cláusula contratual, que segue transcrita:

Constituem obrigações da contratada:

a) conduzir os serviços de acordo com as normas do serviço e com estrita observância do

instrumento convocatório e seus anexos II, III, IV e VI, da Proposta-Detalhe e da legislação vigente:

b) executar os serviços nos locais indicados pelo Estado (SEEDUC).

c) prover os serviços contratados, com pessoal adequado e capacitado em todos os níveis de trabalho e, ainda com material adequado:

d) manter, durante toda a duração deste contrato, em compatibilidade com as obrigações assumidas, as condições de habilitação e qualificação exigidas para participação na licitação:

e) prestar, sem quaisquer ônus para o Estado (SEEDUC), os serviços necessários à correção e revisão de falhas ou defeitos verificados no trabalho, sempre que a ela imputáveis:

f) responder pelos serviços que executar, na forma da legislação em vigor

g) iniciar e concluir os serviços nos prazos estipulados:

h) arcar com todas as despesas necessárias, essenciais e extraordinárias para a plena execução do contrato, tais como custos diretos indiretos, tributos, despesas fiscais, financeiras, inclusive fretes, remunerações, manutenção.

Releva observar que consta na cláusula segunda, do contrato social a f. 41 (índice 000038), que a pessoa jurídica tem como objeto social, entre outros, a locação de aparelhos de ar condicionado de janela de todas as capacidades, locação de aparelhos de ar condicionado Split de todas as capacidades e locação de ar condicionado central com refrigeração a ar e a água de todas as capacidades com assistência técnica e manutenção de todos os aparelhos acima descritos (...). Grifos ora apostos.

Acresce que os autos de infração nos 105.402 e 105.653 (f. 50 e 53, índice 000045) ora impugnados, consignam a infração referen-

te ao não recolhimento do ISS referente ao serviço de locação de equipamento e sua manutenção preventiva e corretiva, do que se depreende a existência de prestação de serviços juntamente com a locação de aparelhos de ar condicionado.

A tudo acresce o parecer do douto Ministério Público em primeiro grau, de f. 657/658 (índice 000672), ao opinar pela improcedência do pedido.

De tudo extrai-se que a demandante não se desincumbiu do *onus probandi*, tal como lhe competia, segundo o inciso I, do artigo 373, do CPC-15, vez que deixou de apresentar provas mais contundentes sobre a alegada locação simples de bens móveis, a afastar a incidência da exação, cediço que uma das características do ato administrativo é a presunção de legitimidade e de veracidade.

Dessa forma, uma vez demonstrado tratar-se de locação mista de bens móveis, evidenciada a concomitante prestação de serviços de manutenção dos equipamentos de ar condicionado, não se há de falar em nulidade do lançamento tributário, razão por que entendo não merecer reforma a sentença de improcedência do pedido inicial.

Releva acrescentar, outrossim, a fixação de honorários recursais em 2% (dois por cento) do valor da causa considerado o disposto no enunciado administrativo nº 07, do e. Superior Tribunal de Justiça e o § 11, do artigo 85, do Código de Processo Civil, de 2015.

(...)

Por essas razões, voto no sentido de negar-se provimento ao recurso, majorados os honorários advocatícios na forma acima explicitada.

Assim, o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame das cláusulas do contrato

celebrado e do conjunto fático-probatório dos autos, sendo inviável, quanto ao ponto, o exame do pleito da insurgente, em virtude do enunciado das Súmulas 5 e 7 do STJ. A propósito:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. (...) ISS. INCIDÊNCIA SOBRE LOCAÇÃO DE BEM MÓVEL. NÃO CABIMENTO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão monocrática que julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na forma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a Súmula Vinculante 31 do STF dispõe ser 'inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis'" (STJ, AgInt no REsp nº 1.589.518/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, DJe de 25/05/2017).

III. O Tribunal de origem concluiu, à luz dos contratos firmados pelas empresas e dos demais elementos probatórios, que não houve mera locação de bens móveis, mas, também, prestação de serviços, fato suscetível de incidência de ISS. Decidiu, ainda, que, "para que o tributo incida apenas sobre a prestação dos serviços, é necessário que a locação esteja claramente segmentada da prestação de serviços, seja no que se refere ao seu objeto, seja quanto ao valor da contrapartida financeira, fato que não ocorre no caso dos autos". Assim, a inversão do julgado exigiria, inequivocamente, interpretação de cláusulas contratuais e incursão na seara fática dos autos, providências vedadas, em Recurso Especial, nos termos das Súmulas 5 e 7/STJ.

IV. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp nº 1.144.760/MA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 16/04/2019)

Assinale-se, por fim, que fica prejudicada a apreciação da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

Nesse sentido:

(...)

IV. Na forma da jurisprudência, "a análise da divergência jurisprudencial fica prejudicada quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional" (STJ, AgInt no AREsp nº 912.838/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 03/03/2017). Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp nº 1.590.388/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe de 24/03/2017.

V. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp nº 894.166/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe 30/06/2017).

PROCESSUAL CIVIL (...) REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO. (...)

(...)

2. O recurso especial não é, em razão da Súmula nº 7/STJ, via processual adequada para questionar julgado que se afirmou explicitamente em contexto fático-probatório próprio da causa.

3. "Resta prejudicada a análise da divergência jurisprudencial se a tese sustentada esbarra em óbice sumular quando do exame do recurso especial pela alínea 'a' do permissivo constitucional" (EDcl nos EDcl no REsp nº

1.065.691/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 18/06/2015).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp nº 1.069.867/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 09/08/2017).

Logo, ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Interno que contra ela se insurge.

Diante do exposto, nego provimento ao Agravo Interno.

É como voto.

**HABEAS CORPUS Nº 542.637 - RJ
(2019/0324440-2)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. ILEGALIDADE DO FLAGRANTE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SIGILO DE COMUNICAÇÕES. APLICATIVO INSTANTÂNEO DE CONVERSAS (*WHATSAPP*). ACESSO FRANQUEADO PELO USUÁRIO. GARANTIA CONSTITUCIONAL NÃO VIOLADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A existência ou não de fundadas suspeitas que justifiquem a abordagem policial que culminou com a prisão em flagrante do paciente

depende de exame aprofundado do conjunto probatório carreado aos autos, providência inviável nos estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*, que não comporta reexame de fatos e provas.

3. Durante a abordagem policial, o paciente estava usando o aparelho de telefonia celular, quando uma mensagem de áudio foi ouvida pelos policiais. Em seguida, o próprio paciente franqueou o acesso dos milicianos ao conteúdo do seu telefone, conforme se extrai dos autos.

4. A situação retratada nos autos não se encontra albergada pelo comando do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, o qual assegura a inviolabilidade das comunicações, ressalvando a possibilidade de quebra de sigilo telefônico, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida pela Lei nº 9.296/1996, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos oos autos de *Habeas Corpus* nº 542.637 -RJ, em que é Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, PACIENTE : YURI SOARES BORGES e Interessado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros RIBEIRO DANTAS, JOEL ILAN PACIORNIK e LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro JORGE MUSSI.

BRASÍLIA (DF), 10 DE DEZEMBRO DE 2019.
MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RELATOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de Yuri Soares Borges contra acórdão proferido pela Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação nº 0220860-06.2018.8.19.0001.

O paciente foi flagrado, no dia 16 de setembro de 2018, na posse de 40g de maconha, 120g de cocaína e 12g de crack. O magistrado de primeiro grau, no entanto, o absolveu da prática do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público estadual apresentou recurso de apelação, pugnando pela condenação do réu nos termos da denúncia. O pleito foi acolhido pela Corte estadual, por meio de acórdão assim ementado (e-STJ, f. 41/42):

Ementa: Recurso de apelação. Réu em liberdade. Absolição dos delitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 e artigo 333 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal. O Ministério Público pugna pela condenação do acusado nos termos da denúncia, sustentando inexistir abuso na persecução de provas para a comprovação da prática de crimes. Colhe-se da exordial acusatória, que o apelado, consciente e voluntariamente, guardava e mantinha em depósito de forma livre e consciente, para fins de tráfico, 40g (quarenta grammas) de maconha distribuídos em 13 (treze) tabletes, 120g (cento e vinte grammas) de cocaína distribuídos em 408 (quatrocentos e oito) pinos e 12g (doze grammas) de crack distribuídos em 68 (sessenta e oito) pinos, tudo sem permissão e em desacordo com determinação legal. Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o

ora apelado, de forma livre e consciente, associou-se à agremiação criminosa conhecida como “Comando Vermelho” (CV), para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Ainda, nas mesmas circunstâncias de data, horário e local, o denunciado, de forma livre e consciente, ofereceu e prometeu vantagem indevida aos policiais militares para que estes omitissem a prática de ato de ofício, qual seja, a prisão em flagrante do ora denunciado. Autoria e a materialidade demonstradas da análise do acervo probatório. Delitos de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes configurado diante das circunstâncias que envolveram a prisão, quantidade, natureza e forma de acondicionamento da droga. Evidenciado ainda o delito de corrupção ativa, considerando que após assumir a prática do tráfico e associação, o apelante argumentou que poderia entregar a droga aos militares para ser liberado e se eximir da ação legal. Aplicação da Súmula nº 70, do ETJERJ. Ausência de circunstância que desacredite a versão trazida pelos militares. Afasta-se a violação do sigilo das telecomunicações sustentada pelo sentenciante. Os autos noticiam, que o apelante mexia no aparelho celular enquanto falava com os policiais, mesmo sendo solicitada sua atenção. Durante a abordagem, foi possível ainda, a escuta de um áudio a respeito do tráfico local, enviado pelo chefe da “boca de fumo”, posteriormente, os policiais tiveram acesso ao conteúdo das mensagens não apagadas, sem óbice por parte do acusado. Em seu interrogatório em sede policial e em juízo, o apelado não fez qualquer indicação de que os militares violaram o sigilo de sua comunicação. Neste cenário, "o acesso da polícia às mensagens de texto transmitidas pelo telefone celular, com a devida autorização dos réus, afasta a ilicitude da prova obtida" (STJ - AgRg no HC

nº 391.080/SC - Min. Rel. NEFI CORDEIRO - Sexta Turma - J. 01/06/2017). O ordenamento jurídico pátrio não admite a figura da prova tarifada e dessa forma, inexistente absolutismo em qualquer elemento probatório, inclusive em relação às declarações dos agentes estatais de segurança. Estas, entretanto, gozam de presunção de veracidade *juris tantum*, razão pela qual, querendo a parte contrária combatê-las, deve produzir provas capazes para tanto, sem o que, estando em harmonia com o acervo probatório, servirão de fundamento idôneo para a decisão jurisdicional. Assim, a mera retórica não é hábil para afastar a versão dos militares, quando coerentes com as demais provas angariadas. Condenações que se impõem. No tocante aos delitos previstos na LD, os elementos coligidos e as circunstâncias apresentadas justificam o recrudescimento da pena-base. Com efeito, a elevada quantidade de drogas, sua diversidade, além da natureza deletéria justificam a exasperação realizada nas penas-base, ante o teor do artigo 42 da Lei de Drogas, sendo certo, que tal volume de material ilícito merece maior repressão. Incabível ainda o privilégio previsto no § 4º do artigo 33 da LD, considerando as circunstâncias apresentadas e a condenação pelos artigos 33 e 35 da Lei em comento. Justificado o regime fechado por ser mais adequado ao cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “a”, do CP. Inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos em atenção ao artigo 44, I, do Código Penal. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida liminar pleiteada nos autos da ADC 43 e 44, reafirmando o posicionamento acolhido no julgamento dos HC nº 126.292, assentou entendimento quanto à possibilidade de execução provisória da pena, quando confirmada a condenação em 2º grau de jurisdição, porquanto a apelação

encerra o exame do fato e das provas. Recurso conhecido e provido para condenar o apelado como incurso nas iras dos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06 e artigo 333 do Código Penal, expedindo-se o competente mandado de prisão clausulado ao regime fechado e demais ofícios de praxe.

A defesa sustenta, em primeiro lugar, a ilegalidade da prisão do paciente, que teria ocorrido a partir de mera desconfiança da autoridade policial. Além disso, a acusação teria sido lastreada por prova ilícita, já que o acesso às mensagens do celular do paciente ocorreu sem prévia autorização judicial.

Diante do exposto, requer, inclusive liminarmente, a cassação do acórdão, reconhecendo a nulidade da prova, absolvendo-se o paciente.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ, f. 53/56);

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pelo não conhecimento da impetração, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, f. 62):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. ACESSO ÀS COMUNICAÇÕES DE CELULAR. INOCORRÊNCIA. ACUSADO QUE MANUSEAVA O CELULAR, DURANTE A ABORDAGEM POLICIAL, QUANDO REVELOU ÁUDIO ENVIADO PELO CHEFE DA 'BOCA DE FUMO' POR MEIO DO APLICATIVO WATHSAPP, TENDO CONSENTIDO, EM SEGUIDA, QUE OS POLICIAIS EXAMINASSEM O CONTEÚDO DAS MENSAGENS NÃO APAGADAS. PRECEDENTES. EXISTÊNCIA DE PROVA INDEPENDENTE A LASTREAR A CONDENAÇÃO, CONSISTENTE NA CONFISSÃO DO ACUSADO, CONFIRMADA EM SEDE POLICIAL, E CORROBORADA PELOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. PRECEDENTE. NÃO CONHECIMENTO DA SÚPLICA.

Parecer pelo não conhecimento da impetração, acaso conhecida, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC nº 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 27/05/2015; e STF, HC nº 113.890/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 03/12/2013, DJ 28/02/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão, de ofício, da ordem.

O pedido formulado neste *habeas corpus* diz respeito à declaração de nulidade das provas obtidas a partir da prisão em flagrante do paciente, considerando que a abordagem policial teria ocorrido por mera desconfiança da autoridade policial, a acusação foi lastreada por prova ilícita consistente de mensagens do celular

que foram acessadas sem prévia autorização judicial (e-STJ, f. 7). A denúncia informa, ainda, que, no momento da abordagem, o denunciado tentou apagar mensagens do seu celular, mas os policiais ouviram uma comunicação em áudio, no qual o interlocutor ordenava ao denunciado, que se dirigisse até a boca de fumo para abri-la.

Sobre as circunstâncias da prisão em flagrante, o Tribunal de origem fez as seguintes ponderações (e-STJ, f. 44/45):

Colhe-se da exordial acusatória, que o apelado, consciente e voluntariamente, guardava e mantinha em depósito de forma livre e consciente, para fins de tráfico, 40g (quarenta gramas) de maconha distribuídos em 13 (treze) tabletes, 120g (cento e vinte gramas) de cocaína distribuídos em 408 (quatrocentos e oito) pinos e 12g (doze gramas) de crack distribuídos em 68 (sessenta e oito) pinos, tudo sem permissão e em desacordo com determinação legal.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o ora apelado, de forma livre e consciente, associou-se à agremiação criminosa conhecida como “Comando Vermelho” (CV), para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Ainda, nas mesmas circunstâncias de data, horário e local, o denunciado, de forma livre e consciente, ofereceu e prometeu vantagem indevida aos policiais militares para que estes omitissem a prática de ato de ofício, qual seja, a prisão em flagrante do ora denunciado.

Registrou-se, que durante patrulhamento de rotina, os policiais tiveram a atenção voltada para o apelado que se encontrava na garupa de uma motocicleta. Os militares ressaltaram, que com a aproximação policial, o acusado pareceu incomodado, girou a cabeça para observar a movimentação dos agentes e tentou se esconder, razão pela qual foi abordado.

Durante a abordagem, o réu não parou de mexer no celular e apagar mensagens de aplicativo, mesmo com a ordem dos agentes da lei. Ato contínuo, foi possível ouvir um áudio, no qual um indivíduo ordenava que o acusado se dirigisse até a “boca de fumo”.

Consta ainda, que os militares aproximaram-se e lograram ler mais mensagens acerca do tráfico de drogas local.

Frisa-se, que após investigação, restou evidenciado que as mensagens haviam sido enviadas pelo chefe do tráfico local, preso em operação policial anterior.

Ao ser interpelado pela polícia, o apelado admitiu integrar o tráfico local na condição de gerente da “boca de fumo”, propondo aos militares que fosse liberado mediante a entrega de drogas.

Posteriormente, o ora apelado indicou onde o material entorpecente encontrava-se, sendo apreendidas as drogas mencionadas.

Ressalta-se, que o local dos fatos é conhecido como ponto de venda de entorpecentes, sabidamente dominado pela facção criminosa “Comando Vermelho”. Ademais, o acusado é conhecido por alguns agentes da guarnição por integrar o tráfico local.

A existência ou não de fundadas suspeitas que justifiquem a abordagem policial que culminou com a prisão em flagrante do paciente depende de exame aprofundado do conjunto probatório carreado aos autos, providência inviável nos estreitos limites cognitivos do *habeas corpus*, que não comporta reexame de fatos e provas.

Quanto ao exame do aparelho celular do paciente durante o flagrante, observa-se que a situação retratada nos autos não se encontra albergada pelo comando do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, o qual assegura a in-

violabilidade das comunicações, ressalvando a possibilidade de quebra de sigilo telefônico, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida pela Lei nº 9.296/1996, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Note-se que não foram interceptadas as comunicações telefônicas, nem mesmo as mensagens armazenadas no aparelho celular do acusado, razão pela qual não há se falar em inobservância do art. 7º, incisos II e III, da Lei nº 12.965/2014, a qual estabelece os princípios, garantias e deveres para uso da *internet* no Brasil.

Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o "*WhatsApp*"), ou mesmo por correio eletrônico, por dizerem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, são, de toda forma, invioláveis, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal, só podendo ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.472/1997 e do art. 7º da Lei nº 12.965/2014.

Assim, ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (*WhatsApp*), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial.

Todavia, na hipótese, ressei dos autos que o próprio acusado teria permitido a verificação do teor das mensagens pelos policiais, circunstância que afasta a mácula apontada, já que esta Corte considera ilícita a prova obtida diretamente pela polícia em celular apreendido sem prévia autorização judicial quando, por óbvio, tal autorização não tiver sido suprida

pelo titular do direito ao sigilo.

Já decidiu esta Corte que, nesses casos, não há ilegalidade a ser reconhecida. Confira-se:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. ACESSO DA POLÍCIA ÀS MENSAGENS DE TEXTO TRANSMITIDAS POR TELEFONE CELULAR. AUTORIZAÇÃO DOS RÉUS. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O acesso da polícia às mensagens de texto transmitidas pelo telefone celular, com a devida autorização dos réus, afasta a ilicitude da prova obtida.

2. O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu na hipótese.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC nº 391.080/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017)

Ademais, eventual mudança nas conclusões a que chegaram as instâncias antecedentes acerca da autorização dada pelo recorrente para exame do conteúdo do seu aparelho de telefone celular depende de exame aprofundado do conjunto probatório, providência não comportada nos estreitos limites cognitivos da via eleita.

Com essas considerações, deixo de constatar a presença de constrangimento ilegal apto a autorizar a concessão da ordem *ex officio*.

Com essas considerações, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
Nº 1.773.611 - RJ (2020/0265990-5)

EMENTA

PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FEMINICÍDIO E COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME. DOSIMETRIA DO DELITO DO ART. 121, § 2º-A, I, DO CP. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM PROPORCIONAL. PRECEDENTES.

Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por M L dos S e S contra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, em juízo de admissibilidade, negou seguimento ao recurso especial por ele apresentado, em que impugnava acórdão prolatado na Apelação nº 0127542-03.2017.8.19.0001, assim ementado (f. 551):

EMENTA – CRIME DESCRITO NO ARTIGO 121, § 2º-A, I E ARTIGO 340 N/F DO ARTIGO 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL - CONFORMAÇÃO COM O JUÍZO DE CENSURA – INCONFORMISMO DEFENSIVO QUE SE RESUME NA REDUÇÃO DA PENA-BASE E NO RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA PREVISTA NO ARTIGO 65, III, "D" DO CÓDIGO PENAL – PLEITOS INCONSISTENTES – AFASTAMENTO DA PENA-BASE DO SEU MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO E FIXADO COM CORREÇÃO – AÇÃO DELITUOSA QUE EXTRAPOLA À NORMALIDADE DO TIPO PENAL – TOTAL DESPREZO PELA VIDA HUMANA – SE A CONFISSÃO DO RÉU NÃO É COMPLETA, NÃO HÁ QUE SER RECONHECIDA A ATENUANTE DA CONFISSÃO - DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Nas razões do especial, apontou a Defensoria Pública violação dos arts. 59 e 68 do Código

Penal, contestando, em suma, a majoração da pena-base, tendo em vista a inidoneidade da fundamentação adotada, bem como a exagerada exasperação, com aumento em 4 anos, de forma desproporcional (f. 576). Requereu, assim, a redução da pena do crime de homicídio, tendo em vista o aumento genérico em razão do desprezo à vida humana e a desproporção do *quantum* aplicado, sendo desproporcional (f. 582).

Apresentadas contrarrazões (f. 586/590), o recurso não foi admitido na origem, por incidência das Súmulas 279/STF e 7/STJ (f. 592/595).

Contra essa decisão a Defensoria interpõe agravo (f. 604/618). Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do agravo (f. 638/639):

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FEMINICÍDIO E COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO PROPORCIONAL. DESPROVIMENTO DO AGRAVO.

1. De acordo com o entendimento desse Tribunal Superior, “[a] individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade” (HC nº 422.588/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017).

2. O Tribunal de origem manteve a negatificação da vetorial “culpabilidade”, considerando a especial gravidade da forma de execução delito, perpetrado pelo agravante mediante diversos golpes na cabeça de sua cônjuge em decorrência de desavenças quanto a partilha de bens. Tal circunstância demonstra excepcional violência na prática do crime e denota elevada periculosidade do apenado, extrapolando os elementos inerentes ao tipo penal, o que, por

certo, enseja maior juízo de censurabilidade da sua conduta e justifica a análise desfavorável da culpabilidade.

3. Em que pese a jurisprudência do STJ ter estabelecido a fração de 1/6 como parâmetro de aumento para cada circunstância judicial negativa, "[o] aumento de pena superior a esse *quantum*, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial", como se verifica na hipótese (AgRg no HC nº 600.179/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020).

4. Parecer pelo desprovimento do agravo em recurso especial.

É o relatório.

Deve o agravo ser conhecido, uma vez que reúne os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade. Todavia, a irresignação não merece acolhimento.

Narram os autos que o agravante foi denunciado e, após regular instrução processual, condenado como incurso no art. 121, § 2º-A, I, e art. 340, na forma do art. 69, todos do Código Penal, à pena de 16 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 6 meses de detenção, em regime inicial semiaberto (f. 487/496).

Ao fixar a pena-base do crime de homicídio qualificado, o Juízo sentenciante assim consignou (f. 492/493):

[...] Atento às regras dos arts. 59 e 68 do CP, passo a dosar a pena:

DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO

O acusado deve ser considerado primário, já que, não obstante à existência de outro apontamento na FAC de f. 378/383, inexistem

nestes autos indicativo de que dele resultou Sentença Condenatória transitada em julgado. A culpabilidade do agente, entendida esta, modernamente, como o grau de reprovabilidade da conduta, bem como os motivos do crime mostraram-se exacerbados e destoantes daqueles normalmente associados ao tipo penal vulnerado, já que evidente o completo desprezo pela vida humana. Isso porque, não obstante o reconhecimento de que o motivo do crime não foi fútil – a tal ponto de ser considerado como qualificadora autônoma – toda a conduta criminosa teve como mote a frívola discussão acerca da divisão de parcela mínima dos bens do casal, notadamente qual dos dois cônjuges ficaria com o aparelho de ar condicionado, tal como consagrado pela prova testemunhal. Assim, foi ceifada a vida da vítima num ato de incomum crueldade, mesmo se considerado com crimes similares verificados no cotidiano deste grande centro urbano. Por tais razões, e atentando para a distância entre os limites mínimo e máximo cominados no preceito secundário da norma, fixo a pena-base acima de seu mínimo legal, qual seja, em 16 (dezesesseis) anos de reclusão. [...]

O Tribunal *a quo*, ao julgar a apelação defensiva, manteve a pena fixada na sentença, mediante a seguinte fundamentação (f. 556):

[...] Passemos à análise da dosimetria da pena.

O Douto Magistrado sentenciante, atento às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, acertadamente afastou a pena-base de seu mínimo legal, em razão das circunstâncias do crime e ação cruel por parte do ora apelante extrapolaram à normalidade do tipo penal, ou seja, o total desprezo pela vida humana, razão pela qual, neste momento, ratifico os fundamentos esposados no *decisum* e mantenho a sanção fixada na primeira fase de calibre da pena. [...]

Com efeito, a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador e está atrelada tanto às particularidades fáticas do caso concreto quanto às subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Na hipótese dos autos, infere-se dos trechos acima que, ao contrário do que se alega, a exasperação da pena-base, em 4 anos acima do mínimo legal, decorreu da valoração negativa de duas circunstâncias judiciais: a culpabilidade e os motivos do crime; veja-se: A culpabilidade do agente [...], bem como os motivos do crime mostraram-se exacerbados e destoantes daqueles normalmente associados ao tipo penal vulnerado (f. 492).

Não se mostra inidônea a fundamentação utilizada para a negatização do vetor da culpabilidade, tendo em vista que a instância ordinária, com análise minuciosa dos elementos constantes dos autos, considerou reprovável a conduta criminosa perpetrada, tendo sido ceifada a vida da vítima num ato de incomum crueldade, mesmo se considerado com crimes similares verificados no cotidiano deste grande centro urbano (vítima atingida por diversos golpes em sua cabeça após desentendimento decorrente da separação do casal – f. 491 e 555), o que efetivamente extrapola a reprovabilidade ínsita da própria conduta tipificada e justifica a majoração da pena por este aspecto. A esse respeito: AgRg no HC nº 506.187/SP, Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 27/06/2019; HC nº 403.310/SP, Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 27/09/2017; e HC nº 267.677/RJ, Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 05/08/2015.

Da mesma forma deve remanescer a valoração relativa aos motivos do crime. Veja-se que o Juízo singular consignou que toda conduta criminosa teve como mote a frívola discussão acerca da divisão de parcela mínima dos bens do casal, notadamente qual dos dois cônjuges ficaria com o aparelho de ar condicionado (f. 493).

Logo, as particularidades do caso concreto demonstram que a gravidade do fato desborda dos feitos da mesma natureza, devendo ser mantido o desvalor da mencionada vetorial tal como operado pelas instâncias de origem.

Nessa linha: AgRg no AREsp nº 1.590.957/TO, Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe 09/06/2020; AgRg no AREsp nº 1.434.078/SE, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 09/09/2019; e HC nº 459.274/RS, Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 15/10/2018.

Outrossim, no que diz respeito ao *quantum* de aumento, verifica-se que a pena-base foi fixada 4 anos acima do mínimo legal. Considerando a presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como a variação entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito (feminicídio), que é de 12 a 30 anos de reclusão, não identifiquei a alegada desproporção, porquanto apresentados elementos idôneos, aptos a justificar o aumento da reprimenda na primeira fase. Confirmam-se: AgRg no AREsp nº 1.744.002/SE, Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 17/12/2020 e AgRg no HC nº 544.074/SC, Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe 12/11/2020.

Em face do exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ, c/c a Súmula nº 568/STJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Publique-se.

BRASÍLIA, 01 DE FEVEREIRO DE 2021.
MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RELATOR

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, em vigor desde o dia 23 de janeiro de 2020, alterou significativamente as legislações penal e processual penal, além das leis especiais que tratam dos crimes hediondos, da improbidade administrativa, das interceptações telefônicas, da prevenção à lavagem de dinheiro, do desarmamento e da lei de drogas.

Novidades foram incluídas nos institutos de legítima defesa, juiz de garantias, cadeia de custódia, acordo de não persecução penal e colaboração premiada.

No que diz respeito ao Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), o novo instrumento de justiça consensual da esfera penal foi introduzido no Código de Processo Penal, por meio do art. 28 – A da Lei nº 13.964/2019¹. Para o jurista RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “(...) cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente – pelo menos em regra, pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, inciso XVII, incluído pela Lei n. 13.964/19) –, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do *Parquet* de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida”².

As condições para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal estão previstas nos incisos I a V do art. 28-A do Código de Processo Penal³. São elas a reparação do dano; a restituição da coisa à vítima; a renúncia voluntária do investigado a bens e direitos indicados pelo Ministério Público, como instrumentos, produtos ou proveitos do crime; a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, o que consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, as quais dar-se-ão em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais, por período correspondente à

- 1 Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (...).
- 2 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único - 8ª ed., ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, pp. 274/275.
- 3 I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do [art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do [art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços; alternatividade entre o pagamento de prestação pecuniária ou o cumprimento de outra condição indicada pelo Ministério Público.

Assim, com base no referido art. 28-A, é possível ao representante do Ministério Público e ao acusado, nos casos em que ainda não tenha havido a denúncia, e o delito em questão for a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, a proposta de acordo de não persecução penal, para ambas as partes, se atendidos os pressupostos legais.

A Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, já previa, no capítulo VII, o instituto do acordo de não persecução penal, mas este era alvo de inúmeras críticas, pois faltava uma lei federal que regesse o tema. Segundo o Juiz de Direito do TJDF, WELLINGTON DA SILVA MEDEIROS, a partir de controvérsias estabelecidas em decisões suas que abordavam o acordo mencionado na Resolução, as Câmaras de Coordenação e Revisão reunidas do MPDFT, em sessão extraordinária de 23.04.2019, entenderam por bem cancelar o Enunciado nº 88, o qual apresentava a seguinte redação: “O acordo de não persecução penal, compreendido na Resolução nº 181/2017/CNMP não foi incorporado na normatização interna prevista na Resolução n. 243/2018/CSMPDFT, sendo que sua constitucionalidade pende de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sendo indicado por cautela sua não realização no âmbito do MPDFT”⁴.

O art. 28-A também é alvo de inúmeras críticas, como a que se refere ao seu *caput*, que determina ao investigado a confissão do fato criminoso, para que possa obter o benefício do acordo de não persecução penal. De acordo com os especialistas no assunto, essa condição viola os princípios da presunção de inocência e da não autoincriminação (*remo tenetur se detegere*). Em razão disso, vem sendo questionada a constitucionalidade desse artigo, que ainda estaria violando as garantias constitucionais do art. 5º, LXIII, da CRFB/88, o qual dispõe que o preso deve ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, bem como do enunciado 8º, 2, “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), segundo a qual toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se declarar culpada.

Vale citar que o acordo não será possível nos casos em que couber a transação penal, por ser mais benéfica para o acusado; nos casos de reincidência e crime

4 “Acordo de não persecução penal: o Judiciário entre a conveniência e a legalidade democrática”, artigo publicado no site do TJDF, de autoria do Juiz de Direito WELLINGTON DA SILVA MEDEIROS.

habitual; nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino (Art. 28-A, § 2º).

O ANPP será homologado pelo juiz da vara penal e executado perante o juízo da execução penal. Caso o acordo não atenda aos requisitos legais elencados do § 7º do art. 28-A, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para complementação ou oferecimento da denúncia. Além disso, tudo deverá ser comunicado à vítima, que deverá ser intimada, nos termos do § 9º do art. 28-A.

Ao julgar a aplicação intertemporal do instituto do acordo de não persecução penal, o Desembargador do TJRJ CELSO FERREIRA FILHO, em seu voto no *Habeas Corpus* nº 0080305-88.2020.8.19.0000, esclarece que “(...) a celebração do acordo de não persecução ostenta a natureza de negócio jurídico, objetivando evitar a deflagração da ação penal. Formada a *opinio delicti* pelo MP e recebida a denúncia ofertada pelo órgão ministerial, não há possibilidade de retroagir e oferecer ao réu a possibilidade de acordo”⁵. O referido magistrado instruiu seu voto com os esclarecimentos do Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, da Quinta Turma do STJ, que preconiza: “É verdade que parte da doutrina vem entendendo pela possibilidade de aplicação da regra nova aos processos em andamento. Todavia, mesmo que se entenda pela aplicação da orientação dada à Lei nº 9.099/1995 na ADIN 1.769 (STF - Pleno), o limite temporal da retroatividade a ser utilizado será a sentença condenatória (STF, HC 74.305-SP (Plenário), Rel. Min. MOREIRA ALVES, decisão 9.12.96; HC 74.856-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “DJ” 25.4.97; HC 74.498-MG, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, “DJ” 25.4.97 e HC 75.518-SP, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, 02.05.2003.”⁶.

A Comissão Especial denominada GNCCRIM, do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE), emitiu o Enunciado de nº 20 (Art. 20-A), com o seguinte entendimento: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”⁷.

Em notícia publicada no *site* do Tribunal de Justiça do Tocantins, a Juíza ANA PAULA TORÍBIO celebrou, na quinta-feira, dia 04/03/2021, o primeiro acordo de não persecução civil envolvendo um acusado de improbidade administrativa, proposto pelo Ministério Público Estadual na Ação Civil Pública de Imposição de Sanções Por Atos de Improbidade Administrativa e aceito pela defesa do réu. Segundo a magistrada, “ (...) este acordo promove a concretização do interesse público, na medida em que contempla a responsabilização do agente que cometeu ato ímprobo, com aplicação

5 HC publicado na íntegra nesta Seção.

6 Ver em: AgRg na PET no AREsp 1664039/PR, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 20/10/2020.

7 Ver em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf

imediate de sanção proporcional e suficiente para a repressão e prevenção e, ao mesmo tempo, assegura o ressarcimento ao erário”⁸.

Para fundamentar sua decisão, a magistradas usou, entre outros entendimentos, o do próprio Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE nº 1175650), a Lei nº 13.964 /2019 (Pacote Anticrime), em seu art. 6º⁹; e a Resolução nº 79/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Finalizando, o instituto é novo e ainda está sendo objeto de análise por parte de juristas e estudiosos do assunto. No entanto, muitas opiniões doutrinárias são favoráveis a que o acordo de não persecução penal – juntamente com a transação penal, suspensão condicional do processo ou, ainda, a colaboração premiada – constitui mais um instrumento a favor da justiça penal, podendo, assim, descongestionar parte do acervo de processos que abarrotam a Justiça Criminal, bem como melhorar as condições da vida carcerária.

Nesse sentido, para o Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, ROGÉRIO SANCHES CUNHA: “O processo penal carecia de um instrumento como o ANPP. Inevitavelmente, o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento.”¹⁰.

8 Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 5001335-34.2013.8.27.2734/TO.

9 Art. 6º A **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992** passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 17. ..§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.”

10 CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP**. 1ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, pp. 127/128.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO
REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE
NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RE-
TROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

EMENTA

1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.

2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.

3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixar a seguinte tese: o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

BRASÍLIA, 30 DE OUTUBRO DE 2020.

MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO

RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de minha lavra que, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, negou seguimento ao *habeas corpus*. A decisão foi assim ementada:

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”

2. Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática dos crimes previstos no art. 1º, I e II, c/c o art. 12, I, da Lei nº 8.137/90, à pena de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão. A sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Na instância extraordinária, o recurso especial interposto não foi admitido na origem, sucedendo série de recursos perante o Superior Tribunal de Justiça visando ao seu conhecimento e provimento, sem êxito.

3. Neste recurso, a parte agravante aduz que a decisão impugnada não está alinhada com o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse sentido,

alega que a Sexta Turma do STJ entende que “a norma em discussão é de natureza mista e mais benéfica ao réu e deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado”. Sustenta que o HC nº 191.464, Rel. Min. GILMAR MENDES, que trata da mesma matéria, foi remetido para deliberação do Plenário, o que torna “justo que o processamento da ação penal na origem seja suspenso”.

4. Com essas considerações, a defesa requer a nulidade da decisão proferida pelo STJ e a “suspensão do processamento da Ação Penal nº 0008918-31.2012.8.24.0033 até o julgamento final do HC nº 185.913/DF pelo Plenário desse Supremo Tribunal Federal”.

5. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. O recurso não deve ser provido.

2. Inicialmente, indefiro o pedido de suspensão do *habeas corpus* até que haja o julgamento do HC nº 185.913, Rel. Min. GILMAR MENDES. Não obstante a relevância dos argumentos para que Sua Excelência afete o julgamento daquele caso ao Plenário do Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática de 23/09/2020), não há previsão legal que impeça o andamento de outros processos. Atenho-me à celeridade com que devem ser julgados os *habeas corpus*, como é o presente.

3. Quanto à pretensão recursal, a parte recorrente não trouxe novos argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada.

4. Em essência, a decisão monocrática negou seguimento ao *habeas corpus* porque: (i) o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que, em princípio, “é incabível recurso contra decisão que não possui conteúdo decisório nem se reveste de lesividade”; e (ii) as peças que instruem a impetração não evidenciam ilegalidade flagrante ou abuso de

poder capaz de justificar o imediato acolhimento da pretensão defensiva.

5. Discute-se a possibilidade de iniciar tratativas sobre o acordo de não persecução penal (ANPP), a pedido da defesa, em processo em curso. No caso, já havia sentença penal condenatória contra o paciente, confirmada em segundo grau e pelo próprio STJ, à época em que entrou em vigor a Lei nº 13.964/2019. Ao assentar a inadmissibilidade da pretensão defensiva, apoiei-me em entendimento exposto pelos eminentes Min. MARCO AURÉLIO no ARE nº 1.171.894 e Min. CÁRMEN LÚCIA no HC nº 186.289.

6. Considerando que a questão ainda não está madura, uma vez que as decisões referidas são monocráticas, aprofundo o enfrentamento.

7. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o ANPP, pode ser considerada lei penal de natureza híbrida: (i) tem natureza processual por estabelecer a possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal; e (ii) tem natureza material em razão da previsão de extinção da punibilidade de quem cumpre os deveres estabelecidos no acordo (art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal – CPP¹).

8. Para leis penais materiais, a Constituição prevê a retroatividade penal benéfica nos seguintes termos: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). A garantia foi também assegurada no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal². Por outro lado, para leis penais processuais, a regra é a aplicação imediata, ressaltando-se a validade de atos anteriores, conforme art. 2º do CPP (*tempus regit actum*)³.

1 Art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal: “Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade”.

2 Art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

3 Art. 2º do Código de Processo Penal: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

9. Em se tratando de leis penais híbridas, possível haver conformação entre os postulados, de forma que, de um lado, a aplicação da lei não necessariamente retroagirá em seu grau máximo (inclusive após o trânsito em julgado); e, de outro lado, não necessariamente será o caso de considerar válidos todos os atos já realizados sob a vigência da lei anterior. Se a conformação não for realizada expressamente pelo legislador, cabe ao intérprete fazê-la.

10. A hipótese cuida da possibilidade de se instaurar a discussão sobre o ANPP no curso do processo. Argumenta-se, com base na retroatividade penal benéfica, que o acordo deve ser viabilizado mesmo depois de recebida a denúncia, proferida sentença, em fase recursal e até mesmo depois do trânsito em julgado.

11. Entretanto, penso que o procedimento em torno do ANPP o situa em uma fase específica da persecução penal e, diante da sua natureza também processual, deve ser prestigiada a marcha progressiva do processo.

12. A leitura do art. 28-A do CPP evidencia que a composição se esgota na fase anterior ao recebimento da denúncia. Não apenas porque o dispositivo refere investigado (e não réu) ou porque aciona o juiz das garantias (que não atua na instrução processual)⁴, mas sobretudo porque a consequência do descumprimento ou da não homologação é especificamente inaugurar a fase de oferta e de recebimento da denúncia (art. 28-A, §§ 8º e 10º)⁵.

4 Art. 3º-B, XVII, do Código de Processo Penal: "O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;"

5 Art. 28-A do Código de Processo Penal: "§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia." e "§ 10º. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia."

13. Dessa forma, o ANPP não se conforma com a instauração da ação penal, devendo ser estabelecido o ato de recebimento da denúncia como marco limitador da sua viabilidade. Com efeito, a finalidade do acordo é evitar que se inicie processo, razão pela qual, por consequência lógica, não se justifica discutir a composição depois de recebida a denúncia.

14. O instrumento, embora inovador e pioneiro em certa medida, não é o primeiro incluído na legislação processual com o objetivo de revisitar a obrigatoriedade da ação penal. Podem ser citadas a transação penal, a suspensão condicional do processo ou mesmo a colaboração premiada nesse caminho.

15. O STF teve a oportunidade de enfrentar a aplicação intertemporal da suspensão condicional do processo, instituída pela Lei nº 9.099/1995. Em precedente paradigmático, de relatoria do Min. MOREIRA ALVES, ficou assentado que a retroatividade penal benéfica deve se adequar às finalidades para as quais foi editada a lei penal:

“*HABEAS CORPUS*”. Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei nº 9.099/95). *Lex mitior*. Âmbito de aplicação retroativa. - Os limites da aplicação retroativa da ‘*lex mitior*’, vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído. - Se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroati-

vamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal. 'Habeas corpus' indeferido." (HC n° 74.305, Rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 09/12/1996⁶)

16. Nesse sentido, para o caso da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n° 9.099/95), o STF consolidou o entendimento de que a oferta do benefício poderia ocorrer até que fosse proferida sentença penal (seja condenatória ou absolutória, como se vê do HC n° 77.877, Rel. Min. SYDNEY SANCHES). A *ratio decidendi* do precedente acima reproduzido deve ser aplicada ao ANPP, observadas suas peculiaridades em relação à suspensão condicional do processo. É que o ANPP, como dito, se esgota antes do oferecimento e do recebimento da denúncia e, diferentemente, a suspensão condicional do processo tem como pressuposto o início da ação penal.

17. Dito de outro modo, enquanto o ANPP se situa na fase pré-processual, que ocorre entre a investigação e o recebimento da denúncia, a suspensão condicional do processo se situa na fase processual, notadamente entre o recebimento da denúncia e a sentença penal. Assim, aplica-se a argumentação extraída do HC n° 74.305 (ação do *tempus regit actum* conforme a finalidade da inovação processual), mas não necessariamente o resultado em termos práticos (de viabilizar a oferta do benefício até que seja proferida a sentença).

18. De fato, o ANPP tem maior semelhança com a transação penal (art. 76 da Lei n° 9.099/1995) e, quanto a esse instrumento, há precedentes do STF no sentido de que, inaugu-

rada a fase processual, há preclusão da oferta de transação:

I. Transação penal (Lei n° 9.099/95): hipótese de conciliação pré-processual, que fica preclusa com o oferecimento da denúncia ou, pelo menos, com o seu recebimento sem protesto, se se admite, na hipótese, a provocação do Juiz ao Ministério Público, de ofício ou a instâncias da defesa. II. Transação penal: inaplicabilidade ao processo por crime de abuso de autoridade, que se sujeita a procedimento especial (Lei n° 4.898/65)." (HC n° 77.216, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 23/06/1998⁷)

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. TRANSAÇÃO PENAL. ARTS. 89 E 76 DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. APLICAÇÃO NO TEMPO. RETROATIVIDADE.

A lei nova benéfica pode ser aplicada tanto imediatamente, por ser desdobramento dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5°, § 1°), como retroativamente, a ponto de alcançar fatos anteriores, desde que se mostre favorável ao agente (CF, art. 5°, LV).

Incabível se mostra a suspensão do processo, a que se refere o art. 89 da Lei n° 9.099/95, por se tratar de fato apreciado por sentença anterior ao advento da mesma.

Incabível, ainda, a transação penal prevista no art. 76 da mesma lei, porquanto pressupõe que seja acordada em momento anterior à formação da relação jurídica processual. Visando evitar o processo, não pode ser tida como vantagem da qual possa valer-se o condenado no momento em que se encontra o processo.

Precedentes da Corte.

Recurso extraordinário não conhecido." (RE n° 217.626, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j.

⁶ O precedente foi referenciado no HC n° 115.247, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 12/11/2013.

⁷ O precedente foi referenciado no HC n° 125.626, Rel. Min. LUIZ FUX, j. 02/06/2017.

24/04/1998)

19. Em resumo, extraio as seguintes conclusões: (i) o ANPP foi instituído por lei penal híbrida, de direito material e processual; (ii) leis penais dessa natureza subordinam-se à retroatividade penal benéfica e ao *tempus regit actum*; (iii) o ANPP se esgota na etapa pré-processual, portanto o recebimento da denúncia é marco limitador da sua viabilidade; e (iv) na espécie, a retroatividade penal benéfica incide para autorizar a aplicação do ANPP para fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

20. A Primeira Turma do STF se pronunciou, na sessão de 13/10/2020, sobre a aplicação da Lei nº 13.964/2019 no tempo, avaliando a retroatividade da regra prevista no art. 171, § 5º, do Código Penal. Pela inovação legislativa, a ação penal que versa sobre estelionato, ressalvadas algumas hipóteses, tornou-se condicionada à representação do ofendido. Questionava-se se a alteração atingia ações penais em curso, definindo-se que a regra se aplica apenas às denúncias oferecidas após a vigência da nova lei:

“HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A PARTIR DA LEI Nº 13.964/19 (“PACOTE ANTICRIME”). IRRETROATIVIDADE NAS HIPÓTESES DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA JÁ REALIZADO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE QUE DIRECIONAM A INTERPRETAÇÃO DA DISCIPLINA LEGAL APLICÁVEL. ATO JURÍDICO PERFEITO QUE OBSTACULIZA A INTERRUÇÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECIAL A PREVER A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. Excepcionalmente, em face da singularidade da matéria, e de sua relevância, bem como da multiplicidade de *habeas corpus* sobre o mesmo tema e a necessidade de sua definição

pela Primeira Turma, fica superada a Súmula nº 691 e conhecida a presente impetração.

2. Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no § 5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira “condição de procedibilidade da ação penal”.

3. Inaplicável a retroatividade do § 5º do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo.

4. A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prosseguibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público.

5. Inexistente, no caso concreto, de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia apta a justificar a excepcional concessão de *Habeas Corpus*. Indeferimento da ordem.” (HC nº 187.341, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 13/10/2020 – pendente de publicação)

21. A despeito da argumentação já desenvolvida, que situa a incidência do ANPP na fase pré-processual, tal como foi concebido no art. 28-A do CPP, e acomoda entendimento já aplicado pelo STF para hipótese semelhante, cabe trazer, em *obiter dictum*, argumento de ordem consequentialista. Uma primazia incauta da retroatividade penal benéfica, que não se justifica por se tratar

de lei penal híbrida, ensejaria um colapso no sistema criminal: admitir-se a instauração da discussão sobre a oferta do ANPP inclusive para sentenças transitadas em julgado faria com que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena -, fossem encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação do réu/sentenciado. Esse contexto não se justifica se considerado o propósito do ANPP, de impedir o início da ação penal, e da máxima de que não devem ser restauradas etapas da persecução penal já efetivadas em conformidade com as leis processuais vigentes.

22. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental e proponho a seguinte fixação de tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

23. É como voto.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. NÃO OFERECIMENTO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DA LIMINAR PARA SOBRESTAMENTO DA AÇÃO. ART. 28-A, § 14 DO CPP. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE DO ACORDO. ORDEM DENEGADA.

HABEAS CORPUS. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 306, CTB. Alegações de constrangimento ilegal em razão do não oferecimento de acordo de não persecução penal em favor do Paciente. Pugnou pela concessão da liminar, para que seja sobrestada a ação penal, fazendo nova remessa ao Procurador Geral de Justiça, consoante norma prevista no Art. 28-A, § 14 do CP, para que seja oferecida proposta de acordo de não persecução penal ao Paciente. No mérito, pugnou pela confirmação da ordem. Inaplicabilidade ao caso em comento. Denúncia

já recebida pelo Juízo Natural da causa. A celebração do acordo de não persecução ostenta a natureza de negócio jurídico, objetivando evitar a deflagração da ação penal. Formada a *opinio delicti* pelo MP e recebida a denúncia ofertada pelo órgão ministerial, não há possibilidade de retroagir e oferecer ao réu a possibilidade de acordo. Precedentes jurisprudenciais. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0080305-88.2020.8.19.0000, em que são Impetrantes os Drs. Joyce Roysen, Denise Nunes Garcia, Edgard Nejm Neto e Rodrigo Calbucci, Paciente Deloney De Araújo Filho e Autoridade Coatora O MM. Juízo de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ.

Acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em denegar a ordem, na forma do voto do Des. Relator.

RELATÓRIO

Habeas Corpus, com pedido liminar, impetrado pelos Drs. Joyce Roysen, Denise Nunes Garcia, Edgard Nejm Neto e Rodrigo Calbucci em favor de Deloney de Araújo Filho, apontando como Autoridade Coatora o MM. Juízo de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ, alegando, em síntese, constrangimento ilegal em razão do não oferecimento de acordo de não persecução penal em favor do Paciente, culminando na designação de AIJ apazada para o dia 30/11/2020.

Requer a concessão da liminar, para que seja sobrestada a ação penal, fazendo nova remessa ao Procurador Geral de Justiça, consoante norma prevista no Art. 28-A, § 14 do CP, para que seja oferecida proposta de acordo de não persecução penal ao Paciente.

No mérito, pugnou pela concessão da ordem. A inicial se fez instruída pelos documentos acostados no Anexo 01. Liminar indeferida a f. 19/23. Informações da Autoridade apontada como coatora a f. 25/27. Parecer da d. PGJ, a f. 31/38, opinando pela denegação da ordem. É o relatório.

VOTO

O impetrante pleiteia liminarmente o sobrestamento da ação penal originária, ao entendimento de violação à norma ínsita ao Art. 28-A, § 14 do CPP, pois avalia que tal dispositivo ostenta natureza híbrida, devendo retroagir para abarcar casos em que ainda não haja condenação.

A Lei nº 13.964/2019, conhecida pelo eufemismo de “Pacote Anticrime” deu nova redação à legislação criminal pátria, modificando diversos diplomas legais.

O Acordo de Não Persecução Penal foi instituído nessa esteira, alterando a redação do Art. 28-A do CPP, disciplinando em sua estrutura normativa as condições necessárias para sua efetivação.

A leitura do mencionado dispositivo aponta que um dos pré-requisitos para a propositura do acordo de não persecução penal é a confissão formal e circunstanciada pelo investigado da prática do delito.

Em consulta aos documentos acostados no Anexo 01, observa-se no doc. eletrônico 000274, que o réu, ora Paciente, através de sua defesa técnica e em resposta à acusação, apresentou uma versão dos fatos na qual um objeto foi atirado contra seu veículo, ocasionando a perda de controle do mesmo.

Tal afirmação em hipótese alguma pode ser entendida como confissão, afastando, desde logo, um dos pré-requisitos mencionados pelo CPP.

A adoção de tal viés defensivo acarretou o recebimento da denúncia, deflagrando a ação penal, o que nos leva ao próximo argumento defensivo, a negativa de oferta de acordo de

não persecução após o recebimento da exordial do *Parquet*, mesmo quando remetido o feito ao Procurador Geral de Justiça, conforme prevê o Art. 28-A, § 14 da Lei Adjetiva Penal.

A celebração do acordo de não persecução ostenta a natureza de negócio jurídico, objetivando evitar a deflagração da ação penal. Formada a *opinio delicti* pelo MP e recebida a denúncia ofertada pelo órgão ministerial, não há possibilidade de retroagir e oferecer ao réu a possibilidade de acordo.

Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal da Cidadania:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. 1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. INSTITUTO PRÉ-PROCESSUAL. DIRECIONADO AO INVESTIGADO. 2. ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. RETROATIVIDADE LIMITADA. PROCESSOS SEM DENÚNCIA RECEBIDA. 3. INSTITUTO QUE VISA OBSTAR A PERSECUÇÃO PENAL. PERSECUÇÃO JÁ OCORRIDA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. APLICAÇÃO DESCABIDA. 4. PROJETO DE LEI QUE PREVIA INSTITUTO PARA A FASE PROCESSUAL. NÃO APROVAÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL. ESPECIFICIDADE DE CADA INSTITUTO A DEPENDER DO MOMENTO PROCESSUAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA. COERÊNCIA E ALCANCE DA NORMA. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal. Trata-se de norma processual, com reflexos penais, uma vez que pode ensejar a extinção da punibilidade. Contudo, não é possível que se aplique com ampla retroatividade norma predominante processual, que segue o princípio do *tempus regit actum*, sob pena de

se subverter não apenas o instituto, que é pré-processual e direcionado ao investigado, mas também a segurança jurídica. 2. Em observância ao isolamento dos atos processuais, sem perder de vista o benefício trazido pela norma, a possibilidade do acordo deve ser avaliada em todos os processos em que ainda não foi apresentada denúncia, conforme enunciado n° 20 da Comissão Especial denominada GNCCRIM, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais: "Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n° 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia". 3. "Descabida a aplicação retroativa do instituto mais benéfico previsto no art. 28-A do CP (acordo de não persecução penal) inserido pela Lei n° 13.964/2019 quando a persecução penal já ocorreu, estando o feito sentenciado, inclusive com condenação confirmada por acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no caso em tela" (AgRg no REsp n° 1.860.770/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020). Precedentes. 4. O Projeto de Lei n° 882/2019 também previa a figura do "Acordo de Não Continuidade da Ação Penal" - não aprovado pelo Congresso Nacional -, o qual apenas poderia ser proposto após o recebimento da denúncia ou queixa e até o início da instrução processual, o que revela a especificidade de cada instituto, a depender do momento processual. Nessa linha de inteligência, não tendo ocorrido a implementação integrada dos institutos, ou mesmo a indicação de regra de transição, cabe ao Judiciário firmar compreensão teleológica e sistemática, que melhor reflita a coerência e o alcance da norma trazida no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Assim, é possível sua aplicação retroativa apenas enquanto não recebida a denúncia. 5. É verdade que parte da doutrina vem entendendo pela possibilidade de aplicação da regra nova

aos processos em andamento. Todavia, mesmo que se entenda pela aplicação da orientação dada à Lei n° 9.099/1995 na ADIN 1.769 (STF - Pleno), o limite temporal da retroatividade a ser utilizado será a sentença condenatória (STF, HC n° 74.305-SP (Plenário), Rel. Min. MOREIRA ALVES, decisão 09/12/1996; HC n° 74.856-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "DJ" 25/04/1997; HC n° 74.498-MG, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, "DJ" 25/04/1997 e HC n° 75.518-SP, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, 02/05/2003). - Recentemente, a Suprema Corte de Justiça Nacional, no HC n° 191.464-SC, da relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO (DJe 18/09/2020) - que invocou os precedentes do HC n° 186.289-RS, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA (DJe 01/06/2020), e do ARE n° 1.171.894-RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 21/02/2020) - externou a impossibilidade de fazer-se incidir o ANPP, quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível à impugnação. 6. Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, com a condenação dos acusados. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg na PET no AREsp n° 1.664.039/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 20/10/2020, DJe 26/10/2020)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ADIAMENTO DO JULGAMENTO. ART. 1º, § 3º, RES. STJ/GP Nº 09/2020. PLEITO DEFERIDO. SUPERVENIÊNCIA DA RES. STJ/GP Nº 19/2020. DISPOSITIVO NÃO REPETIDO. QUESTÃO DE ORDEM. NÃO MAIS PREVALÊNCIA DO ADIAMENTO AUTOMÁTICO. SUPERVENIÊNCIA DE PEDIDO DE PREFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE MOTIVO PARA

MANTER O ADIAMENTO. (...) 13. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. 14. DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. IRRETROATIVIDADE DA LEI Nº 13.964/2019. PRECEDENTES. 15. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO. (...)

13. Em relação ao pedido de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, constante do art. 28-A do Código de Processo Penal, registro que se trata de indevida inovação recursal, motivo pelo qual não é possível seu exame. Precedentes: AgRg no AREsp nº 1.668.298/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020 e AgRg no HC nº 543.908/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 26/02/2020. 14. Ainda que assim não fosse, conforme destacado pelo Ministro FELIX FISCHER, ao indeferir o pleito formulado na Pet no Aresp nº 1.668.089/SP, tem-se que o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, manifestando-se pela Comissão Especial denominada GNCCRIM, editou o enunciado nº 20, que dispõe, *verbis*: "Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia". 15. Agravo regimental parcialmente conhecido e improvido. (AgRg no REsp nº 1.826.584/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020)

Ante o exposto e por tais fundamentos, denega-se a ordem.

RIO DE JANEIRO, 09 DE DEZEMBRO DE 2020.
DES. CELSO FERREIRA FILHO
RELATOR

DESCUMPRIMENTO DE MISSÃO. CÓDIGO PENAL MILITAR. NÃO OFERECIMENTO DE ACORDO

DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INTIMAÇÃO NÃO REALIZADA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONCESSÃO DA ORDEM. REMESSA DOS AUTOS AO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA PARA SE MANIFESTAR.

HABEAS CORPUS. Artigo 196, do Código Penal Militar. Pleito de nulidade da decisão que recebeu a denúncia e remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça para que se manifeste sobre a possibilidade de oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal.

No acordo de não persecução penal há uma mitigação do Princípio da obrigatoriedade da ação penal, assim como a transação penal e os *sursis* processual, sendo um poder-dever do Ministério Público e, também, um direito público subjetivo do acusado, devendo ser admitido, inclusive, após a prolação da sentença no caso de desclassificação (Precedentes do STJ, nos casos de *sursis* processual - HC nº 203.278/SP e REsp nº 1.193.164/RJ, e verbete nº 337, da Súmula do STJ). Na hipótese, os argumentos apresentados pelo Ministério Público para o não oferecimento da proposta do acordo de não persecução penal não encontram amparo no ordenamento jurídico, até porque, os fatos ocorreram em 2018, ou seja, antes da entrada em vigor do referido Instituto, não sendo dada ao ora paciente a oportunidade de celebração do acordo. Como bem ressaltado pela douta Procuradoria de Justiça, "as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19 no art. 28, com acréscimo dos §§ 1º e 2º, encontra-se suspensa por Medida Cautelar nas ADIs nos 6.298, 6.299 e 6.300, concedida pelo Min. LUIZ FUX no dia 22/01/2020.", impondo-se o acolhimento do pleito defensivo, para determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça para se manifestar acerca do benefício, consoante interpretação o artigo 28-A, § 14, do Código de Processo Penal. ORDEM CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n° 0081011- 51.2020.8.19.0000, em que é Impetrante Dr. Eduardo Januario Newton e Paciente Alencar Pimentel dos Reis, em Sessão realizada em 15 de dezembro de 2020,

Acordaram, à unanimidade, os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em conceder a ordem, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* objetivando seja anulada a decisão que recebeu a denúncia e determinada a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, para que se manifeste sobre a possibilidade de oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal.

Sustenta a impetração que, em 20 de dezembro de 2018 foi lavrado o Termo Circunstanciado n° 139-00897/2018, quando então se apontaram as práticas criminosas previstas nos artigos 329 e 331, ambos do Código Penal, pelo ora paciente, por parte de Andrew Vieira Duarte Rodrigues.

Relata que, ainda no mesmo contexto fático, o paciente teria cometido conduta que, em tese, se amoldaria ao disposto no artigo 4º, alínea “h”, da Lei n° 4.898, tendo como vítima Sônia Vieira Villela Duarte.

Pondera que, em 08 de maio de 2019, por meio de promoção proferida pelo Promotor de Justiça, ocorreu o seguinte desfecho para o feito: arquivamento quanto ao cometimento do delito de resistência, determinação de diligências quanto ao delito de desacato e, por fim, o declínio de atribuição pelo eventual crime militar realizado, que veio a ser referendado em sua integralidade pelo Juízo do Juizado Especial Adjunto Criminal da Comarca de Porciúncula.

Assevera que, em 19 de março de 2020, o Titular da ação penal militar ofereceu denúncia

contra o paciente, imputando-lhe a prática de conduta que, em tese, se amoldaria ao tipo penal previsto no artigo 196, Código Penal Militar (descumprimento de missão) e, no dia seguinte, a Autoridade dita coatora recebeu a petição inicial acusatória, designando data para a prova de acusação.

Aduz que, em 1º de setembro de 2020, a Defesa Técnica do paciente requereu a abertura de vista para a apresentação da resposta à acusação e a Autoridade dita coatora indeferiu o pleito defensivo, em decisão datada de 02 de setembro de 2020, sendo certo que, de acordo com o decidido, o E. STF, ao apreciar o HC n° 127.900/AM, somente versou sobre o interrogatório como último ato da instrução.

Registra que, em 08 de setembro, a Defesa Técnica do paciente requereu a intimação do Estado-acusação para se manifestar sobre o acordo de não persecução penal e, em 24 de setembro, o Titular da ação penal afirmou que não ofereceu, uma vez que o paciente não teria confessado os fatos.

Narra que a Defesa Técnica, em 13 de outubro de 2020, assim se manifestou: “(...) Com lastro no artigo 28, CPP, requer a remessa dos autos para o i. Procurador Geral de Justiça para apreciar se o caso comporta, ou não, o oferecimento de acordo de não persecução penal. É importante frisar, que, em momento algum, o Estado-acusação intimou o réu para fins de confissão para o citado acordo (...)”

Argumenta que, em 26 de outubro de 2020, a Autoridade dita coatora negou o pedido de remessa para a Procuradoria Geral de Justiça, bem como designou, para a realização do interrogatório, o dia 07 de dezembro, às 13h30m.

As informações estão no Doc. 000023.

A liminar foi indeferida pela decisão do Doc. 000027.

O Parecer da d. Procuradoria de Justiça (Doc. 000029) é pela concessão da ordem, para suspender a AIJ designada para o dia

07/12/2020 e determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 28-A, § 14, do Código de Processo Penal.

VOTO

Os autos revelam que, o ora paciente foi denunciado como incurso nas sanções do crime de descumprimento de missão, sendo a denúncia recebida em 20/07/2020, ocasião em que se decretou sua prisão preventiva e se designou o dia 10/09/2020, para a oitiva de testemunhas, ato que ocorreu regularmente.

Ressaltou S. Exa. que, houve inversão do rito previsto no artigo 302, do Código de Processo Penal Militar, em razão de decisão do E. STF, determinando a aplicação do artigo 400, do Código de Processo Penal nas ações penais militares.

Anotou que, em 08/09/2020, a Defesa requereu a remessa dos autos ao Ministério Público para se manifestar sobre a proposição do acordo de não persecução penal, tendo o *Parquet* afirmado não vislumbrar o cumprimento dos requisitos necessários à aplicação do Instituto.

Declarou que, o processo aguarda a realização da audiência designada para o dia 07/12/2020.

É notório que, no acordo de não persecução penal há uma mitigação do Princípio da obrigatoriedade da ação penal, assim como a transação penal e os *sursis* processual, sendo um dever do Ministério Público e, também, um direito público subjetivo do acusado.

Além disso, o acordo de não persecução penal deve ser, inclusive, admitido, após a prolação da sentença no caso de desclassificação (Precedentes do STJ, nos casos de *sursis* processual - HC nº 203.278/SP e REsp nº 1.193.164/RJ, e verbete nº 337, da Súmula do STJ).

Com efeito, os argumentos apresentados pelo Ministério Público para o não oferecimento da proposta do acordo de não persecução penal não encontram amparo no ordenamento jurídico, até porque os fatos ocorreram em 2018, ou seja, antes da entrada em vigor do referido Instituto,

não tendo sido dada, ao ora paciente, a oportunidade de celebração do acordo.

Dispõe o artigo 28-A, § 14, do Código de Processo Penal:

“(…)

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

(…)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”

Além disso, como bem ponderado pela Procuradoria de Justiça, o qual passa a fazer parte integrante desse voto, na forma regimental:

“(…)

As alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19 no art. 28, com acréscimo dos §§ 1º e 2º, encontra-se suspensa por Medida Cautelar nas ADIs nos 6.298, 6.299 e 6.300, concedida pelo Min. LUIZ FUX no dia 22/01/2020.

Além disso, não consta que o Paciente tenha tido oportunidade de manifestar interesse em confessar a prática delitiva e celebrar o acordo de não persecução penal, pois o fato teria ocorrido em 20/12/2018, ou seja, bem antes da inovação legislativa.

A ausência de notificação do Ministério Público para oportunizar à Paciente adesão ao benefício contraria o que dispõe o art. 4º da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP nº 20/2020, *in verbis*:

“Art. 4º – Presentes os requisitos para o acordo de não persecução penal, o membro oficiante determinará a notificação do investigado para comparecer ao Ministério Público em dia e horário fixados, caso tenha interesse na celebração do acordo.

§ 1º – Deverá constar expressamente da notificação:

I – a necessidade de que o investigado se faça acompanhar de defensor;

II – que o seu não comparecimento importará na rejeição do acordo.”

Nesse caso, como o Promotor de Justiça se recusou a oferecê-lo, deveria a digna Autoridade dita coatora, determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça para se manifestar acerca do benefício, consoante interpretação do artigo 28-A, § 14, do Código de Processo Penal.

Desta forma, voto pela concessão da ordem, para determinar a remessa dos autos ao Exmo. Sr. Procurador-Geral, de Justiça, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal para se manifestar acerca do benefício.

RIO DE JANEIRO, 15 DE DEZEMBRO DE 2020.
DES. KATIA MARIA AMARAL JANGUTTA
RELATORA

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. LEI Nº 11.343/2006. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

AÇÕES DE *HABEAS CORPUS*. IMPUTAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/2006. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, SOB AS ALEGAÇÕES DE: 1) VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA HOMOGENEIDADE; 2) AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA DECISÃO DE DECRETAÇÃO DA CONSTRIÇÃO PRISIONAL; 3) AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA; 4) CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS; 5) POSSIBILIDADE DE CABIMENTO DO INSTITUTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, TAL COMO PREVISTO NO ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *WRIT* CONHECIDO COM A DENEGAÇÃO DA ORDEM, EM AMBOS.

O paciente encontra-se preso, cautelarmente, desde a data de 15/10/2020, acusado da prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Ab initio, há de se ressaltar que, embora o membro do *Parquet* em atuação nesta instância tenha opinado pela extinção do *writ*, sem resolução do mérito, em relação ao *habeas corpus* nº 007383-60.2020.8.19.0000, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal, verifica-se que os argumentos apresentados nas ações constitucionais em epígrafe, com vistas à concessão da liberdade do paciente, não convergem na totalidade. Em outras palavras, não se verifica a identidade entre causas de pedir.

A impetrante, nos autos de nº 007383-60.2020.8.19.0000, argumenta o cabimento do disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal (acordo de não persecução penal), também, com vistas a demonstrar suposta desproporcionalidade, entre a custódia cautelar e eventual pena a ser aplicada na entrega da prestação jurisdicional, o que não ocorre nos

autos de nº 0072489-35.2020.8.19.0000. Precedentes do STF e do STJ.

Portanto, não obstante haja coincidência entre parte (paciente único) e pedidos, não se verifica a necessária identidade entre as causas de pedir, motivo pelo qual, há de ser apreciado o mérito, de ambas as ações constitucionais, não se aplicando analogicamente a norma indicada do CPC/2015, por não se tratar de recurso, e sim de ações constitucionais.

Convém ressaltar, de proêmio, que os impe-trantes ao aduzirem questões a respeito da suposta ofensa ao princípio da homogeneidade, entre a construção cautelar e o hipotético quantitativo de pena e regime prisional, a serem aplicados ao paciente, em caso de condenação, colacionam a estes autos, argumentos que dizem respeito, exclusivamente, ao mérito da ação penal, a ensejar o envolvimento de exame de provas, as quais não podem ser apreciadas no bojo das presentes ações constitucionais de *habeas corpus*, a qual possui restrita dilação probatória, sob pena de supressão de instância e inversão da ordem processual legal. Precedentes dos Tribunais Superiores.

No que tange ao pleito, especificamente, de revogação da custódia, ao argumento de inexistência dos requisitos autorizativos da prisão preventiva, verifica-se que, a Juíza monocrática, em conformidade com a previsão contida no artigo 93, inciso IX, da CRFB/1988, fundamentou, ainda que concisamente, os motivos concretos e singulares, pelos quais entendeu necessária a decretação e manutenção da custódia prisional do ora paciente, em total consonância com a lei, a doutrina e jurisprudência pátrias, ressaltando a presença, *in casu*, do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, cabendo destacar a imprescindibilidade da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública.

Com efeito, verifica-se que, na decisão vergastada, a Juíza indicada como autoridade coatora ressaltou as peculiaridades, que envolvem o caso em concreto, apontando a farta quantidade de material entorpecente, mais precisamente 1 kg (um quilograma) de maconha, divididos em quatro pacotes, encontradas no baú da motocicleta que o paciente conduzia.

Cabível, na hipótese, a aplicação do princípio da confiança/proximidade do Juiz próximo às provas e pessoas, em causa, este com melhor aferição sobre a necessidade ou não da decretação e manutenção da custódia segregacional. Precedentes.

Frise-se, outrossim, que, além de equiparado a crime hediondo, a prática do delito de tráfico de drogas imputado ao paciente apresenta pena de reclusão máxima cominada, em abstrato, superior a 04 (quatro) anos, estando presentes, ainda, os requisitos genéricos das medidas cautelares, previstos nos incisos I e II do artigo 282 do CPP (sendo um deles evitar a prática de infrações penais), aliados à gravidade, em concreto, do crime e as circunstâncias dos fatos, somados a alguns dos pressupostos específicos insertos no artigo 312 do mesmo diploma legal, o que autoriza a decretação e manutenção da custódia cautelar, conforme preceituam os já citados dispositivos legais, além do art. 313, I, também do CPP.

Esclareça-se, por importante, que conforme a orientação dos Tribunais Superiores, a comprovação, isolada, sobre a presença de algumas das condições pessoais favoráveis ao paciente, não representa a garantia necessária e suficiente, para a supressão da cautela constritiva, devendo a mesma ser analisada junto ao contexto fático carreado à ação constitucional, a qual, *in casu*, não se mostra recomendada, configurando-se insuficientes e ineficazes à espécie a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP.

Por fim, nos autos do *habeas corpus* nº 0073813- 60.2020.8.19.0000, a impetrante argumenta o cabimento do disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal (acordo de não persecução penal), também, com vistas a demonstrar suposta desproporcionalidade entre a custódia cautelar e eventual pena a ser aplicada na entrega da prestação jurisdicional.

Na hipótese vertente, como acima mencionado, o ora paciente foi denunciado pela prática do crime inserto no art. 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006, cuja pena mínima de reclusão, em abstrato, estabelecida pelo legislador, é de 05 (cinco) anos e a máxima de 15 (quinze) anos, além da pena pecuniária de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Observa-se da redação do *caput* do art. 28-A do CPP, e seus respectivos parágrafos, acrescentados pela Lei nº 13.964/2019, que o “acordo de não persecução penal” contempla a prática de infração penal (sem violência ou grave ameaça) e com pena mínima, em abstrato, inferior a 04 (quatro) anos, exigindo o cumprimento de requisitos de naturezas objetiva e subjetiva, pelo indiciado, podendo ser celebrado até o marco temporal anterior à rerratificação do recebimento da denúncia (art. 399 do CPP).

Destarte, no caso em apreço, inviável a oferta, pelo membro do *Parquet*, do negócio jurídico de natureza pré-processual previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, ante o não preenchimento do requisito de natureza objetiva (pena mínima cominada para o delito imputado, em abstrato, inferior a 04 (quatro) anos.

Face ao exposto, não se constatando o alegado constrangimento ilegal ao qual estaria submetido o paciente, conhece-se dos presentes *writs*, denegando-se a ordem, nos mesmos pleiteadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos ambos os autos de ambas as ações de *Habeas Corpus* de nºs 0072489-35.2020.8.19.0000 e 0073813-60.2020.8.19.0000, em que são Impetrantes, respectivamente, o Dr. José Sebastião Galhardo e a Defensoria Pública, Paciente Lucas Gomes da Costa e Autoridades Coatoras os Juízes de Direito da Central de Audiências de Custódia e da 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital,

Acordam os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer dos pedidos, e, denegar a ordem em ambas as ações de *Habeas Corpus*, nos termos do voto da Des. Relatora.

RELATÓRIO

Tratam-se de ações constitucionais de *habeas corpus*, que têm por objeto a concessão da ordem, visando a soltura do paciente, Lucas Gomes da Costa, o qual se encontra preso cautelarmente, desde 15/10/2020, acusado da prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, sendo apontadas como autoridades coatoras os Juízes de Direito da Central de Audiências de Custódia e da 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

Aduzem os impetrantes, em síntese, que o paciente estaria submetido a constrangimento ilegal, argumentando: 1) a violação ao princípio da homogeneidade; 2) a ausência de fundamentação idônea na decisão de decretação da construção prisional; 3) ausência de requisitos para decretação de prisão preventiva; 4) condições pessoais favoráveis; 5) possibilidade de cabimento do instituto do acordo de não persecução penal, tal como previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Pleiteia-se, assim, a concessão da ordem, para deferir-se a liberdade do paciente, ainda que com a aplicação de medidas cautelares, diversas à prisão, previstas no artigo 319 do CPP.

Em 19/10/2020 foi indeferido o pedido de

liminar (f. 10/12), nos autos do *Habeas Corpus* nº 0072489-35.2020.8.19.0000.

Em 22/10/2020 foi indeferido o pedido de liminar (f. 10/12), nos autos do *Habeas Corpus* nº 0073813-60.2020.8.19.0000.

Em 03/11/2020, foi determinado o apensamento das presentes ações constitucionais, a f. 18 do *Habeas Corpus* nº 0073813-60.2020.8.19.0000.

Foi dispensada a solicitação de informações das apontadas autoridades coatoras, por entender-se, na esteira da legislação (CPP, art. 662) e da jurisprudência, a desnecessidade das mesmas, haja vista que os andamentos processuais e as decisões impugnadas podem ser consultados, diretamente, pelo sistema de informática deste Tribunal.

A Procuradoria de Justiça, em parecer juntado a f. 15/18 (HC nº 0072489-35), opinou pela denegação da ordem, com a manutenção da prisão preventiva do paciente, e a f. 15/16 (HC nº 0073813-60), opinou pela extinção do *writ*, sem resolução do mérito, nos termos do art. 932, III, do CPC, c/c art. 3º do CPP, considerando que a litispendência reflete direta e negativamente no pressuposto processual, que exige a originalidade da demanda.

É o relatório.

VOTO

Tratam-se de ações constitucionais de *habeas corpus*, que têm por objeto a concessão da ordem, visando a soltura do paciente, Lucas Gomes da Costa, o qual se encontra preso cautelarmente, desde 15/10/2020, acusado da prática, em tese, do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, sendo apontadas como autoridades coatoras os Juízes de Direito da Central de Audiências de Custódia e da 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

Aduzem os impetrantes, em síntese, que o paciente estaria submetido a constrangimento ilegal, argumentando: 1) a violação ao princípio da homogeneidade; 2) a ausência de fundamen-

tação idônea na decisão de decretação da constrição prisional; 3) ausência de requisitos para decretação de prisão preventiva; 4) condições pessoais favoráveis do paciente; 5) possibilidade de cabimento do instituto do acordo de não persecução penal, tal como previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Procede-se ao exame conjunto, em um só voto, de ambas as ações e pedidos, haja vista ser único o paciente.

Ab initio, há de se ressaltar que, embora o membro do *Parquet* em atuação nesta instância tenha opinado pela extinção do *writ*, sem resolução do mérito, em relação ao *habeas corpus* nº 007383-60.2020.8.19.0000, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal, verifica-se que os argumentos apresentados nas ações constitucionais em epígrafe, com vistas à concessão da liberdade do paciente, não convergem na totalidade. Em outras palavras, não se verifica a identidade entre causas de pedir.

A impetrante, nos autos de nº 007383-60.2020.8.19.0000, argumenta o cabimento do disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal (acordo de não persecução penal), também, com vistas a demonstrar suposta desproporcionalidade entre a custódia cautelar e eventual pena a ser aplicada na entrega da prestação jurisdicional, o que não ocorre nos autos de nº 0072489-35.2020.8.19.0000.

Neste sentido, firme é a jurisprudência dos Tribunais Superiores, STF e STJ, *ad verbum*:

STF:

EMENTA: “HABEAS CORPUS” – ALEGADA OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE LITISPENDÊNCIA (“EADEM PERSONAE, EADEM RES, EADEM CAUSA PETENDI”) – RÉU QUE RESPONDEU A AÇÕES PENAIS DISTINTAS, EIS QUE, APESAR DE IDÊNTICA A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO CRIME A ELE IMPUTADO EM CADA UM DOS PROCEDIMENTOS DE PERSE-

CUÇÃO PENAL A QUE SUBMETIDO (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06), DIVERSAS FORAM AS CIRCUNSTÂNCIAS DE TEMPO E DE LUGAR RELATIVAS ÀS PRÁTICAS DELITIVAS ENTÃO APURADAS – INOCORRÊNCIA, PORTANTO, DE MESMA CAUSA DE PEDIR – NÃO CONFIGURAÇÃO DE “*BIS IN IDEM*” – PRETENDIDA ANULAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO PENAL SUBSEQUENTE – SITUAÇÃO DE ILIQUIDEZ QUANTO AOS FATOS SUBJACENTES À ACUSAÇÃO PENAL – CONTROVÉRSIA QUE IMPLICA EXAME APROFUNDADO DE FATOS E CONFRONTO ANALÍTICO DE MATÉRIA ESSENCIALMENTE PROBATÓRIA – INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO PRESENTE “*WRIT*” CONSTITUCIONAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

(HC nº 137.848 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-261 DIVULG 16/11/2017 PUBLIC 17/11/2017) Grifos nossos.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. AÇÕES PENAIS BASEADAS NOS MESMOS FATOS, MAS COM PEDIDOS DIVERSOS. ORDEM DENEGADA. 1. A litispendência só ocorre quando há identidade de partes, causa de pedir e pedido. No caso de duas ações penais que, com base nos mesmos fatos, narram condutas diversas, com diferente enquadramento típico, o procedimento correto é a reunião de ambas perante um único juízo, tendo em vista a conexão, tal como reconhecido no acórdão impugnado. 2. Ordem denegada.

(HC nº 97.216, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 16/11/2010, DJe-020 DIVULG 31/01/2011 PUBLIC 01/02/2011 EMENT VOL-02454-02 PP-00314) Destacamos.

STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO DE TODAS AS QUESTÕES RELEVANTES DA LIDE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM.

AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC/1973. COISA JULGADA. FALTA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA Nº 283/STF.

DECISÃO MANTIDA.

1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido pronuncia-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo.

2. O recurso especial que não impugna fundamento do acórdão recorrido suficiente para mantê-lo não deve ser admitido, nos termos da Súmula nº 283/STF.

3. Segundo a jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento da coisa julgada, faz-se necessária a tríplice identidade - mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido -, o que ocorreu no caso em exame.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(Aglnt no REsp nº 1.699.039/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, julgado em 25/05/2020, DJe 28/05/2020) Grifamos

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO ZELOTES. CORRUPÇÃO ATIVA.

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. LITISPENDÊNCIA. DUAS DENÚNCIAS SOBRE O MESMO DELITO. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. FATOS AUTÔNOMOS E INDEPENDENTES. REEXAME FÁTICO. INVIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade, ou a ausência de indícios mínimos de autoria ou prova de materialidade.

2. Para a configuração de litispendência, necessário que ocorra a tríplice identidade entre as ações, qual seja: mesmas partes, causa de pedir e pedido.

3. Tendo as ações penais sido deflagradas em razão de fatos autônomos e independentes, não se vislumbra constrangimento ilegal, pois, no processo nº 0070091-13.2015.4.01.3400 - atualmente em fase de apelação - foi imputado ao recorrente o crime de corrupção ativa por suposto pagamento de vantagem indevida ao então Diretor de Comunicação do Senado Federal, tendo como objetivo que ele monitorasse o trâmite da Medida Provisória nº 471/2009, fato esse ocorrido no período que a denúncia denomina de segunda fase de criação e publicação da MP nº 471/2009.

4. Na Ação Penal nº 0037544-46.2017.4.01.3400, originária deste recurso, o recorrente é acusado do crime de corrupção ativa em razão de suposto oferecimento de vantagem indevida ao então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva e ao seu chefe de gabinete Gilberto Carvalho, ainda na primeira fase de criação e publicação da MP nº 471/2009, para que eles, infringindo o dever funcional, favorecessem as montadoras de veículo MMC e CAO A ao editarem, em celeridade e procedimento atípicos, a Medida Provisória nº 471, em 23/11/2009.

5. A análise mais acentuada acerca da litispendência exige metucioso exame sobre seus

elementos configuradores - identidade de partes, dos fatos e da pretensão -, providência incabível, nos estreitos limites desta via, por demandar o reexame de matéria fática. Precedentes do STJ.

6. Recurso em *habeas corpus* improvido.

(RHC nº 118.319/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 03/12/2019, DJe 19/12/2019) Destacamos

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. NULIDADE DO LEILÃO EXTRAJUDICIAL. PREÇO VIL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEVEDOR.

LITISPENDÊNCIA. INEXISTÊNCIA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR DISTINTOS.

SÚMULA Nº 83/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. "Somente se verifica a litispendência nas hipóteses em que haja a tríplice identidade entre as ações, vale dizer, mesmas partes, causa de pedir e pedido" (REsp nº 302.142/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 11/10/2011, DJe 22/11/2011).

2. No caso, há apenas identidade de partes, tendo em vista que, enquanto nos presentes autos busca-se extinguir a execução extrajudicial pela aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato de alienação fiduciária, na outra ação o pedido é de declaração de nulidade de leilão extrajudicial, em razão do preço vil da arrematação e da ausência de intimação do devedor.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AgInt no AREsp nº 665.909/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, julgado em 10/09/2019, DJe 17/09/2019).

Portanto, não obstante haja coincidências, entre parte (paciente único) e parcial entre os pedidos, não se verifica a necessária identidade entre as causas de pedir, motivo pelo qual inexistente a alegada litispendência, aventada pelo órgão ministerial, e, tampouco há de se aplicar o art. 932, III do CPC/2015 c/c o art. 3º do CPP, eis que não se trata, na hipótese vertente, de recursos, e sim, de duas ações constitucionais, as quais devem ser apreciadas, conjuntamente, em seus méritos.

De proêmio, oportuno ressaltar que, os impreterantes ao aduzirem questões a respeito da suposta ofensa ao princípio da homogeneidade, entre a constrição cautelar e o hipotético quantitativo de pena e regime prisional, a serem aplicados ao paciente, em caso de condenação, colacionam a estes autos, argumentos que dizem respeito, exclusivamente, ao mérito da ação penal, a ensejar o envolvimento de exame de provas, as quais não podem ser apreciadas no bojo das presentes ações constitucionais de *habeas corpus*, que possui restrita dilação probatória, sob pena de supressão de instância e inversão da ordem processual legal.

Em tal entendimento, a jurisprudência sedimentada do STF e do STJ, *ad colorandum*:

“O *Habeas Corpus* constitui remédio processual inadequado: a) para a análise de provas; b) para o reexame de material probatório produzido; c) para a reapreciação de matéria de fato e também; d) para a reavaliação dos elementos instrutórios coligidos no processo de conhecimento. Precedentes”

STF – HC nº 73.421/SP – 1ª Turma – Rel. Min. CELSO DE MELLO – DJU 15/05/1998.

“(…) 5. Inviável afirmar que a medida extrema é desproporcional em relação a eventual condenação que o réu sofrerá ao final do processo que a prisão visa acautelatar, pois não há como, em sede de *habeas corpus*, concluir que será beneficiado com a fixação de regime menos gravoso ou com

a substituição da reprimenda por restritivas de direito, diante de seu histórico criminal. (...)”

STJ. Quinta Turma. HC nº 281.472/MG. Relator Min. JORGE MUSSI. Julgamento em 05/06/2014.

“(…) 6. As questões próprias ao mérito da causa - tais como a participação do réu no crime e os eventuais institutos aplicados na dosimetria da pena - refogem a angusta via do *habeas corpus*, por demandarem dilação probatória. Devem, isto sim, ser solucionadas no decorrer da instrução criminal sob crivo do contraditório e da ampla defesa. (...)”

STJ. Quinta Turma. HC nº 221.694/RS. Relatora Min. LAURITA VAZ. Julgamento em 16/05/2013.

“(…) 4. Para se negar a existência dos elementos essenciais do tipo penal imputado seria necessária análise aprofundada de matéria fático-probatória - sequer ainda produzida -, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional. 5. Ordem denegada.

STJ. Quinta Turma. Relator Min. JORGE MUSSI. Julgamento em 11/10/2011.

E ainda: STF: RHC nº 66.460-1/MG, Relator Min. OSCAR CORRÊA – 1ª Turma – J. 28/06/1988 – Un.; STJ: RHC nº 7.736/SP, Relator Min. EDSON VIDIGAL – 5ª Turma, J. 20/08/1998 – Un.; HC nº 10.338/GO, Relator Min. EDSON VIDIGAL – 5ª Turma, J. 28/09/1999 – Un.; ROHC nº 7.874/RJ, Relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – 5ª Turma, J. 27/04/1999 – M.V.; HC nº 8.081/RS, Relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – 5ª Turma – J. 04/05/1999 – Un.; RHC nº 5.407/PR, Relator Min. EDSON VIDIGAL – 5ª Turma – J. 14/10/1996 – Un.; HC nº 40.734-0/SP, Relator Min. GILSON DIPP – 5ª Turma – J. 02/06/2005 – Un.; HC nº 10.123/

MG, Relator Min. VICENTE LEAL – 6ª Turma – J. 14/09/1999 – Un.; RHC nº 6.664/RS, Relator Min. CID FLAQUER SCARTEZZINI – 5ª Turma – J. 05/02/1998 – Un.; HC nº 7.677/SP, Relator Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – 5ª Turma – J. 06/05/1999 – Un.; HC nº 8.557/RJ, Relator Min. VICENTE LEAL – 6ª Turma – J. 15/04/1999 – Un.; RHC nº 6.784/SP, Relator Min. FERNANDO GONÇALVES – 6ª Turma – J. 24/11/1997 – Un.; HC nº 44.782/SP, Relator Min. GILSON DIPP – 5ª Turma – J. 13/12/2005 – Un.; HC nº 32.201-0/MG, Relator Min. HAMILTON CARVALHIDO – 6ª Turma – J. 10/08/2004 – Un.; RHC nº 7.684/SP, Relator Min. GILSON DIPP – 5ª Turma – J. 15/09/1998 – Un.; RHC nº 6.161/RS, Relator Min. FERNANDO GONÇALVES – 6ª Turma – J. 14/04/1997 – Un.; RHC nº 7.144/PR, Relator Min. CID FLAQUER SCARTEZZINI – 5ª Turma – J. 17/03/1998 – Un.; RHC nº 8.802/MG, Relator Min. FERNANDO GONÇALVES – 6ª Turma – J. 14/12/1999 – Un.; ROHC nº 8.934/DF, Relator Min. VICENTE LEAL – 6ª Turma – J. 19/10/1999 – Un.; RHC nº 7.810/AM, Relator Min. GILSON DIPP – 5ª Turma – J. 15/09/1998 – Un.; RHC nº 7.972/SP, Relator Min. FELIX FISCHER – 5ª Turma – J. 27/04/1999 – Un.).

Quanto ao pleito específico de revogação da prisão preventiva, formulado nestas ações constitucionais, comporta trazer-se à liça, primeiramente, a doutrina pátria acerca das medidas cautelares contempladas no Título IX do Livro I do CPP, disciplinadas nos Capítulos II a VI (arts. 301 a 350).

No escólio de Damásio Evangelista de Jesus, às medidas cautelares pessoais ou subjetivas previstas no Título IX do Livro I do CPP, disciplinadas nos Capítulos II a VI (arts. 301 a 350), dentre as quais se encontram a prisão provisória (em flagrante, preventiva, temporária), a prisão domiciliar e as medidas cautelares diversas da prisão, “... têm sua subsistência vinculada ao regular processamento da causa

e à eficácia da condenação ...” (in, **Código de Processo Penal Anotado**, 25ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 282).

Prossegue o mesmo autor, expondo que “As medidas cautelares se submetem aos requisitos gerais: *fumus boni iuris* e *periculum in mora* ..., convertem-se tais exigências em *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*”, e que “Esse requisito encontra-se expresso no art. 282, I do CPP”, acrescentando que “O art. 282, *caput*, II, estabelece parâmetros para a eleição da cautelar a ser imposta ... de balizas que definem sua pertinência e suficiência ao caso concreto ...”.

Ajunta o doutrinador, que “Os requisitos dispostos no art. 282 ... têm caráter genérico e devem ser observados para todas as medidas cautelares pessoais ou subjetivas ...”, e que, “Tais medidas submetem-se, ainda, a requisitos específicos, em particular, demanda. Assim, os da prisão preventiva encontra-se nos arts. 282, § 4º, 312 e 313 ...; em matéria de prisão (preventiva) domiciliar, estão nos incisos do art. 318; quanto às demais medidas cautelares, o fundamento está em cada um dos incisos do art. 319”. (ob.cit., p. 282)

Quanto ao pressuposto (art. 283, § 1º do CPP) da decretação das medidas cautelares pessoais, alerta o processualista citado, que “A autoridade judiciária, ..., deverá verificar, em primeiro lugar, a pena abstratamente cominada à infração ... Em seguida, cumprirá analisar a presença dos requisitos genéricos contidos no art. 282 ... e, por fim, dos requisitos específicos das medidas eleitas ...” (ob. cit, p. 283).

Por outro giro, cabe lembrar, no que tange ao embasamento da decisão que decretar a prisão provisória preventiva, exige o artigo 315 do CPP, que seja a mesma fundamentada, (“A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”), devendo, portanto, observar o inciso IX do artigo 93 da CRFB/1988.

Ademais, inobstante isto, há que se distinguir a ausência de fundamentação da decisão judicial que decreta a cautela prisional, da fundamentação insuficiente/inadequada e da fundamentação concisa.

No que concerne à ausência de fundamentação, à fundamentação insuficiente/inadequada da decisão decretatória da custódia preventiva, por certo, aludido decreto será passível de anulação. Ao reverso, em se tratando de decisão concisa/sucinta, porém fundamentada em elementos concretos evidenciados nos autos, estará atendida a norma do inciso IX do artigo 93, da Carta Constitucional da República.

Na ensanchas, confira-se os excertos jurisprudenciais do STF e do STJ, que se referem à decisão de prisão preventiva, *exempli gratia*:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. (...). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Existem fundamentos autônomos e suficientes para a manutenção da prisão do Paciente: a garantia da ordem pública em razão da periculosidade (crueldade) evidenciada pelo *modus operandi* e a garantia de aplicação da lei penal devido ao risco concreto de que o Paciente venha a foragir. 2. Apesar de sucinta, a decisão está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos. 3. Ordem denegada.” (STF, HC nº 105.043, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, julgado em 12/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-084 de 06/05/2011).

“...a falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/88”. (STF - HC nº 105.349, 2ª Turma -Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe 16/02/2011).

“PENAL. PROCESSUAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. (...).

1. Não há constrangimento ilegal se o decreto, conquanto conciso, justifica plenamente a necessidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública. (...).

4. “*Habeas Corpus*” conhecido; pedido indeferido.” (STJ, HC nº 11.296/BA, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, 5ª Turma, julgado em 16/03/2000, DJ 10/04/2000)

Neste contexto, pode-se constatar que, a Juíza monocrática, em conformidade com a previsão contida no artigo 93, inciso IX da CRFB/1988, fundamentou, ainda que concisamente, os motivos concretos e singulares pelos quais entendeu necessária a decretação e manutenção da custódia prisional do ora paciente, em total consonância com a lei, a doutrina e jurisprudência pátrias, ressaltando a presença, *in casu*, do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, cabendo destacar a imprescindibilidade da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública, a conveniência da instrução criminal e o asseguramento de possível aplicação da lei penal.

Com efeito, verifica-se que, na decisão vergastada, a Juíza indicada como autoridade coatora ressaltou as peculiaridades, que envolvem o caso em concreto, apontando a farta quantidade de material entorpecente, mais precisamente 1 kg (um quilograma) de maconha, divididos em quatro pacotes, encontradas no baú da motocicleta que o paciente nomeado conduzia.

A conferir-se parte da decisão, que decretou a prisão preventiva do paciente, na data de 17/10/2020, *ex textus*: “... Inicialmente, cumpre consignar que pelo custodiado não foi informada qualquer agressão no ato prisional. A presente prisão em flagrante foi efetuada dentro dos ditames legais e revestida de toda formalidade necessária, nos termos do art. 302

es do CPP, não havendo indícios de flagrante forjado. A prisão preventiva consiste em medida excepcional, que somente deve ser imposta quando estiverem presentes os requisitos de cautelaridade (*fumus comissi delicti* e *periculum liberatis*), devendo ainda ser demonstrada a insuficiência de outras medidas cautelares não privativas de liberdade. O *´fumus comissi delicti´* decorre da materialidade delitiva e dos indícios de autoria comprovados através dos depoimentos colhidos em sede policial, auto de apreensão e laudo pericial. O *´periculum in libertatis´* decorre da necessidade de se assegurar a aplicação de eventual sanção penal, bem como para a garantia da ordem pública, considerando-se a reprovabilidade *in concreto* das supostas condutas do agente, ante a apreensão de farta quantidade de entorpecentes de altíssimo potencial lesivo, notadamente, 4 pacotes de erva seca (1000g de MACONHA), encontrada no baú da moto em que conduzia. É despidendo ressaltar que o delito de tráfico e associação são dotados de grande rejeição social, já que deles decorrem graves cenas de violência urbana em razão dos conflitos entre os traficantes para a obtenção e reafirmação da primazia de determinado grupo, bem como em razão dos efeitos nefastos das drogas para a saúde dos usuários. Assim, necessário o resguardo da ordem pública. É de se ressaltar que os fundamentos da prisão cautelar não guardam qualquer similaridade com os fundamentos da prisão por cumprimento de pena. Assim, o novel *´princípio da homogeneidade´* não tem aplicação prática nenhuma. Havendo, como há, risco, aos direitos sociais previstos no artigo 312 do CPP, deverá ser decretada a prisão provisória, independentemente de qualquer pretensão premonitória sobre o resultado de eventual processo, que sequer teve início. Por conta de todo o exposto, por entender que as Medidas Cautelares

previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não se mostram suficientes para garantir a tutela jurisdicional que deverá ser prestada, indefiro o pleito defensivo e converto a prisão em flagrante em preventiva, uma vez que estão presentes os requisitos previstos no art. 312 e 313, inciso I, ambos do Código de Processo Penal. Expeça-se mandado de prisão...” (f. 02/03 – anexo)

Ressalta-se, ainda, decisão proferida, na data de 30/11/2020, pelo Magistrado de piso, na qual manteve a prisão preventiva do paciente, *in verbis*: “No tocante ao requerimento de revogação de prisão preventiva formulado a f. 79/81, sobre o qual o Ministério Público se manifestou desfavoravelmente a f. 93/95, o mesmo há de ser indeferido, já que não houve qualquer modificação na situação fática desde a decisão de f. 53/55, uma vez que o réu não comprovou ter emprego nem residência fixos em nome próprio (a comprovação de residência fixa se dá através de fatura de água, energia elétrica, gás, telefone etc. em nome próprio, não servindo, pois, o documento de f. 83, sendo certo que a comprovação de emprego fixo se dá pela apresentação de contracheque atual ou CTPS assinada e com contrato de trabalho em vigor). De qualquer forma, mesmo se o referido réu tivesse residência e empregos fixos comprovados nos autos, melhor sorte não lhe assistiria, haja vista que persistiria a necessidade de sua custódia cautelar para a garantia da ordem pública e o asseguramento da aplicação da lei penal, não sendo suficientes, pois, as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, conforme já fundamentado quando da decisão de f. 53/55. Assim, mantenho a decisão de f. 53/55 pelos seus próprios fundamentos, indeferindo, pois, o requerimento de revogação da prisão preventiva do acusado Lucas Gomes aa Costa...” (f. 98/99 – autos do processo nº 0209508-80.2020.8.19.0001)

Cabível, averbar-se, por oportuno, que em matéria de decretação e manutenção de custódia segregacional provisória, vige o “princípio da confiança”, nos Juízes próximos das provas e pessoas, em causa, com melhor aferição sobre a necessidade ou não da mesma. Nesta compreensão: STF – RTJ 64/77; RT 554/386-7, JTACRESP 48/174; 42/46 e, ainda, os seguintes arestos, *in litteris*:

“PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS” PRISÃO PREVENTIVA. CRIME DE MOEDA FALSA. MATERIALIDADE DELITIVA. INDÍCIOS DE AUTORIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. JUIZ SINGULAR. PROXIMIDADE DA CAUSA. PRIMARIEDADE. BONS ANTECEDENTES. RESIDÊNCIA FIXA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRISÃO CAUTELAR. COMPATIBILIDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA. ORDEM DENEGADA.

1. Para a decretação de prisão preventiva é necessária a existência da materialidade delitiva, indícios de autoria e de pelo menos um dos fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal

(...)

6. Estando o magistrado singular mais próximo das provas em causa e da reação ao meio ambiente à prática delituosa, mais apto está, portanto, para aferir a necessidade da segregação.

7. Nem sempre as circunstâncias de primariedade, bons antecedentes e residência fixa, são motivos que impedem a decretação da excepcional medida, se presentes os pressupostos para tanto.

8. Presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, não há incompatibilidade entre o princípio da presunção de inocência e o instituto da prisão cautelar. Precedentes do STF e do STJ.”

TRF 1ª Região. Quarta Turma. HC nº 48.732/MA. Relator Des. Fed. MÁRIO CÉSAR RIBEIRO. Julgamento em 18/10/2010. Grifo nosso.

“HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO - LATROCÍNIO CRIME HEDIONDO - INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - POSSIBILIDADE NOS TERMOS DA LEI Nº 8.072/90 - PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES - IRRELEVÂNCIA - PRINCÍPIO DA PROXIMIDADE DO JUÍZ DA CAUSA - INSTRUÇÃO ENCERRADA - SÚMULA Nº 52 DO STJ - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA - DECISÃO UNÂNIME.”

TJPA. HC 200330048930. Relatora Des. WETTE LUCIA PINHEIRO. Julgamento em 06/02/2004.

Frise-se que, na mesma oportunidade, o Juiz a quo recebeu a denúncia, na qual se imputa ao ora paciente a prática do delito previsto no art. 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006, e, designou audiência de instrução e julgamento, para a data de 21/01/2021.

Nesta conjuntura, *ad argumentandum*, encontra-se evidenciada a contemporaneidade na construção cautelar em tela, eis que esta se faz imprescindível não só com o intuito de impedir a reiteração de atos criminosos da mesma estirpe, mas, sobretudo, para acautelar o meio social da ação delituosa em questão, garantindo, outrossim, a credibilidade do Poder Judiciário, pelo afastamento da sensação concreta de inação e impunidade.

Na hipótese, tudo faz transparecer a manifesta periculosidade do ora paciente, a afetar a conveniência da instrução criminal, e revelar o evidente risco de reiteração criminosa.

Com efeito, no sentido de que, o grau de periculosidade pode ser avaliado, com base nas circunstâncias até então apuradas nos autos e, assim, justificar a decretação da cautela prisional preventiva, colaciona-se julgado do STF, *ad colorandum*:

“*Habeas corpus*. Processual Penal. Prisão preventiva. Homicídio duplamente qualificado. Artigo 121, § 2º, incisos I e IV do Código Penal. Impetração dirigida contra decisão em que o Superior Tribunal de Justiça indeferiu medida liminar requerida pelo impetrante. Incidência do enunciado da Súmula nº 691 da Suprema Corte. Comprovação da presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Periculosidade do agente evidenciada pelo *modus operandi* da conduta. Garantia da ordem pública. Idoneidade dos fundamentos justificadores da custódia. Precedentes. Processo extinto. 1. A Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal somente admite mitigação na presença de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não se verifica na hipótese em exame. Precedentes. 2. O ato prisional, embora sucinto, não se mostra eivado de ilegalidade flagrante, estando suficientemente fundamentado em elementos concretos para se reputarem preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, não sendo fortes os argumentos dos impetrantes para afastar a cautelaridade demonstrada naquele título para revogá-lo ou substituí-lo por medidas cautelares (CPP, art. 319), mormente se considerado o apontado *modus operandi* da conduta praticada, o qual torna evidente o elevado grau de periculosidade do paciente para a coletividade. 3. Segundo a remansosa jurisprudência da Corte, “quando da maneira de execução do delito sobressair a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto de prisão a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública” (HC nº 97.688/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro AYRES BRITTO, DJe de 27/11/2009). 4. *Habeas corpus* extinto.”

Primeira Turma. HC nº 122.444/SP. Relator Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento em 21/10/2014.

Ademais, na orientação de que o referido decisum encontra-se em total consonância com a lei, a jurisprudência e doutrina pátrias, não havendo a necessidade de que o mesmo seja extenso, desde que aponte, concretamente, seus fundamentos, traz-se a jurisprudência do S.T.F. e do S.T.J., *ad verbum*:

“...a falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta. Interpretação que se extrai do inciso IX do art. 93 da CF/88” (STF - HC nº 105.349, 2ª Turma - Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe 16/02/2011)

“...1. Existem fundamentos autônomos e suficientes para a manutenção da prisão do Paciente: a garantia da ordem pública em razão da periculosidade (crueldade) evidenciada pelo *modus operandi* e a garantia de aplicação da lei penal devido ao risco concreto de que o Paciente venha a foragir. 2. Apesar de sucinta, a decisão está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos. 3. Ordem denegada.” (STF - HC nº 105.043/SP - 1ª Turma - Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA)

“1. O decreto de prisão preventiva não precisa, necessariamente, ser extenso. Só precisa conter motivação e a fundamentação exigidas pela lei.” (STJ - RHC nº 6.035/SP - 5ª Turma - Rel. Min. EDSON VIDIGAL)”

“A fundamentação de um decreto de prisão preventiva não se afere pela quantidade de palavras utilizadas pelo Juiz. Decreto conciso não significa necessariamente decreto sem fundamentação.” (STJ - RHC nº 5.923/SP - 5ª Turma - Rel. Min. EDSON VIDIGAL)

Especificamente no que tange a medida cautelar da prisão preventiva preleciona Júlio Fabbrini Mirabete, *in expressis*:

“A prisão preventiva só pode ser decretada ‘quando houver’ prova da existência do crime e indício suficiente da autoria’ (art. 312, *in fine*). A

primeira exigência refere-se à materialidade do crime, ou seja, a existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso (laudos de exame de corpo de delito, documentos, prova testemunhal, e etc.). Exigindo-se ‘prova’ da existência do crime, não se justifica a decretação da prisão preventiva diante de mera suspeita ou indícios da ocorrência do ilícito penal. Exige-se ainda para a decretação da prisão preventiva ‘indícios suficientes da autoria’. Contenta-se a lei, agora, com simples indícios (...), elementos probatórios menos robustos que os necessários para a primeira exigência. Não é necessário que sejam indícios concludentes e unívocos, como se exige para a condenação; não é preciso que gerem certeza da autoria. Nesse tema, a suficiência dos indícios de autoria é verificação confiada ao prudente arbítrio do magistrado, não exigindo regras gerais ou padrões específicos que a definam. Como bem afirma Noronha, não há regra apriorística e imutável que diga da suficiência indiciária, pois cada crime tem sua fisionomia própria e é no caso concreto que o magistrado examinará, medirá e passará os elementos que devem autorizar a medida com cautela ou prudente arbítrio, atendendo a que se trata de norma de exceção e que, em princípio, não condiz com o regime de liberdades individuais. Em resumo, é necessário que o juiz apure se há o *fumus boni iuris*, ou seja, a ‘fumaça do bom direito’ que aponte o acusado como autor da infração penal” (in, **Processo Penal** – São Paulo: Atlas, 1991. p. 367/368).

Importa citar-se, também, as lições do processualista Guilherme de Souza Nucci, ex *textus*:

“Prova da existência do crime: é a materialidade, isto é, a certeza de que ocorreu uma infração penal, não se determinando o recolhimento cautelar de uma pessoa, presumidamente inocente, quando há séria dúvida quanto à própria existência do evento típico. Essa prova, no entanto, não precisa ser feita, mormente na fase proba-

tória, de modo definitivo e fundada em laudos periciais. Admite-se que haja a certeza da morte de alguém (no caso do homicídio, por exemplo), porque as testemunhas ouvidas no inquérito assim afirmaram, bem como houve a juntada da certidão de óbito nos autos. O laudo necroscópico posteriormente pode ser juntado. Nessa ótica: TJSP: ‘Induvidosas as ocorrências delituosas, pela própria evidência, não obstante a ausência dos laudos periciais correspondentes (a assertiva não admite contestação, em termos materiais, pelo menos em relação à morte de L.Y.S.), assinala-se que há indícios suficientes de autoria, conclusão a que se chega pelo exame de peças constantes do *writ*’ (HC n.º 126.259-3, São Paulo, 3.ª C., Rel. CARLOS BUENO, 25/02/1992, v.u.).

Indício suficiente de autoria: trata-se da suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal. Não é exigida prova plena da culpa, pois isso é inevitável num juízo meramente cautelar, muito antes do julgamento de mérito. Cuida-se de assegurar que a pessoa mandada ao cárcere, prematuramente, sem a condenação definitiva, apresente boas razões para ser considerada agente do delito. Indício é prova indireta, como se pode ver do disposto no art. 239, permitindo que, através do conhecimento de um fato, o juiz atinja, por indução, o conhecimento de outro de maior amplitude. (...) A lei utiliza a qualificação ‘suficiente’ para demonstrar que não é qualquer indício demonstrador da autoria, mas aquele que se apresenta convincente, sólido.” (in Código de Processo Penal Comentado. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 626).

A jurisprudência tem entendido que, a garantia da ordem pública fundamenta a decretação, manutenção ou o restabelecimento da custódia ergastular, vez que necessária se faz a imposição da medida em hipóteses tais como: para evitar-se que o indiciado pratique novos delitos da mesma natureza ou de natureza diversa; para impedir que em liberdade se imbuia dos mesmos estímulos

a delinquir, se propenso à práticas infracionais; para acautelar o meio social, considerando a gravidade, em concreto, do crime e sua repercussão, ocasionando clamor público, a impactar diretamente nos costumes e tranquilidade sociais; para preservar o prestígio e a credibilidade no Poder Judiciário e das instituições incumbidas de investigar, reprimir e denunciar as infrações penais; a necessidade de se interromper, diminuir ou cercear o avanço de organização criminosa e a atuação de seus integrantes; e etc.

Neste sentido: STF – HC/SP nº 95.024, 1ª T. Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA. Julg. 14/10/2008; RTJ 64/77, 648/347, 653/374. STJ – RHC/RJ nº 48.213, 5ª T. Rel. Min. LAURITA VAZ, Julg. 02/09/2014, RHC/811, 6ª T. Rel. Min. COSTA LEITE; RHC nº 2.463-3, 6ª T., Rel. Min. ADHEMAR MACIEL; RSTJ 73/84, 04/241 e 06/258; RT 693/347, 672/334, 590/451, 652/344, 549/339.

E ainda:

“*HABEAS CORPUS*. Associação para o tráfico com emprego de arma de fogo. Prisão preventiva. Pleito de revogação. Alegação de ausência de fundamentação idônea para a decretação da custódia e de desnecessidade da medida. Presença de indícios suficientes da autoria e materialidade. Evidente a necessidade de manutenção da custódia para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. Circunstâncias pessoais favoráveis que não autorizam, de imediato, a revogação da custódia cautelar, notadamente considerando a gravidade dos fatos em apuração e a legalidade da prisão. Inexistência do constrangimento ilegal alegado na impetração. Denegação da ordem.”

TJRJ. Primeira Câmara Criminal. HC nº 0042333-40.2015.8.19.0000. Relato Des. ANTONIO JAYME BOENTE. Julgamento em 06/10/2015.

A cautela prisional provisória, sua manutenção ou seu restabelecimento, também é cabível, com vias ao asseguramento da aplicação da lei penal, ou seja, da execução da pena a ser imposta ao indiciado: a fim de evitar seu desaparecimento, para subtrair-se aos efeitos de eventual condenação, em não residindo no distrito da culpa; não comprovação (por documento em nome próprio) de endereço de residência/domicílio; não possuir endereço conhecido conforme certificado nos autos; ter se recusado ao comparecimento a atos processuais, sem justificativa; a fuga para não atender ao chamado judicial, dificultando e/ou retardando o andamento do processo, e etc.

Nesta compreensão: STF – RT 497/403, 664/336; RSTJ – 73/84; RT 553/348, 598/359.

Frise-se, outrossim, que, além de equiparado a crime hediondo, a prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006), imputado ao paciente apresenta pena de reclusão máxima cominada, em abstrato, superior a 04 (quatro) anos, estando presentes, ainda, os requisitos genéricos das medidas cautelares, previstos nos incisos I e II do artigo 282 do CPP (sendo um deles evitar a prática de infrações penais), aliados à gravidade, em concreto, do crime e as circunstâncias dos fatos, somados a alguns dos pressupostos específicos insertos no artigo 312 do mesmo diploma legal, o que autoriza a decretação e manutenção da custódia cautelar, conforme preceituam os já citados dispositivos legais, além do art. 313, I, também do CPP.

À toda evidência, infere-se, dos elementos dos autos que, presentes estão os requisitos genéricos consubstanciados no binômio necessidade-adequação, estabelecidos nos incisos I e II do artigo 282 do CPP, assim como alguns dos específicos elencados pelo artigo 312 do mesmo diploma legal.

Esclareça-se, por importante, que conforme a orientação dos Tribunais Superiores, a comprovação, isolada, sobre a presença de algumas

das condições pessoais favoráveis ao paciente não representa, de per si, a garantia necessária e suficiente para a supressão da cautela restritiva, devendo a mesma ser analisada junto ao contexto fático carreado à ação constitucional, sendo que no caso vertente não se mostra recomendada a soltura, configurando-se insuficientes e ineficazes à espécie, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP.

Na mesma esteira, temos o entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Colenda 8ª Câmara Criminal, *ad colorandum*:

“(...) 5. Condições pessoais, como primariedade, bons antecedentes e residência fixa não impedem a prisão cautelar quando presentes seus pressupostos e requisitos.”

STF – HC nº 108.314/MA. Primeira Turma. Relator Min. LUIZ FUX. Julgamento em 13/09/2011.

“E M E N T A HABEAS-CORPUS. - DELITO PREVISTO NO ARTIGO 157, § 2º, Nº I E II, DO CÓDIGO PENAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. - INOCORRÊNCIA. - As alegadas condições pessoais favoráveis, como bons antecedentes, primariedade e residência fixa, que sequer foram efetivamente comprovadas, não são suficientes para a concessão de liberdade provisória, quando estão presentes outros elementos autorizadores da segregação do agente. - O fato é de natureza grave e daqueles praticados em concurso de pessoas com emprego de arma de fogo, tendo o juiz monocrático ressaltado na decisão atacada a existência de indícios fortes de autoria e materialidade, sobretudo pelo Auto de Reconhecimento de Pessoa feito na Delegacia e, ainda, pela incerteza dos parapeiros fixos dos acusados. - De se frisar que constatei através da consulta processual

na intranet que a prestação jurisdicional já se avizinha, na medida em que a Audiência de Instrução e Julgamento foi designada para o próximo dia 30/08/2011, quando serão ouvidas as testemunhas e interrogados os réus, motivo pelo qual a soltura do paciente, nesse momento, se mostra prematura. - Inexistência de constrangimento ilegal. - Ordem denegada.”

Habeas Corpus nº 0030377-66.2011.8.19.0000. Relator Des. VALMIR RIBEIRO. Julgamento em 10/08/2011. Decisão unânime.

Seguindo o mesmo posicionamento tem-se ainda: STF - HC nº 98.157/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE. 2ª Turma, DJ de 25/10/2010; HC nº 98.754/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ de 11/12/2009; HC nº 99.936/CE, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ de 11/12/2009; HC nº 84.341, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ 04/03/2005; Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 121/601; cf. tb. HC nº 79.857/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO; RTJ 99/651, 133/280, 138/216, 142/855, 148/878, 142/855, 142/878, 148/429; RT 649/275, 662/347.

Destarte, reputam-se presentes, na hipótese dos autos, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, sendo certo que, a manutenção da custódia preventiva se faz necessária no caso concreto, eis que observados os termos da legislação vigente, evidenciando-se a imprescindibilidade da medida restritiva, inexistindo, assim, qualquer ilegalidade no *decisum* vergastado, a ensejar ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de não culpabilidade, não se confundido a referida cautela prisional com antecipação de pena, consoante pacífico entendimento de nossos Tribunais Superiores.

Neste entendimento, colaciona-se o aresto do STJ, *in verbis*:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, COM O EN-

VOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NULIDADE DO FLAGRANTE E DAS PROVAS DAÍ DECORRENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO PARA APRECIÇÃO DA APELAÇÃO. INEVIDÊNCIA DE CONTRANGIMENTO ILEGAL.

1. É inviável ao Superior Tribunal de Justiça cuidar de tema que não foi objeto de decisão na Corte estadual, uma vez que, ali, o *writ* nem sequer foi suficientemente instruído.

2. Não há falar em excesso de prazo para processamento e julgamento da apelação criminal, pois não é evidente que a eventual demora tenha decorrido da desídia do aparelho estatal e que o atraso extrapole os limites da razoabilidade, considerando inclusive a pena imposta ao paciente.

3. A prisão preventiva não possui o condão de antecipar os eventuais efeitos advindos de uma condenação definitiva, mas de afastar o agente do convívio social quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Também não representa desrespeito à garantia constitucional da presunção de inocência, o que só ocorreria na hipótese de ausência daqueles pressupostos.

4. A gravidade abstrata do delito é elemento incapaz de justificar a prisão preventiva, mas o histórico criminal do agente, a revelar fundado receio de reiteração delitiva, autoriza, por si só, o decreto de prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal (HC n° 302.029/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 05/02/2015).

5. *Habeas corpus* em parte conhecido e, nessa parte, denegado.”

Sexta Turma. HC n° 329.221/SC. Relator Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. DJe 15/10/2015.

Por fim, nos autos do *habeas corpus* n° 0073813-60.2020.8.19.0000, entre outros argumentos já devidamente enfrentados, a impetrante menciona o cabimento do disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal (acordo de não persecução penal), também, com vistas a demonstrar suposta desproporcionalidade entre a custódia cautelar, e, eventual pena a ser aplicada ao paciente nomeado, na entrega da prestação jurisdicional.

Acerca do tema, à toda evidência, é importante mencionar que, o citado instituto jurídico do “acordo de não persecução penal” veio disciplinado pelo novel art. 28-A, *caput* e §§, do Estatuto Processual Penal, o qual foi incluído pela Lei n° 13.964, de 24/12/2019, mais conhecida como “Pacote Anticrime”, cujo teor textual ora se transcreve na integralidade, *ad litteram*:

“Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46

do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado

e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de

certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”.

Conceituando este novo instrumento de justiça consensual da esfera penal, preleciona Renato Brasileiro de Lima: “Na sistemática adotada pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente – pelo menos em regra, pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, inciso XVII, incluído pela Lei nº 13.964/19) –, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do *Parquet* de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.

Como se pode notar, há um reconhecimento da viabilidade acusatória, já que o investigado se vê obrigado a confessar circunstanciadamente a prática do delito. Nesse aspecto, o acordo diferencia-se de outros institutos de Justiça negociada existentes no nosso ordenamento jurídico, como, por exemplo, a transação penal e a suspensão condicional do processo, que não exigem a confissão. No entanto, à semelhança destes, a aceitação e cumprimento do acordo não causam

reflexos na culpabilidade do investigado. Prova disso, aliás, é o teor do art. 28-A, § 12, do CPP, segundo o qual a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para o fim de impedir a celebração de novo acordo dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Vários são os fatores que justificaram a sua criação, originariamente pela Resolução nº 181 do CNMP, e, posteriormente, pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19): a) exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves; b) priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; c) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.

Como espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o acordo de não-persecução penal guarda relação muito próxima com o princípio da oportunidade, que deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que, em tese, permite que o Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição. Enfim, representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal um pouco mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves” (*in Manual de processo penal: volume único*. – 8ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 274/275).

Na esteira dessa compreensão, pontifica ROGÉRIO SANCHES CUNHA: “Tomado pelo espírito de justiça consensual, compreende-se o

acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.

É evidente que os instrumentos negociais, há tempos presentes no processo cível, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes político-econômicos, porque abreviam o tempo para a solução do conflito, e atendem um prático cálculo de utilidade social. O consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no seu cumprimento integral.

O processo penal carecia de um instrumento como o ANPP. Inegavelmente, o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento” (*in Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. – 1ª ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 127/128*).

À toda evidência, o novel instituto do “acordo de não persecução penal”, como se extrai das normas retro trasladadas, exige para sua incidência o cumprimento, pelo indiciado (ainda não denunciado e não rerratificado o recebimento da denúncia nos termos do art. 399 do CPP), de vários requisitos, tanto de natureza objetiva, como subjetiva.

Como acima mencionado, o ora paciente foi denunciado e rerratificado o recebimento da

denúncia pelo magistrado singular, pela prática do delito inserto no art. 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006, cuja pena mínima, em abstrato, estabelecida pelo legislador é de 05 (cinco) anos de reclusão e a máxima de 15 (quinze) anos, além de pena pecuniária de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, o que afasta a possibilidade de incidência do art. 28-A do Código de Processo Penal, o qual só contempla as infrações penais, praticadas sem violência ou grave ameaça, cujas penas mínimas, em abstrato, forem inferiores a 04 (quatro) anos.

Destarte, no caso em apreço, inviável a oferta pelo membro do *Parquet*, do negócio jurídico de natureza pré-processual, denominado de “acordo de não persecução penal”, hospedado no art. 28-A do Código de Processo Penal, ante o não preenchimento de um dos requisitos de natureza objetiva (pena mínima cominada ao crime imputado, em abstrato, inferior a 04 (quatro) anos).

Desta forma, não se constatando o alegado constrangimento ilegal, ao qual estaria submetido o paciente, Lucas Gomes da Costa, por quaisquer dos motivos aventados, vota-se pelo conhecimento de ambos os *writs* (0072489-35.2020.8.19.0000 e 0073813-60.2020.8.19.0000) e (0073813-60.2020.8.19.0000), com a denegação da ordem, nos mesmos pleiteadas.

RIO DE JANEIRO, 09 DE DEZEMBRO DE 2020.
DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR
RELATORA

RECLAMAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. NÃO OFERECIMENTO. CONDUTA CRIMINOSA HABITUAL E REITERADA. CIÊNCIA AO PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA. INTIMAÇÃO DO INVESTIGADO. REEXAME DA DECISÃO. FACULDADE.

RECLAMAÇÃO. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE. REJEIÇÃO. MÉRITO. ACORDO DE

NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). RECUSA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CIÊNCIA DO INTERESSADO VISANDO EVENTUAL MANIFESTAÇÃO DA INSTÂNCIA REVISORA (PROCURADOR GERAL DA JUSTIÇA).

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 foi inserido na legislação o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e o motivo da recusa pelo Ministério Público de 1º grau - conduta criminosa habitual e reiterada - demanda a ciência do investigado. Inteligência do artigo 6º. Resolução Conjunta GPGJ/CGMP nº 20, de 23 de janeiro de 2020, com eventual manifestação da instância revisora, que é o Procurador Geral de Justiça, se instado pelo interessado.

RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial nº 0086033-90.2020.8.19.0000 em que são Reclamante Ministério Público e Reclamado o Juiz de Direito da 37ª Vara Criminal da Capital,

Acordam os Desembargadores que compõem a Egrégia Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e julgar improcedente a reclamação, na forma do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Reclamação Constitucional interposta em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 37ª Vara Criminal da Capital, sustentando o Ministério Público que deveria ser recebida, ou rejeitada a denúncia, e não determinada a oferta de acordo de não persecução penal (*decisum* de f. 66 - item 000066 do Anexo 1).

Irresignado, o *Parquet* interpôs esta Reclamação/Correição Parcial (f. 02-09 - item

000002), nos seguintes termos: 1) trata-se de exordial acusatória, pautada nos elementos informativos trazidos aos autos no bojo do inquérito policial 014-02270/2020, na qual se imputa a Gilberto Turino a prática do delito previsto no artigo 155, caput, do Código Penal; 2) ao invés de receber ou rejeitar a denúncia, o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito Titular com assento perante à 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital devolveu os autos ao Ministério Público para fins de acordo de não persecução penal; 3) os requisitos para propositura do ANPP são trazidos no *caput* do artigo 28-A: I) confissão formal e circunstancial; II) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 04 anos; III) que a medida seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; 4) o legislador conferiu discricionariedade ao Ministério Público que poderá, fundamentadamente, negar/recusar a propositura de acordo de não persecução penal por falta do requisito subjetivo da suficiência e da necessidade para repressão e prevenção do crime e 5) conforme exordial acusatória constante no index. 03, verificou-se que há nos autos elementos probatórios que indicam que o denunciado possui conduta criminal habitual e reiterada, de acordo com Portal da Segurança do Estado do Rio de Janeiro acostado aos autos a f. 11/12, hipótese de inaplicabilidade do ANPP, nos termos do § 2º do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Postula, então, o prosseguimento do feito com a prolação de decisão de recebimento ou rejeição da exordial acusatória, para permitir o correto entendimento às partes e para que o ato possa ser enfrentado por recurso próprio.

Informações prestadas pelo Magistrado a quo, a f. 19-29 - item 000018 e f. 31-40 - item 000031, informando, em síntese: I) preliminarmente, a declaração de inconstitu-

cionalidade da via recursal ora utilizada; II) no mérito, a Assessoria Criminal da Procuradoria Geral de Justiça em caso similar determinou o cumprimento da Resolução oriunda do próprio Ministério Público; III) a Resolução Conjunta GPCJ/CGMP 20/2020 suprimiu lacuna legal, conferindo plenitude ao artigo 28-A do Código de Processo Penal; IV) o despacho, limitou-se, de um lado, procurar conferir plena valia ao § 14º do artigo 28-A do Código de Processo Penal e, de outro lado, a exigir o cumprimento do órgão do Ministério Público de Resolução da própria Instituição que, de forma alguma, pode ser inquinada como ilegal ou inconstitucional.

A Procuradoria de Justiça a f. 45-51 - item 000045, assim, se manifestou: 1) o prosseguimento do trâmite processual deve ser retomado, tendo em vista que a denúncia já foi oferecida e 2) pelo provimento.

É o relatório.

VOTO

A presente reclamação será conhecida, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade, e improcedente.

Veja-se:

Ab initio, passo ao exame da Preliminar de Inconstitucionalidade sustentada pelo Magistrado de 1º grau nas informações de f. 19-29 - item 000018 e f. 31-40 - item 000031 sob o fundamento de que: (...)

Como se vê, a flagrante inconstitucionalidade da Reclamação (ou Correição Parcial) deriva da impossibilidade da criação de instrumento recursal senão pela via de lei no sentido formal e material, observando-se, ademais, o rol das competências legislativas dispostas na Constituição Federal, o que por óbvio não foi observado pelos artigos 210 a 215 do Regimento Interno do TJRJ e pelos artigos 219 a 225 do CODJERJ (caso se entenda que tais dispositivos não foram revogados pela Lei Estadual 6956/2015), em relação aos quais se impõe, preliminarmente, a declaração de inconstitucionalidade.

(...).

Pois bem. A correição é uma espécie de recurso conhecido muitas vezes como reclamação. Somente pode ser utilizado para suprir a falta de outros recursos que não possuírem previsão legal (art. 6º, I, Lei nº 5.010/1966). É recurso de espécie administrativo-judiciário com previsão

nos regimentos internos dos tribunais inferiores. Tem sua aplicabilidade no intuito de corrigir erros de procedimentos do juiz de primeira instância e pode ser interposto por ambas as partes.¹ E o artigo 211 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro estabelece que: Art. 211 - A reclamação será manifestada perante o Vice-Presidente do Tribunal, no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data da publicação do despacho que indeferir o pedido de reconsideração da decisão reclamada. Parágrafo único - É, também, de 05 (cinco) dias, contados da publicação do despacho ou da ciência, o prazo para o pedido de reconsideração, que deve, obrigatoriamente, anteceder a reclamação, como, aqui, ocorreu.

Bom acrescentar que a Reclamação/Correição Parcial positivada nos artigos 219² do Código de Organização e Divisão Judiciária e 210³ do Regimento Interno ambas legislações do Estado do Rio de Janeiro não se confunde com recurso, razão pela qual inexistente invasão da competência privativa da União, nos termos do artigo 22, I⁴, da Constituição Federal de 1988, como bem decidiu o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.212:

Ementa. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E

- 1 <http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/correicao-parcial-recurso-penal-2246835.html>
- 2 Art. 219 - São suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte ou de órgão do Ministério Público, as omissões do juiz e os despachos irrecorríveis por ele proferidos, que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder.
- 3 Art. 210- São suscetíveis de correição, mediante reclamação da parte ou do Órgão do Ministério Público, as omissões dos Juízes e os despachos irrecorríveis por eles proferidos que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder (CODJERJ, art. 219).
- 4 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA. 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.⁵

Assim, forçoso concluir não ser a hipótese de aplicação do princípio da Reserva do Plenário, com base nos mesmos fundamentos esposados no seguinte aresto: (...) PRELIMINAR suscitada pelo Reclamado, arguindo a inconstitucionalidade incidental da

5 BRASIL. STF. ADI 2212. Tribunal Pleno. Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 02/10/2003. Publicação: 14/11/2003.

via utilizada, por vício formal e material dos arts. 210 a 215 do RITJRJ e 219 a 225 do CODJERJ. REJEIÇÃO. Pacífico o entendimento que a Reclamação/Correição Parcial (artigos. 219 do CODJERJ a art. 210 do RITJRJ), não se confunde com recurso processual, ao largo da competência privativa da União (art. 22, I da CF). (...)⁶

Rejeitado a preliminar e passo ao exame do mérito:

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 - Pacote Anticrime - foi inserido na legislação o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), na forma do artigo 28-A do Código de Processo Penal, que, assim, estabelece:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado

6 BRASIL. TJRJ. CORREIÇÃO PARCIAL. Processo 0009808-29.2020.8.19.0000. Des(a). JOSÉ ROBERTO LAGRANHA TÁVORA. Sétima Câmara Criminal. Julgamento: 30/07/2020.

pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração,

em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para

a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

De acordo com a doutrina, orienta-se o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) pelos princípios da oportunidade e da intervenção mínima

com mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública quando preenchidos os requisitos do *caput* do referido dispositivo legal - confissão formal e circunstancialmente; prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos - , observadas as exceções elencadas no § 2º: I) cabimento de transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; II) reincidência ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo e IV) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Buscou, assim, o legislador infraconstitucional obstar a deflagração da ação penal, assegurando celeridade na prestação jurisdicional com a redução de recursos na justiça criminal e uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento, porquanto a finalidade precípua do Poder Judiciário é promover a pacificação social, devendo o Direito impor as diretrizes morais da sociedade e o Direito Penal punir um fato quando, estritamente, necessário, ou seja: quando se revelar a conduta típica fonte de desequilíbrio da paz social.

Conceitua-se como um instrumento negocial e consensual que compreende um ajuste obrigacional entabulado entre o Ministério Público e o investigado, com posterior homologação pelo Poder Judiciário, no qual o autor do fato pode optar por aceitar as condições estabelecidas pelo *Parquet* que, por sua vez, não dará início à eventual ação penal. E cumprido, integralmente, o pactuado entre as partes, será declarada extinta a punibilidade, conservada sua primariedade e sem

Nº. 3 - PROCESSO DE ORIGEM.

Nº. 3 - PROCESSO DE ORIGEM.

2 - Estado da Constituição Federal		CPF nº: 000000000000000000	
Nome:	000000000000000000	CPF:	000000000000000000
Tipo:	000000000000000000	Estado:	000000000000000000
Assunto:	000000000000000000		
Motivo:	000000000000000000		
3 - Estado			
Nome do Estado:	000000000000000000		
UF:	000000000000000000		
4 - Estado Judicial			
Juiz/Relator:	000000000000000000		
Comarca:	000000000000000000		
Município do Processo em Instância:	000000000000000000		
Estado de Origem:	000000000000000000		
Estado:	000000000000000000		

E a Resolução Conjunta GPGJ/CGMP nº 20, de 23 de janeiro de 2020, dispõe sobre as condições SUBJETIVAS em seu artigo 3º: I - não ser o investigado reincidente ou não existir contra ele elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; II - não ter sido o agente beneficiado, nos 5 (cinco) anos anteriores à prática do crime, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.

No caso, a recusa do Ministério Público em atuação no Primeiro Grau de Jurisdição consistente na - conduta criminosa habitual e reiterada - exige que se dê ciência ao Procurador Geral de Justiça, a fim de que possa firmar sua decisão, inclusive, diante do decurso de mais de cinco anos entre o trânsito em julgado da condenação anterior (16/03/2012) e a prática do novo delito (20/03/2020), com bem destacado pelo Julgador de 1º grau nas informações de f. 19-29 - item 000018 e f. 31-40 - item 000031: (...)

Vale salientar que a citada Resolução Conjunta GPGJ/CGMP 20/2020 vem legitimamente suprir lacuna legal, conforme preleto no que dispõe o artigo 28-A do Código de Processo Penal, em seu parágrafo 1º, que assim estatui: "No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código".

Ora, para "requerer a remessa dos autos a órgão superior" do Ministério Público, como determina a letra da lei, é necessário que o investigado seja notificado acerca da recusa, caso contrário, por óbvio, não terá como fazê-lo e o referido parágrafo restará como letra morta no Código de Processo Penal - daí a legitimidade da Resolução do Ministério Público, ao tratar de questão meramente procedimental.

Por outro lado, como se trata de acordo de não persecução penal, também parece óbvio (e não por outro motivo o parágrafo supra transcrito fala em "investigado", não em acusado, ou denunciado, ou réu...) que a recusa deverá restar dirimida ainda na fase de inquirito, não sendo viável o recebimento da denúncia acodadamente ofertada (como pretende o Reclamante) para, só após a citação do indiciado (já então propriamente acusado), este, já em curso a persecução penal vá requerer o reexame da recusa de acordo de... não persecução penal.

Afirma o reclamante que estaria este Juízo a inovar e tumultuar o andamento do feito gerando inversão da ordem adequada ao trâmite processual. Contudo, à toda evidência, quem o faz é o órgão acusatório ao, primeiramente, recusar-se a cumprir Resolução do próprio Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e, em segundo lugar, pretender ofertar denúncia quando ainda não exaurida questão que, por natureza, antecede a oferta da própria denúncia!

(...)

Uma coisa são questões de ordem exclusivamente objetiva: por exemplo: se deixa o Ministério Público de ofertar proposta de acordo de não persecução penal por conta de ultrapassar o crime imputado na denúncia o limite igual ou superior a quatro anos de pena máxima, não há que se exigir do órgão acusatório que notifique o indiciado pois, na hipótese, verdadeiramente não houve recusa mas simples inaplicabilidade do benefício legal.

Outra coisa é quando a recusa (e não simples inaplicabilidade ou descabimento objetivo da oferta de acordo) advém de fato de ordem subjetiva, por mínima que seja como demonstrado no brilhante Parecer; por exemplo: quando, a critério do membro do Parquet, este entenda, como in casu, que "o denunciado possui CONDUTA CRIMINOSA HABITUAL E REITERADA" (leia e cota alta no original), questão em que cabível profunda subjetividade já que o que pode parecer conduta criminosa habitual e reiterada para uns (v.g., vários inquiritos em nome do investigado), para outros (como é o caso deste magistrado) pode não ser, logo, de todo cabível eventual pretensão de reexame da recusa, logo, exigível a prévia notificação do investigado para ciência aguardando-se o prazo estipulado em lei para o pedido de reexame.

(...)

(...)

Tal encontra conforto na lição de ROGÉRIO SANCHES CUNHA: (...) O critério de aferição da conveniência do oferecer a proposta de acordo, com vistas à prevenção e repressão do delito, é tarefa do Ministério Público, no exercício de sua Anklagemonopol (art. 129, I, da CF), isto é, de seu monopólio da ação penal pública (ROXIN, Claus; SCHUNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 27ª ed. Munchen: Beck, 2012, p. 75). No sistema acusatório, entende-se que não pode o juiz emitir decisão a respeito de tal conveniência, razão pela qual, em caso de divergência de opinião com o órgão ministerial deve encaminhar o caso ao órgão revisional do próprio Ministério Público. Esse entendimento nem é propriamente novo, visto ser de há muito tempo seguido nos casos de suspensão condicional do processo e transação penal. Nesse sentido, o enunciado da Súmula nº 696 do E. Supremo Tribunal Federal ("Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal").⁷

Assim, ao revés do sustentado pela Procuradoria de Justiça em seu parecer, cabível a intimação do investigado (artigo 6º da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP 20/2020), pois do contrário o autor do fato não poderá exercer a faculdade de, eventualmente, requerer a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, com vistas ao reexame da decisão.

DISPOSITIVO

Voto, assim, no sentido de conhecer e julgar improcedente a reclamação.

RIO DE JANEIRO, 04 DE MARÇO DE 2021.
DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES
RELATORA

⁷ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime, 2ª edição, 2021, Editora JusPodivm, p. 138.

TRÁFICO DE DROGAS. ACERVO PROBATÓRIO. CONFISSÃO DO RECORRENTE. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO. AUSÊNCIA. PENA MÍNIMA DO DELITO É DE 05 ANOS.

APELAÇÃO. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.343/06. RECURSO DEFENSIVO QUE REQUER O RECONHECIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006, E REMESSA DOS AUTOS AO MP PARA OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. A prova é indubitável no sentido de que policiais civis receberam informação do setor de inteligência de que uma carga de entorpecentes seria transportada do bairro Lins de Vasconcelos, no Rio de Janeiro, em um táxi até a cidade de Macaé. Diante disso, os agentes se dirigiram à Rodovia Governador Mário Covas, no sentido Macaé e, já na altura do município de Itaboraí, avistaram um táxi de cor amarela, com características condizentes com as do automóvel da denúncia, motivo pelo qual deram ordem de parada. O táxi parou e na condução dele estava o apelante, demonstrando nervosismo. Feita a revista pessoal, foram encontrados 20 tabletes de maconha, pesando 11 quilogramas, e 104 pinos de cocaína, totalizando 41,6 gramas, dentro do veículo, o que ensejou a prisão em flagrante do seu condutor. O acervo probatório, consubstanciado nos depoimentos dos policiais e da própria confissão do recorrente, comprova de maneira indubitável o cometimento do crime tráfico de drogas por ele perpetrado. O pleito defensivo de reconhecimento do tráfico privilegiado não merece acolhida. Ao ser interrogado, o apelante disse que uma pessoa de nome Jorge entregou-lhe as drogas para que fossem levadas a Macaé, alegando que o teria conhecido num bar. Com efeito, não é crível que o recorrente saísse de sua casa e fosse ao encontro de um indivíduo que ele alega mal conhecer e que este casualmente o peça para transportar drogas para outra cidade.

Certamente já havia entre eles um envolvimento mais profissional e habitual relacionado à atividade ilícita de tráfico de drogas, tratando-se de um transportador contumaz, até mesmo levando-se em consideração a diversidade e a natureza das drogas transportadas, dentre elas a cocaína, que não seria confiada a um neófito. Frise-se que o afastamento do tráfico privilegiado não se dá em face da quantidade de drogas, circunstância já considerada para exasperar a pena-base, mas sim em análise das circunstâncias em que se deram os fatos aliadas à natureza e diversidade de material entorpecente encontrado em poder do apelante. Desse modo, restando demonstrada a dedicação a atividades ilícitas, não é possível a concessão da benesse. Por fim, não há que se falar em possibilidade de proposta de Acordo de Não Persecução Penal, notadamente porque a pena mínima do delito de tráfico de drogas é de 05 anos. Portanto, inexistente pelo menos um dos requisitos previstos no art. 28-A do CPP a obstar o pleito defensivo. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0327242-86.2019.8.19.0001 em que é Apelante: Antônio Carlos Motta de Carvalho e Apelado: o Ministério Público,

Acordam os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Apelação interposta por Antônio Carlos Motta de Carvalho em face da sentença que o condenou como incurso no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, às penas de 05 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 500 DM, no mínimo legal.

A defesa, em suas razões, requer o reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, e remessa dos autos ao MP para oferecimento do acordo de não persecução penal.

O Ministério Público contra-arrazoou o apelo, pugnando pelo seu desprovimento.

Parecer da ilustrada Procuradoria de Justiça devidamente encartado nos autos.

Eis o relatório.

VOTO

Analisado o conteúdo dos autos e da sentença, pode-se afirmar que não assiste razão à defesa em sua pretensão reformista do julgado.

A prova é indubidosa no sentido de que policiais civis receberam informação do setor de inteligência de que uma carga de entorpecentes seria transportada do bairro Lins de Vasconcelos, no Rio de Janeiro, em um táxi até a cidade de Macaé.

Diante disso, os agentes se dirigiram à Rodovia Governador Mário Covas, no sentido Macaé e, já na altura do município de Itaboraí, avistaram um táxi de cor amarela, com características condizentes com as do automóvel da denúncia, motivo pelo qual deram ordem de parada.

O táxi parou e na condução dele estava o apelante, demonstrando nervosismo. Feita a revista pessoal, foram encontrados 20 tabletes de maconha, pesando 11 quilogramas, e 104 pinos de cocaína, totalizando 41,6 gramas, dentro do veículo, o que ensejou a prisão em flagrante do seu condutor.

Posteriormente, a proprietária do automóvel foi chamada para prestar depoimento policial, ocasião em que ela disse que havia adquirido o automóvel com a intenção específica de locá-lo para terceiros e que havia o alugado para o recorrente em abril de 2019.

O acervo probatório, consubstanciado nos depoimentos dos policiais e da própria confissão do recorrente, comprova de maneira indubitável

o cometimento do crime tráfico de drogas por ele perpetrado. Vejamos:

Policia Civil Bruno Gomes de Abreu: que participou da diligência que culminou com a prisão do acusado; que a informação veio do setor de inteligência da polícia, que acionou a sua equipe; que a informação era que um táxi amarelo Spin sairia do Rio em direção a Macaé com droga; que como há poucos táxis amarelos em Niterói e São Gonçalo, resolveram fazer a abordagem naquela área; que realizaram a abordagem e encontraram os tabletes de maconha e a cocaína; que o material entorpecente estava num saco preto na mala do carro; que no veículo só estava o motorista; que não se recorda o que o motorista disse no momento; que não o conhecia anteriormente; que não participou da investigação; que a informação era que o réu sairia do Lins; que preferiram fazer a abordagem em Itaboraí, pois lá havia poucos táxis amarelos.

Policia Civil Bruno Oliveira da Mota: que participou da prisão do acusado; que receberam informação do setor de inteligência de que sairia um táxi amarelo Spin do Lins de Vasconcelos em direção a Macaé; que decidiram posicionar a viatura em Itaboraí, porque naquela região os táxis são brancos e facilitaria a identificação; que conseguiram abordar o veículo e as drogas estavam na mala; que a droga estava num saco preto; que o réu estava sozinho; que ele estava nervoso...

Interrogatório: Que parou num bar próximo a sua casa, onde ficam outros taxistas e alguns motoristas de aplicativo; que quando estava chegando em casa, um indivíduo ligou para ele, dizendo que estava no Méier e que tinha “uma coisa boa” para ele; que foi até o indivíduo e este lhe pediu para que levasse uma carga de drogas para Macaé; que ele disse que não levaria; que o rapaz então lhe disse

que teria que levar, pois o carro que levava a droga para Macaé estava quebrado; que ficou apavorado e disse “a polícia vai me prender”; o rapaz então disse que isso não iria acontecer porque estava chovendo e ele o iria guiando, e que quando chegasse ao local que a droga seria entregue, ele avisaria; que o rapaz pagaria R\$ 1.000,00 a ele e lhe daria mais R\$ 200,00 para abastecer; que sabia que transportaria droga; que era taxista auxiliar e o carro era de uma outra pessoa; que o rapaz que pediu para que ele levasse a droga se chamava Jorge; que o tinha encontrado umas duas vezes no bar e ele não era seu amigo; que ele sabia onde o interrogando morava, mas não era seu amigo; que o rapaz disse que sabia que o filho do interrogando pegava o metrô em Inhaúma, mas que não aconteceria nada com ele; que então pegou a droga para levar; que foi abordado em Itaboraí; que a droga estava na mala do carro dentro de uma bolsa preta; que não sabia exatamente quanto de droga transportava, mas fazia uma ideia; que só sabe dizer que o rapaz que pediu para que ele fizesse o transporte da droga se chamava Jorge e que o conhecia do bar.

Com a condenação se conformou a própria defesa, pugnando tão somente por soluções que possam amenizar, de algum modo, a situação do recorrente.

O pleito defensivo de reconhecimento do tráfico privilegiado não merece acolhida.

É de curial saber que a referida benesse legal somente deve ser aplicada se o agente preencher todos os requisitos previstos em lei, por serem cumulativos, quais sejam: agente primário, com bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

A ausência de qualquer um desses requisitos impede a aplicação da aludida causa especial de diminuição da pena.

In casu, embora o recorrente seja primário e de bons antecedentes, restou comprovada sua dedicação às atividades criminosas do tráfico.

Ao ser interrogado, o apelante disse que uma pessoa de nome Jorge entregou-lhe as drogas para que fossem levadas a Macaé, alegando que o teria conhecido num bar.

Com efeito, não é crível que o recorrente saísse de sua casa e fosse ao encontro de um indivíduo que ele alega mal conhecer e que este casualmente o peça para transportar drogas para outra cidade.

Certamente já havia entre eles um envolvimento mais profissional e habitual relacionado à atividade ilícita de tráfico de drogas, até mesmo levando-se em consideração a diversidade e a natureza das drogas transportadas, dentre elas a cocaína, que não seriam confiadas a um neófito.

A corroborar tal entendimento, vejamos o seguinte julgado do STJ:

“...esta Corte tem entendido que a atuação como transportador de droga, aliada à presença de elementos que demonstram, concretamente, a vinculação com organização criminosa, é fundamento idôneo para afastar a redução aqui pleiteada (AgRg no AREsp nº 736.510SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 10052017)” (AgRg no HC nº 241.072/SP, DJe 18/08/2017) “esta Corte tem entendido que a atuação como transportador de droga, aliada à presença de elementos que demonstram, concretamente, a vinculação com organização criminosa, é fundamento idôneo para afastar a redução aqui pleiteada.” (AgRg no AREsp nº 736.510SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 10052017)” (AgRg no HC nº 241.072/SP, DJe 18/08/2017)

Frise-se que o afastamento do tráfico privilegiado não se dá em face da quantidade de

drogas, circunstância já considerada para exasperar a pena-base, mas sim em análise das circunstâncias em que se deram os fatos aliadas à natureza e diversidade de material entorpecente encontrado em poder do apelante.

O mesmo entendimento também se extrai nos ensinamentos de CLEBER MASSON e VINÍCIUS MARÇAL:

(...) não há falar em *bis in idem* na hipótese em que a pena-base é aumentada com fundamento na quantidade de droga e a causa de diminuição de pena prevista deixa de ser aplicada em razão da diversidade, natureza e quantidade da droga apreendida, aliadas às circunstâncias do caso que evidenciam o envolvimento do réu com a narcotraficância. (MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. E-book, p. 162-163)

Desse modo, restando demonstrada a dedicação a atividades ilícitas, não é possível a concessão da benesse.

Por fim, não há que se falar em possibilidade de proposta de Acordo de Não Persecução Penal, notadamente porque a pena mínima do delito de tráfico de drogas é de 05 anos.

Portanto, diante da ausência de pelo menos um dos requisitos previstos no art. 28-A do CPP, não há como acolher o pleito defensivo.

Em razão do exposto, o voto é no sentido de negar provimento ao recurso defensivo.

RIO DE JANEIRO, 09 DE DEZEMBRO DE 2020.
DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
RELATOR

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. EFEITOS DANOSOS AO MEIO AMBIENTE. MUNICÍPIO. DEVER DE FISCALIZAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DANO MORAL COLETIVO. RESTABELECIMENTO DO MEIO AMBIENTE LOCAL.

APELAÇÃO CÍVEL.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR EM VARGEM GRANDE. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DEDUZIDOS NA INICIAL, CONDENANDO O ENTE MUNICIPAL A DESFAZER O LOTEAMENTO IRREGULAR, NO PRAZO DE 12 MESES, RESPEITADA CONDICIONANTE DE INTERVENÇÃO URBANÍSTICA; E A RECUPERAR A ÁREA DEGRADADA AMBIENTALMENTE, EM IGUAL PRAZO, EM AMBOS OS CASOS, SOB PENA DE MULTA; ALÉM DE DANOS MORAIS COLETIVOS DE R\$ 50.000,00 A SEREM DEPOSITADOS EM FAVOR DO FECAM - FUNDO ESTADUAL DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL.

IRRESIGNAÇÃO DO ENTE MUNICIPAL.

CABE AO ENTE MUNICIPAL AUTORIZAR A IMPLANTAÇÃO DE LOTEAMENTO EM SUA EXTENSÃO TERRITORIAL, NA FORMA DO ART. 40 DA LEI N° 6.766/79; ALÉM DE LEGISLAR, NA ESTRIA DO ART. 24, INC. VI C/C ART. 30, INCS. I E II, AMBOS DA CF, SOBRE CONSERVAÇÃO DA NATUREZA, DEFESA DO SOLO E DOS RECURSOS NATURAIS, PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO.

DEVER - E NÃO FACULDADE - DE O MUNICÍPIO REGULARIZAR O USO, O PARCELAMENTO E A OCUPAÇÃO DO SOLO PARA ASSEGURAR O RESPEITO AOS PADRÕES URBANÍSTICOS E BEM-ESTAR DA POPULAÇÃO OU APLICAR SANÇÕES RESTRITIVAS - INCLUSIVE O EMBARGO E DESFAZIMENTO DA OBRA, NOS TERMOS DO DECRETO N° 6.514/2008 - QUANDO A CONSTRUÇÃO/LOTEAMENTO ESTIVER SITUADO

EM ÁREA AMBIENTALMENTE PROTEGIDA OU QUANDO NÃO ATENDER AS CONDICIONANTES LEGAIS OU, AINDA, QUANDO REPRESENTAR GRAVE DANO AMBIENTAL.

LOTEAMENTO IRREGULAR INCONTROVERSO.

A INEXISTÊNCIA DE CONCORDÂNCIA DO ENTE MUNICIPAL COM AS OBRAS IRREGULARES NÃO TEM O CONDÃO DE MITIGAR A AUSÊNCIA DE MEDIDAS EFICAZES E EFICIENTES VISANDO OBSTAR O LOTEAMENTO IRREGULAR. PODER-DEVER DETERMINADO NA CF DE ORDENAÇÃO DO USO DO SOLO PARA FINS DE PARCELAMENTO, SUA COMPETÊNCIA DE PROTEGER O MEIO AMBIENTE E EVITAR A POLUIÇÃO EM QUALQUER DE SUAS FORMAS. ART. 23 DA CF. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO ENTE MUNICIPAL. PRECEDENTES DO E. STJ.

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES RECHAÇADA. PRECEDENTE DO E. STJ.

RESERVA DO POSSÍVEL NÃO COMPROVADA. SÚMULA N° 241 DESTE E. TJRJ.

INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À CUMULAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO FAZER E DE INDENIZAR, INCLUSIVE QUANTO AOS DANOS MORAIS COLETIVOS. PRECEDENTES DO E. STJ.

DANO MORAL COLETIVO ARBITRADO COM PARCIMÔNIA, TODAVIA MANTIDO À MINGUA DE IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR.

REVERSÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA AO FUNDO MUNICIPAL DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL - FMCA. PRECEDENTES DESTE E. TJRJ.

CONDENAÇÃO DO ENTE MUNICIPAL AO RECOLHIMENTO DA TAXA JUDICIÁRIA MANTIDA. SÚMULA N° 145 DESTE E. TJRJ. ENUNCIADO N° 42/FETJ.

SENTENÇA REFORMADA.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0297917-08.2015.8.19.0001 em que é Apelante Município do Rio de Janeiro e Apelado Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro,

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e dar parcial provimento ao Apelo, na forma do relatório e voto do Des. Relator.

VOTO

Trata-se de Ação Civil Pública, com pedido de tutela antecipada, distribuída por Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra Adelino Gomes dos Ramos, Condomínio Vale dos Hibiscos e Município do Rio de Janeiro alegando que instaurou inquérito civil e constatou que o Condomínio Vale dos Hibiscos está situado em loteamento irregular e que Adelino Gomes dos Ramos é responsável pelo empreendimento; que o loteamento foi implantado sem licença prévia da Administração Municipal e está causando impactos ambientais; que o Município do Rio de Janeiro foi omissor, limitando-se a promover edital de embargo e autos de infração.

Pugna, em sede de tutela antecipada, pela averbação da distribuição da presente demanda no RGI competente; que os primeiro e segundo Réus sejam instados a não realizarem qualquer movimentação de terra, construção nova ou acréscimo aos já existentes, demarcação ou intervenção na gleba em questão, bem como a não venderem ou revenderem qualquer lote ou fração do referido imóvel; afixarem placa no local de acesso ao referido loteamento, com dimensões mínimas de 2 m², indicando que o parcelamento é irregular, e que é vedada a alienação de lotes nele inclusos enquanto estiver *sub judice*; que os primeiros e segundo Réus se abstenham de veicular qualquer forma de propaganda de ven-

da de lotes situados no parcelamento; que se oficie à CEDAE e à LIGHT para que não instalem nenhum ponto novo de abastecimento no local até o deslinde da presente demanda; determinar ao primeiro Réu a apresentação de todos os contratos pactuados referentes à alienação dos lotes inclusos no loteamento em tela, fazendo constar especialmente preço, a identidade do adquirente e o montante pago ao loteador, visando mensurar os lucros obtidos com a consumação dos danos ambientais pela implantação de loteamento ilegal.

No mérito, requer a manutenção da tutela antecipada e a condenação dos Réus a desfazerem o loteamento irregular, recuperarem a área degradada ambientalmente em decorrência do loteamento e da ocupação irregular, bem como o dano moral coletivo a ser revertido para o fundo a que alude o art. 13 da Lei Federal nº 7.347/85 (índex 000003).

Decisão deferindo a tutela antecipada requerida na exordial, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 para cada descumprimento (índex 000405).

O d. Juízo da 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital homologou a desistência do *Parquet* em relação ao Espólio de Adelino Gomes dos Ramos; confirmou a tutela antecipada quanto aos itens “1”, “3” e “5” desse capítulo da exordial; condenou o Município do Rio de Janeiro ao cumprimento da Obrigação de Fazer consistente no desfazimento do loteamento irregular situado à Serviente Três (Cleanto Paiva Leite), quadra 2, lotes 2, 8 e 9, Vargem Grande, no prazo máximo de 12 meses, respeitada pelo ente público a seguinte condicionante da intervenção urbanística: instauração de processo administrativo assegurando aos possuidores e residentes dos lotes em questão as garantias do contraditório e ampla defesa; condenou o ente municipal ao cumprimento da obrigação de fazer, consistente na recuperação da área degradada ambientalmente em decorrência do parcelamento

irregular localizado na Rua Serviente Três (Cleanto Paiva Leite), quadra 2, lotes 2, 8 e 9, Vargem Grande, no prazo máximo de 12 meses contado do cumprimento da obrigação imposta no item “3” supra; e ainda a danos morais coletivos de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigidos monetariamente pelo IPCA-E a contar da publicação da presente e acrescido de juros de mora de 29/08/1993, quando evidenciada a degradação ambiental e configurada a omissão municipal à vista do decurso do prazo assinado para legalização ou demolição das obras (responsabilidade extracontratual por ato ilícito); juros de mora que devem observar os seguintes índices: (a) até dezembro/2002: 0,5% ao mês; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei nº 11.960/2009: Taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; e (c) no período posterior à vigência da Lei nº 11.960/2009: índice de remuneração da caderneta de poupança, a serem depositados em favor do FECAM - Fundo Estadual de Conservação Ambiental. A inobservância das obrigações de fazer impostas nos itens “3” e “4” importará em multa diária de R\$ 5.000,00, limitada a R\$ 500.000,00. O ente municipal foi condenado ao recolhimento da taxa judiciária. Sem honorários advocatícios de sucumbência (índice 000610).

Apelação do ente municipal alegando violação aos princípios da separação de poderes, reserva orçamentária, isonomia e impessoalidade; sustenta a responsabilidade do construtor/proprietário de obter a licença junto aos órgãos municipais, o que não foi providenciado; alega ausência de omissão do ente municipal, que jamais anuiu com as obras irregulares e que a manutenção da sentença prestigia a teoria do risco integral, com a qual não concorda; insurge-se contra o dano moral coletivo, imputando sua ocorrência a fato exclusivo de terceiro; subsidiariamente, sustenta a impossibilidade de cumulação da reparação *in natura* com inden-

zação pecuniária e culpa concorrente, reduzindo a verba extrapatrimonial coletiva e revertendo-a ao Fundo Municipal de Conservação – FMCA; por fim, insurge-se contra sua condenação à taxa judiciária (índice 000667).

Contrarrazões prestigiando a sentença (índice 000691).

Parecer da i. Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do Apelo (índice 000710).

Pois bem.

O recurso é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, daí porque dele se conhece.

Cabe ao ente municipal, ora Recorrente, autorizar a implantação de loteamento em sua extensão territorial, na forma do art. 40 da Lei nº 6.766/79; por outro lado, o art. 24, inc. VI, da CF confere aos Municípios, em concorrência com a União e os Estados membros a competência para legislar sobre conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, sendo-lhe concedida, pelo art. 30, incs. I e II da CF, competência para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar à legislação federal e à estadual no que couber.

A CF elevou o Município à categoria de ente federado com competência específica para a ordenação do espaço urbano, de modo que nenhuma construção, demolição ou reforma de prédio pode ser feita sem a prévia aprovação do ente local, que verificará sua adequação às leis municipais de uso e ocupação do solo urbano, especialmente o Plano Diretor do Município e os Códigos de Obras e Edificações e de Posturas.

À luz do acima exposto, o Município tem o dever - e não a faculdade - de regularizar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo para assegurar o respeito aos padrões urbanísticos e bem-estar da população ou aplicar sanções restritivas - inclusive o embargo e desfazimento da obra, nos termos do Decreto nº 6.514/2008

- quando a construção/loteamento estiver situado em área ambientalmente protegida ou quando não atender as condicionantes legais ou, ainda, quando representar grave dano ambiental.

O loteamento clandestino objeto da demanda, situado na Rua Cleanto Paiva Leite, PAL 20.489, em Vargem Grande, RJ, RJ, ficou incontra-verso, visto que o parcelamento do solo foi feito sem aprovação dos órgãos competentes, nos termos consignado no Parecer Técnico nº 128/08, que instrui o processo administrativo nº 02/002799/1993, que assevera que o loteamento clandestino em questão foi considerado consolidado, acarretando impactos ambientais como o corte de vegetação sem licenciamento e sem compensação ambiental, não implantação de projeto de arborização urbana, poluição hídrica e comprometimento da micro e macro drenagem (índice 000031, fls. 108/109).

Outrossim, a inexistência de concordância do ente municipal, ora Recorrente, com as obras irregulares não tem condão de mitigar a ausência de medidas eficazes e eficientes visando obstar o loteamento irregular em questão por parte do ente municipal, ora Apelante, que igualmente não encontra guarida na discricionariedade administrativa - consubstanciada na adoção de critérios de conveniência e oportunidade - ante o poder-dever determinado na CF de ordenação do uso do solo para fins de parcelamento, sua competência de proteger o meio ambiente e evitar a poluição em qualquer de suas formas, consoante art. 23 da CF.

Conquanto o ente municipal, ora Recorrente, não seja onipresente, fato é que, quando ciente do surgimento do loteamento irregular em questão, não adotou medidas efetivas, repressivas (interdição/demolição) para impedir/reparar a continuidade da degradação ambiental decorrente da irregular ocupação do solo que grassava em prejuízo do meio ambiente local, o que caracteriza omissão específica.

A responsabilidade do ente municipal, ora Recorrente, na hipótese presente é objetiva em razão da inobservância do poder-dever ao qual está vinculado, sobretudo, por força da CF, especialmente do seu art. 30, inc. VIII, *in verbis*:

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

E ainda do art. 14, § 1º c/c art. 3º, inc. IV da Lei nº 6.938/81, que explicita que a responsabilidade civil em matéria ambiental é objetiva e solidária entre todos aqueles que participam de relação jurídica violadora das normas ambientais, sejam responsáveis diretos ou indiretos pelos danos causados ao meio ambiente e à coletividade, *in verbis*:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

(...)

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

(...)

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado,

independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

O Município do Rio de Janeiro, ora Apelante, responde solidariamente com o loteador na hipótese presente visto que tem a responsabilidade de fiscalizar, evitar e corrigir distorções do crescimento urbano e seus efeitos danosos ao meio ambiente.

Nesse diapasão:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 489 E 1.022 DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO IRREGULAR. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Consta-se que não se configura a ofensa aos arts. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia que lhe foi apresentada.

2. Nos danos ambientais, a regra geral é o litisconsórcio facultativo, por ser solidária a responsabilidade dos degradadores. O autor pode demandar qualquer um deles, isoladamente, ou em conjunto pelo todo, de modo que, de acordo com a jurisprudência do STJ mais recente, não há obrigatoriedade de formar litisconsórcio passivo necessário com os adquirentes e possuidores dos lotes. Confirmam-se precedentes: REsp nº 1.799.449/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 18/06/2019; AgInt no AREsp nº 8.77.793/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES,

Segunda Turma, DJe 06/09/2019; REsp nº 1.708.271/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 16/11/2018; REsp nº 1.694.032/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 21/11/2018; AgInt no AREsp nº 1.221.019/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe 26/02/2019; REsp nº 1.358.112/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 28/06/2013; REsp nº 1.328.874/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 05/08/2013; REsp nº 884.150/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 07/08/2008; REsp nº 1.079.713/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 31/08/2009.

3. Na hipótese, o Tribunal de origem lançou os seguintes fundamentos (f. 961-962, e-STJ): "Há de se considerar que as obrigações do Município detectadas nesta demanda não podem ser afastadas. A ilicitude das construções é acentuada pela ausência da imprescindível licença ambiental para tanto. Por sua natureza preventiva, o sistema de licenciamento ambiental visa assegurar o princípio da precaução, que constitui um dos fundamentos do Direito Ambiental. Acrescente-se, ainda, que as ações de reflorestamento só se iniciaram após o ajuizamento da demanda, restando evidente a omissão culposa do Município em impedir o resultado danoso perpetrado pelos demais réus".

4. Dessume-se que o Tribunal de origem, à luz dos fatos e das provas dos autos, concluiu que o parcelamento ilegal ocorreu em razão da falta de fiscalização do ente público municipal. Incidência, no caso, da Súmula nº 7/STJ.

5. Ademais, na forma da jurisprudência do STJ, incumbe ao Município o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, sendo do ente municipal a responsabilidade

de pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade vinculada e não discricionária. No mesmo sentido: REsp nº 1.739.125/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 11/03/2019; AgInt no AREsp nº 1.458.475/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MARGALHÃES, Segunda Turma, DJe 23/08/2019; AgInt no AREsp nº 338.660/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 20/05/2019; REsp nº 1.377.734/AC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 19/12/2016; AgRg no AREsp nº 109.078/AC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 25/08/2016; REsp nº 1.170.929/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 27/05/2010; AgRg no REsp nº 1.310.642/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 09/03/2015.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido, apenas em relação à preliminar de violação do art. 1.022 do CPC/2015, e, nessa parte, não provido.” (Grifou-se). (REsp nº 1.826.761/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 17/10/2019, DJe 29/10/2019).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL E URBANÍSTICO. CONSTRUÇÕES IRREGULARES. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CARÁTER SOLIDÁRIO, MAS DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. PRECEDENTES.

1. A responsabilidade do Estado por dano ao meio ambiente decorrente de sua omissão no dever de fiscalização é de caráter solidário, mas de execução subsidiária, na condição de devedor-reserva. Precedentes.

2. Há responsabilidade do Estado ainda que, por meios apenas indiretos, contribua para a

consolidação, agravamento ou perpetuação dos danos experimentados pela sociedade. Hipótese que não se confunde com a situação de garantidor universal.

3. No caso dos autos, ainda que o acórdão recorrido tenha entendido pela inexistência de omissão específica, os fatos narrados apontam para o nexos claro entre a conduta do Estado e o dano, constituído pela edição de normativos e alvarás autorizando as construções violadoras do meio ambiente e não implementação das medidas repressivas às obras irregulares especificadas em lei local. Ressalte-se, os danos permanecem sendo experimentados pela comunidade há mais de duas décadas e foram declarados pelo próprio ente público como notórios.

4. O reconhecimento da responsabilização solidária de execução subsidiária enseja que o Estado somente seja acionado para cumprimento da obrigação de demolição das construções irregulares após a devida demonstração de absoluta impossibilidade ou incapacidade de cumprimento da medida pelos demais réus, diretamente causadores dos danos, e, ainda, sem prejuízo de ação regressiva contra os agentes públicos ou particulares responsáveis.

5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp nº 1.326.903/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 30/04/2018).

A análise da questão trazida a exame do Poder Judiciário não caracteriza violação ao princípio da separação dos poderes, consoante já manifestado pelo E. STF: O controle judicial de omissão em matéria de políticas públicas é possível – e, mais que isso, imperativo – diante de quadros de eternização ilícita das etapas de implementação dos planos constitucionais ou, ainda, em face de violação sistêmica dos direitos

fundamentais, uma vez que o princípio da separação dos Poderes não pode ser interpretado como mecanismo impeditivo da eficácia das normas constitucionais, sob pena de transformar os programas da Carta Maior em meras promessas (ADO 2, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, Processo Eletrônico DJe-105 Divulg 29/04/2020 Public 30/04/2020).

De outra banda, a invocação da reserva do possível sem comprovação da impossibilidade de efetivar as medidas para recompor a área degradada e/ou pagar a compensação pelos danos irreversíveis se trata de mera ilação, consoante Súmula nº 241 deste E. TJRJ: Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição.

Ao contrário do alegado pelo ente municipal, ora Recorrente, inexistente óbice à reparação integral da lesão causada ao meio ambiente, permitindo a cumulação das obrigações de fazer, não fazer e de indenizar, inclusive quanto aos danos morais coletivos (EREsp nº 1.410.698/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 03/12/2018) tendo em vista se tratar de típica obrigação cumulativa ou conjuntiva.

E ainda:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS DECORRENTES DE TRANSPORTE DE CARGAS COM EXCESSO DE PESO EM RODOVIAS FEDERAIS. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL COLETIVO. RISCO À VIDA EM SOCIEDADE. CUMULAÇÃO COM INFRAÇÃO PREVISTA NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ASTREINTE. POSSIBILIDADE. FATOS NOTÓRIOS. ART. 374, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. ACÓRDÃO DE ORIGEM EM CONFRONTO COM

A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

HISTÓRICO DA DEMANDA 1. A partir de fiscalizações/abordagens realizadas pela Polícia Rodoviária Federal entre os anos de 2011 e 2012, no Posto da PRF de Porto Camargo, Município de Alto Paraíso/PR, foram identificadas 11 (onze) ocorrências de transporte com excesso de peso em veículos que deram saída dos estabelecimentos da demandada, somando mais de 20 mil quilos de sobrepeso.

2. Assim, foi ajuizada pelo Ministério Público Federal Ação Civil Pública objetivando: a) impedir (obrigação de não fazer), sob pena de multa civil (= *astreinte*), que veículos da transportadora recorrida, em total rebeldia contra o Código de Trânsito Brasileiro, trafeguem com excesso de peso nas rodovias, e b) condenar a empresa ao pagamento de danos material e moral coletivo, nos termos da Lei nº 7.347/1985.

3. Nota-se que o Tribunal de origem expressamente reconhece a ocorrência das infrações de tráfego com excesso de peso, tendo analisado inclusive as provas. Cita-se trecho do voto condutor (f. 1.071): "O pedido foi embasado na existência de onze infrações cometidas por excesso de peso no período compreendido apenas entre 2011 e 2012, em face de fiscalizações realizadas pela Polícia Rodoviária Federal no Posto de Porto Camargo, fato que, no entender do *parquet* federal, leva, primeiro, à necessária determinação de que a empresa seja compelida à obrigação de não fazer".

4. Mesmo tendo fixado os fatos, o acórdão de origem entendeu ser impossível condenar a empresa recorrida a não trafegar com excesso de peso pelas estradas, haja vista já existir, no Código de Trânsito Brasileiro, penalidade administrativa para tal conduta, deixando ademais de reconhecer a ocorrência de danos

materiais e morais coletivos.

5. Sustenta o MPF, como causa de pedir, que a parte requerida, ao trafegar com excesso de peso, causou danos ao patrimônio público, à ordem econômica e ao meio ambiente equilibrado, violando os direitos à vida, à integridade física, à saúde e à segurança pessoal e patrimonial dos cidadãos usuários das rodovias federais.

CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA 6. É cabível Ação Civil Pública para combater o tráfego de veículos com sobrepeso nas rodovias. Não se pode restringir a defesa dos direitos difusos e coletivos, como entendeu o Tribunal *a quo*, pois a legislação de amparo dos direitos dos vulneráveis e a tutela coletiva hão de ser compreendidas de maneira que lhes seja mais efetiva. A esfera administrativa é apenas uma das searas; contudo, nem sempre é a mais eficaz e completa, sendo inafastável a apreciação do Judiciário, com a possível aplicação de obrigação de fazer, não fazer e indenizar.

7. Nesse contexto, não é crível a constatação do acórdão vergastado que, mesmo em face de 11 recalitrâncias em excesso de peso pela demanda, afirma que "não permite vislumbrar a contumácia da demandada na prática de condutas contrárias à legislação quanto aos limites de peso" (f. 1.074)! Assim, não é razoável que o Tribunal ignore os fatos e a teoria geral da ACP, alegando que não se pode impor a obrigação de não fazer, por se tratar de norma abstrata.

REMÉDIOS JURÍDICOS PREVENTIVOS, REPARATÓRIOS E SANCIONATÓRIOS: CONSAGRADA DISTINÇÃO ENTRE ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL 8. Como explicitado pelos eminentes integrantes da Segunda Turma do STJ, por ocasião dos debates orais em sessão, a presente demanda cuida de problema "paradigmático",

diante "da desproporcionalidade entre a sanção imposta e o benefício usufruído", pois "a empresa tolera a multa" administrativa, na medida em que "a infração vale a pena", estado de coisa que desrespeita o princípio que veda a "proteção deficiente", também no âmbito da "consequência do dano moral" (Ministro OG FERNANDES). Observa-se nessa espécie de comportamento "à margem do CTB", e reiterado, "um investimento empresarial na antijuridicidade do ato, que, nesse caso, só pode ser reprimido por ação civil pública" (Ministro MAURO CAMPBELL). A matéria posta perante o STJ, portanto, é da maior "importância" (Ministra ASSUSETE MAGALHÃES), tanto mais quando o quadro fático passa a nefasta ideia de que "compensa descumprir a lei e pagar um pouquinho mais", percepção a ser rejeitada "para que se saiba que o Brasil está mudando, inclusive nessa área" (Ministro FRANCISCO FALCÃO).

9. Embora não seja esse o ponto central do presente litígio, nem ao leigo passará despercebido que se esvai de qualquer sentido ou valor prático, mas também moral, jurídico e político, a pena incapaz de desestimular a infração e dela retirar toda a possibilidade de lucratividade ou benefício. De igual jeito ocorre com a sanção que, de tão irrisória, passa a fazer parte do custo normal do negócio, transformando a ilegalidade em prática rotineira e hábito empresarial, em vez de desvio extravagante a disparar opróbrio individual e reprovação social. Nessa linha de raciocínio, o nanismo e a leniência da pena, incluindo-se a judicial, que inviabilizem ou dilapidem a sua natureza e *ratio* de garantia da ordem jurídica, deboçam do Estado de Direito, pervertem e desacreditam seu alicerce central, o festejado império da lei. A ganância das transportadoras, *in casu*, espelha e semeia uma cultura de licenciosidade infracional, dela se alimentando

em círculo vicioso, algo que, por certo, precisa ensejar imediata e robusta repulsa judicial.

DANO DIFUSO - OBRIGAÇÃO DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE INDENIZAR 10. A modalidade de dano tratada na presente demanda é tipicamente difusa, o que não quer dizer que inexistam prejuízos individuais e coletivos capazes de cobrança judicial pelos meios próprios. Como se sabe, a Lei nº 7.347/1985 traz lista meramente enumerativa de categorias de danos, exemplificada com a técnica de citação de domínios materiais do universo difuso e coletivo (meio ambiente; consumidor; patrimônio histórico-cultural; ordem econômica; honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; patrimônio público e social). O rol do art. 1º qualifica-se duplamente como *numerus apertus* em vez de *numerus clausus*. Primeiro, por impossibilidade jurídica absoluta de identificar e relacionar aquilo que, no mundo real da dignidade humana e dos valores fundamentais do ordenamento, encontra-se em permanente e compreensível estado de fluxo, mutação e atualização. Segundo, por explicitação direta efetuada pelo próprio legislador: "qualquer outro interesse difuso ou coletivo", expressão introduzida na Lei nº 7.347/1985 (o atual inciso IV do art. 1º) pelo Código de Defesa do Consumidor, a partir da posição, nesse ponto, dos Professores ADA PELLEGRINI GRINOVER e KAZUO WATANABE.

11. O STJ, nas demandas coletivas, admite, sim, a condenação, simultânea e agregadamente, em obrigação de fazer, de não fazer e de indenizar: uma típica obrigação cumulativa ou conjuntiva. Citam-se precedentes: AgInt no REsp nº 1.542.901/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 16/10/2019; REsp nº 1.328.753/MG, Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 03/02/2015; AgInt no AREsp nº 1.161.016/

RS, Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe 21/05/2018; AgInt no REsp nº 1.703.367/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, DJe 06/12/2019; AgInt no REsp nº 1.712.940/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe 09/09/2019; AgInt no REsp nº 1.766.544/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe 09/10/2019; EREsp nº 1.410.698/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, DJe 03/12/2018; AgInt no REsp nº 1.702.981/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 15/03/2019.

NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ - FATO NOTÓRIO - QUESTÃO JURÍDICA E NÃO FÁTICA 12. Na hipótese dos autos, indisputáveis os danos materiais, assim como o nexo de causalidade. Sem dúvida, o transporte com excesso de carga nos caminhões da demandada causa dano material e extrapatrimonial *in re ipsa* ao patrimônio público (consubstanciado, nesta demanda, em deterioração de rodovia federal), ao meio ambiente (traduzido em maior poluição do ar e gastos prematuros com novos materiais e serviços para a reconstrução do pavimento), à saúde e segurança das pessoas (aumento do risco de acidentes, com feridos e mortos) e à ordem econômica.

13. Assim, desnecessário exigir perícias pontuais para cada caminhão que venha a trafegar com excesso de peso, com o desiderato de verificar a quantidade de avaria causada, pois a própria Lei nº 9.503/1997 e a Resolução CONTRAN 258, de 30 de novembro de 2007, com amparo em conhecimento técnico altamente especializado sobre danos às rodovias, estabeleceram limite de peso de mercadorias que podem ser transportados e a consequente responsabilização em caso de ultrapassar esse *quantum*, gerando multa pecuniária.

14. A confessada inobservância da norma legal pela empresa recorrida autoriza - ou melhor, exige - a pronta atuação do Poder Judiciário, com o fito de inibir o prosseguimento dessas práticas nefastas, em que as sanções administrativas não se revelaram capazes de coibir ou minimizar a perpetração de infrações ao Código de Trânsito Brasileiro.

15. Consequência direta do tráfego de veículos com excesso de peso, o dano material ao patrimônio público, associado à redução da longevidade do piso asfáltico rodoviário, independe, pela sua notoriedade, de provas outras, à luz do que dispõe o art. 334, inciso I, do CPC. Impossível, por outro lado, negar a existência do nexo de causalidade entre o transporte com excesso de carga e a deterioração das rodovias decorrente de tal prática.

16. O transporte de cargas nas rodovias não é livre: submete-se a padrões previamente assentados pelo Estado por meio de normas legais e administrativas. Logo, não há direito a efetuar-lo ao talante ou conveniência do transportador, mas apenas dentro dos critérios de regência, entre eles aqueles que dispõem sobre o peso máximo para a circulação dos veículos. O comando de limite do peso vem prescrito não por extravagância ou experimento de futilidade do legislador e do administrador, mas justamente porque o sobrepeso causa danos ao patrimônio público e pode acarretar ou agravar acidentes com vítimas. Portanto, inafastável, já que gritante, a relação entre a conduta do agente e o dano patrimonial imputado.

17. Dessa forma, voltando ao caso concreto, caracterizado o agir ilícito (tráfego de veículos com excesso de peso) e a vinculação normal, lógica e razoável entre o tipo de comportamento e o dano imputado, deve a empresa responder pelos prejuízos causados, os quais

derivam do próprio fato ofensivo. Segundo as regras da experiência comum, é desnecessária a comprovação pericial pela vítima.

18. É fato notório (art. 374, I, do CPC) que o tráfego de veículos com excesso de peso provoca sérios danos materiais às vias públicas, ocasionando definhamento da durabilidade e da vida útil da camada que reveste e dá estrutura ao pavimento e ao acostamento, o que resulta em buracos, fissuras, lombadas e depressões, imperfeições no escoamento da água, tudo a ampliar custos de manutenção e de recuperação, consumindo preciosos e escassos recursos públicos.

Ademais, acelera a depreciação dos veículos que utilizam a malha viária, impactando, em particular, nas condições e desempenho do sistema de frenagem da frota do embarcador/expedidor. Mais inquietante, afeta as condições gerais de segurança das vias e estradas, o que aumenta o número de acidentes, inclusive fatais. Em consequência, provoca dano moral coletivo consistente no agravamento dos riscos à saúde e à segurança de todos, prejuízo esse atrelado igualmente à redução dos níveis de fluidez do tráfego e de conforto dos usuários. Assim, reconhecidos os danos materiais e morais coletivos (*an debeatur*), verifica-se a imprescindibilidade de devolução do feito ao juízo de origem para mensuração do *quantum debeatur*.

19. Estando delineado o contexto fático pelos examinadores de origem, não há falar em reexame de matéria fática, mas em reavaliação jurídica, o que não atrai o óbice da Súmula nº 7/STJ.

ACÓRDÃO DE ORIGEM EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

20. No mesmo sentido do presente entendimento, citam-se acórdãos recém-publicados do

STJ, em casos idênticos: REsp nº 1.637.910/RN, Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe 09/09/2019; AgInt no REsp nº 1.701.573/PE, Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe 02/09/2019; AgInt no AREsp nº 1.139.030/DF, Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe 04/09/2019; AgInt no AREsp nº 1.137.714/MG, Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe 14/06/2019; REsp nº 1.574.350/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 06/03/2019; AgInt no REsp nº 1.712.940/PE, Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe 09/09/2019; EDcl no AgInt no AREsp nº 1.251.059/DF, Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, DJe 22/10/2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS PATRIMONIAIS, MORAIS COLETIVOS E ASTREINTES

21. Desse modo, fica deferido o pleito indenizatório por dano material formulado sob essa rubrica, em *quantum* a ser fixado pelo Tribunal de origem, observados parâmetros objetivos para essa finalidade. Por fim, confirma-se a existência do dano moral coletivo em razão de ofensa a direitos coletivos ou difusos de caráter extrapatrimonial - consumidor, ambiental, ordem urbanística, entre outros -, podendo-se afirmar que o caso em comento é de dano moral *in re ipsa*, ou seja, deriva do fato por si só.

22. Assim, reconhecidos os danos materiais e morais coletivos (*an debeatur*), verifica-se a necessidade de devolução do feito ao juízo de origem para mensuração do quantum debeatur. Nesse contexto, tendo em vista que a reprimenda civil deve ser suficiente para desestimular a conduta indesejada, fixo a multa no valor requerido pelo MPF. A propósito, no mesmo sentido, acórdão recém-publicado pela Segunda Turma do STJ: REsp nº 1.574.350/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 06/03/2019.

CONCLUSÃO 23. Recurso Especial provido para deferir o pleito de tutela inibitória (infrações futuras), conforme os termos e patamares requeridos pelo Ministério Público Federal na petição inicial, devolvendo-se o feito ao juízo a quo a fim de que proceda à fixação dos valores dos danos materiais e morais coletivos e difusos. (REsp nº 1.642.723/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 25/05/2020).

O arbitramento da verba extrapatrimonial deve ser feito de forma prudente, atento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade considerando os fatos e as circunstâncias que os permeiam. Não deve ainda, em contrapartida, apresentar caráter insignificante em face das características econômicas do causador do dano nem constituir fonte de lucro ao ofendido.

Observadas tais premissas e as ponderações consignadas na sentença recorrida - o longo período do ente municipal, pra Recorrente, de mais de 26 anos a despeito da ciência deste último quanto à irregularidade do parcelamento do solo e dos prejuízos ao meio ambiente, tais como corte da vegetação e despejo de esgoto não tratado em 2 cursos d'água da região, bem como a exposição da saúde de um número indeterminado de pessoas e a depreciação da autoestima e qualidade de vida - tem-se que o dano moral coletivo foi arbitrado com parcimônia, impondo-se sua manutenção.

Não assiste razão ao ente municipal, ora recorrente, quanto ao recolhimento da taxa judiciária na esteira do entendimento consignado na Súmula nº 145 deste E. TJRJ, *in verbis*: Se for o Município autor estará isento da taxa judiciária desde que se comprove que concedeu a isenção de que trata o parágrafo único do artigo 115 do CTE, mas deverá pagá-la se for o réu e tiver sido condenado nos ônus sucumbenciais; sendo essa última a hipótese presente.

Nessa mesma direção, o Enunciado n° 42/FETJ: A isenção estabelecida no art. 115, *caput*, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, beneficia os entes públicos quando agem na posição processual de autores, porém, na qualidade de réus, devem, por força do art. 111, II, do Código Tributário Nacional e do verbete n° 145 da Súmula do TJRJ, recolher a taxa judiciária devida ao FETJ, quando sucumbirem na demanda e a parte autora não houver antecipado o recolhimento do tributo.

Por fim, quanto ao pedido de reversão da verba indenizatória ao Fundo Municipal de Conservação Ambiental – FMCA – assiste razão ao ente municipal, ora apelante.

A área ambiental degradada está em solo urbano do Município do Rio de Janeiro, ora recorrente, cabendo à municipalidade promover ações adequadas ao restabelecimento do meio ambiente local.

Nesse diapasão:

0233901-45.2015.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS - Julgamento: 27/11/2019 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Apelação cível. Ação civil pública. Dano ambiental causado por loteamento clandestino. Município que deixou de atuar de forma efetiva permitindo que o solo fosse parcelado de forma irregular. Degradação que deve ser reparada de forma solidária pela municipalidade. Ausência de violação ao princípio da reserva do possível. Área degradada que está localizada nos limites do Município do Rio de Janeiro. Verba indenizatória que deve ser revertida ao Fundo Municipal de Conservação Ambiental. Jurisprudência do STJ e do TJ/RJ. Sentença reformada em parte mínima. Recurso parcialmente provido.

0300281-84.2014.8.19.0001 - APELAÇÃO 1ª Ementa Des(a). MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA - Julgamento: 23/08/2017 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO IRREGULAR. DANO AMBIENTAL. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TITULAR DO SOLO QUE EFETIVAMENTE PROMOVEU O LOTEAMENTO, EM DESCONFORMIDADE COM A LEI N° 6.766/79, E DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO EX-PROPRIETÁRIO QUE NÃO DEU CAUSA AO DANO. MUNICÍPIO QUE ATUOU DE MANEIRA INEFICAZ NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PROMOVER A REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO, PARA EVITAR LESÃO AOS PADRÕES DE DESENVOLVIMENTO URBANO (ART. 40 DA LEI N° 6.766/79). IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS POLOS DA DEMANDA, APÓS A ESTABILIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. DANO MORAL COLETIVO. FUNDO MUNICIPAL DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM PATAMAR RAZOÁVEL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. RECURSO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO (4º RÉU) AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. 1- A rigor, a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, com fundamento no risco integral (Tema 707 do Recurso Repetitivo REsp n° 1.374.284/MG), prescindindo da prova da culpa, e solidária, de maneira a abranger todo agente que tenha participado ou contribuído para a causação do dano. Eis por que se costuma afirmar que todo sujeito que ingressa na cadeia causal durante ou após a produção do dano tem o dever de reparar, incluindo o novo proprietário de imóvel onde se situam as irregularidades danosas ao meio ambiente (obrigação *propter rem*). É que, em última análise, os novos titulares

se aproveitam da coisa adquirida como ela se encontra, motivo pelo qual devem responder pelos danos que efetivamente ela possa ter causado. Contudo, o mesmo não ocorre com relação aos ex-proprietários que já perderam o domínio sobre a coisa antes da existência do dano. Logo, com razão a sentença recorrida ao reconhecer o rompimento do nexo causal com relação ao 3º réu, na medida em que a parte ex-possuidora do bem não contribuiu para a produção de prejuízos de qualquer espécie. O reconhecimento de sua responsabilidade importaria em absorver uma ideia de responsabilidade *propter rem* inversa, que busca a cadeia de possuidores antecedentes ao dano, o que se revelaria inadmissível. 2- É responsável, ainda que indiretamente, a pessoa jurídica de direito público que deixa de fiscalizar de modo eficiente as atividades de parcelamento do solo urbano (ainda que tenha aplicado multas e outras medidas que se mostraram absolutamente ineficazes), especialmente quando envolve atividade de intensa degradação ambiental e urbana. Com relação ao Município, observa-se, ainda, a violação expressa dos art. 40 da Lei nº 6.766/79, que impõe o dever ao Município de regularizar loteamento (...) para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano. Precedentes do STJ. No que concerne ao modo de responsabilização, tanto a solidariedade, quanto a subsidiariedade, devem constar expressamente em lei ou em contrato. Não se presumem, portanto. Na espécie, trata-se de responsabilidade imputada a três agentes que, ainda que em medidas diferentes (primeiro e segundo réus causadores diretos do dano, e quarto réu causador indireto), contribuíram para a degradação ambiental e urbana constatada em sentença. Deste modo, a solução não pode ser outra que não o dever de reparar, solidariamente, os danos causados, na forma

do art. 942 do CC, merecendo provimento, neste ponto, o recurso da parte autora. 3- Se a degradação ambiental e urbana ocorreu nos limites do Município do Rio de Janeiro, em área de preservação (*non aedificandi*), atende melhor à função do instituto reparatório coletivo a sua destinação ao Fundo Municipal de Conservação Ambiental, de modo que este possa promover adequadamente ações voltadas à conservação e restauração do meio ambiente saudável e equilibrado. Equivocada, destarte, a decisão que determinou o depósito ao Fundo Estadual de Conservação Ambiental. Neste ponto, merece provimento o recurso do Município do Rio de Janeiro (4º réu). 4- Com relação ao critério de quantificação, nas hipóteses de dano moral coletivo, como afirmam ANTONIO DOS REIS JÚNIOR e ANA PAULA BARBOSA-FOHRMANN, por se tratar de sanção de natureza punitiva, deve-se levar em conta, ao lado da inelutável aferição da extensão do dano (...), a condição pessoal do autor (...), como a sua condição de pessoa física ou jurídica (...), condição social ou porte econômico da empresa, dentre outras circunstâncias (Direito Privado e Internet, 2014, p. 18). Portanto, razoável o critério de apuração do valor de mercado dos lotes irregulares comercializados, apurando-se, assim, um parâmetro sobre a condição econômica dos primeiros réus, sem deixar de destacar que o dano coletivo experimentado foi de larga extensão. 5- Quanto ao pedido do Município do Rio de Janeiro de mover-se do polo passivo na direção do polo ativo da demanda, inviável a pretensão, notadamente porque cabe apenas à parte autora decidir sobre o que vai demandar (pedido), com que fundamento fático e de direito (causa de pedir) e contra quem pretende postular (parte passiva). Não pode o juízo, pela simples vontade da parte ré, desfigurar a relação jurídica processual,

alterando a composição das partes, salvo se expressamente requerido pela parte autora, e ainda dentro dos limites do art. 264 do CPC/73, vigente à época dos fatos. 6- Inviável o requerimento de condenação dos réus ao pagamento de honorários de sucumbência a favor do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em homenagem ao princípio da simetria na interpretação do art. 17 da Lei nº 7.347/85, consoante jurisprudência pacificada do STJ. 7- Recursos conhecidos e aos quais se dá parcial provimento.

Diante do exposto, voto pelo parcial provimento do recurso a fim de que a verba indenizatória seja revertida ao Fundo Municipal de Conservação Ambiental – FMCA haja vista caber ao ente municipal, ora Apelante, promover as ações adequadas ao restabelecimento do meio ambiente local.

RIO DE JANEIRO, 10 DE FEVEREIRO DE 2021.
DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS
RELATOR

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RISCO DE DESLIZAMENTO DE TERRA. NECESSIDADE DE OBRAS URGENTES. CONFIGURAÇÃO DE OMISSÃO ESPECÍFICA DO PODER PÚBLICO QUANTO À VIA COM RISCO DE DESMORONAMENTO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO QUANTO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE NITERÓI E EMPRESA MUNICIPAL DE MORADIA, URBANIZAÇÃO E SANEAMENTO (EMUSA). OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE EM OBRA DE DRENAGEM E DEMOLIÇÃO. RISCO DE DESLIZAMENTO DE TERRA. OMISSÃO CONFIGURADA. DEVER DOS RÉUS NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, À CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E AO ART. 20 DA

LICC. Vistorias realizadas pela Secretaria Municipal de Defesa Civil, realizadas há quase uma década, que constatou a precariedade da obra realizada pelo Município, eis que além de ausente a drenagem necessária, foram empregados blocos de concreto, material inadequado para o muro de contenção. Omissão dos entes públicos com a segurança de seus munícipes. Local que está inserido em área de risco delimitada Plano Diretor de Niterói (Lei Municipal nº 1.157/1992). Município que é responsável pelas condições ambientais, habitacionais, urbanísticas e de saneamento básico conforme previsão na Constituição Federal (Art. 23, incisos I, VI, IX e art. 30, incisos I, V, VIII). Poder Judiciário que, embora não possa substituir a Administração nas decisões de sua competência, tem o dever de assegurar o cumprimento dos mandamentos constitucionais concernentes a efetivação das políticas públicas, diante de quadro de inércia e violação dos direitos da coletividade. Existência de programas de intervenção urbanísticas e obras de contenção de encostas que não afasta a omissão específica resultante da ausência de intervenção na localidade, que submete moradores e transeuntes aos riscos constatados há quase uma década. Cláusula da reserva do possível que se afasta ante a não demonstração do comprometimento do orçamento público, pelas medidas de intervenção determinadas na sentença. Violação do art. 20 do Decreto Lei nº 4.657/42¹, introduzido pela Lei nº 13.655/2018, que não restou configurada, eis que a sentença não teve por base valores jurídicos abstratos sem consideração das consequências práticas da decisão, mas valores concretos, tendo em vista a omissão e risco específicos. Isenção prevista

1 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.

no art. 18 da Lei nº 7.347/85 que se aplica à parte ré da ação civil pública, por força do Princípio da Simetria. Exclusão da condenação de pagamento de honorários advocatícios. Taxa judiciária devida. Conhecimento e parcial provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0059201-19.2017.8.19.0002, em que é Apelante: Município de Niterói e Apelado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Acordam os Desembargadores da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em Conhecer o recurso e dar-lhe parcial provimento, na forma do voto do Desembargador Relator.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do Município de Niterói e EMUSA – Empresa Municipal de Moradia, Urbanização e Saneamento, postulando a condenação do réu a cumprir as seguintes obrigações de fazer: a) implantar sistema de drenagem na crista e ao longo de toda encosta da área afetada, no prazo de 90 (noventa) dias; b) elaborar e executar projeto de obras de contenção, na crista e ao longo de toda encosta, principalmente no trecho localizado próximo ao nº 213, Travessa Pascoal, bairro Engenhoca, no prazo de 90 (noventa) dias; c) recompor/corrigir as patologias verificadas no pavimento da via pública Travessa Pascoal, trecho próximo ao nº 213, Fração Urbana ENG 01-A, bairro Engenhoca, no prazo de 90 (noventa) dias.

Sustenta que recebeu representação do Sr. Uanderson da Silva Vieira relatando risco de desmoronamento sobre sua residência, localizada na Travessa Pascoal, nº 213, bairro Engenhoca; que em sua representação relatou que a Prefeitura Municipal de Niterói construiu um muro de contenção com estrutura precária entre o muro de sua residência e a via pública; que devido

às chuvas de abril de 2011, o muro começou a apresentar inclinação e rachaduras, causando a queda do muro adjacente e, conseqüentemente, risco de deslizamento; que instaurado inquérito civil a Secretaria Municipal de Segurança informou que a obra foi realizada com material precário, havendo risco de desabamento tanto do muro de contenção, quanto do muro que delimita o terreno, bem como há a necessidade de demolição deste último, além da realização de obras de drenagem; que transcorrido mais de um ano da última vistoria, os réus permanecem inertes; que restaram inobservadas as normas ambientais e urbanísticas; que foi encontrado um buraco no pavimento da via correspondente ao trecho da Travessa Pascoal, situada na crista de um talude.

Tutela antecipada deferida a f. 414/415.

Contestação do Município a f. 433/476, arguindo em preliminar a existência de litisconsórcio passivo necessário com o Estado do Rio de Janeiro e a impossibilidade jurídica do pedido em razão de pedidos genéricos. No mérito, alega a ausência de omissão do Poder Público, discorrendo sobre o caráter excepcional do controle judicial sobre políticas públicas, alegando a teria da reserva do possível; que não há omissão do Município em matéria de implementação de políticas públicas voltadas para a contenção dos riscos de desabamento de encostas.

A segunda ré, devidamente intimada, não se manifestou, como certificado a f. 671.

Na sentença de f. foram julgados os pedidos nestes termos: “Por todo o exposto, julgo procedente a pretensão autoral para confirmar e tornar definitiva a decisão de f. 414/415, condenando os réus: i) a implantarem sistema de drenagem na crista e ao longo de toda a encosta da área afetada; ii) a elaborarem e executarem projeto de obras de contenção na crista e ao longo de toda a encosta, principalmente no trecho localizado próximo ao nº 213, na Travessa Pascoal, no bairro

da Engenhoca; iii) a corrigirem as patologias verificadas no pavimento da via pública Travessa Pascoal, trecho próximo ao nº 213, Fração Urbana ENG 01-A, na Engenhoca. Deixo de condenar em custas, eis que os réus são isentos, em atenção ao art. 17, X, da Lei nº 3350/99. Condeno os réus ao pagamento das taxas judiciárias, por não haver reciprocidade em favor deles. Outrossim, condeno os réus ao pagamento dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa a serem revertidos em favor do Fundo Especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro”.

Recurso de apelação (001408) sustentando que restaram violados o Art. 37 § 6º da CF e artigos 43, 186 e 927 do CC; que não há omissão da municipalidade ante a robusta política pública em intervenções urbanísticas e obras de contenção de encostas; que já foram adotadas providências no local objeto da lide, encontrando-se em fase de elaboração o projeto e orçamento de engenharia; que não cabe ao Poder Judiciário estabelecer hierarquia entre as prioridades da atividade administrativa municipal; que foi observada a Lei nº 12.340/10, que estabelece as responsabilidades dos entes públicos em situações de desastres naturais; que o Juízo deveria ter se manifestado expressamente sobre o impacto financeiro e repercussão de sua decisão; que não cabe a condenação ao pagamento de taxa judiciária e honorários ao Fundo Especial do Ministério Público.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (001509).

Manifestação do Ministério Público de 2º grau pelo desprovimento do recurso (001553).

O recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Com parcial razão o apelante.

O Ministério Público ajuizou ação civil pública em face do Município de Niterói e Empresa Municipal de Moradia – EMUSA pretendendo

a realização obras necessárias para prevenir deslizamentos de terra no Bairro da Engenhoca, naquele município.

A prefeitura construiu um muro de contenção entre o muro divisório da unidade residencial e a via pública, vindo este a apresentar inclinação e rachaduras, ocasionando o desabamento do muro adjacente e risco de deslizamento.

A Secretaria Municipal de Defesa Civil, em vistorias ocorridas em novembro de 2012, abril e outubro de 2013, no âmbito do inquérito civil público instaurado pelo Ministério Público, constatou a precariedade da obra realizada pelo Município, eis que, além de ausente a drenagem necessária, foram empregados blocos de concreto, material inapropriado para o muro de contenção erguido.

Em decorrência, aquela secretaria formulou recomendações, “face ao risco iminente de desabamento do muro que delimita o terreno”, bem como do “risco de desabamento do muro de contenção à Travessa Pascoal, dada a sua inclinação, composição e ausência de drenagem”.

Tais recomendações consistiram na “adoção de medidas de contenção do talude associado a sistema de drenagem superficial de águas pluviais do talude e da Travessa Pascoal”, bem como “a demolição acautelada do muro divisório remanescente do imóvel”.

Instada a se manifestar no referido inquérito civil, a EMUSA reconheceu a necessidade de obras de estabilização, mas informou que a localidade não integra o Programa de Contenção de Encostas, mas está inserida na programação para viabilidade de execução.

Decorrido quase uma década desde aquelas vistorias realizadas pela Defesa Civil, os autos não dão notícia das intervenções requeridas, demonstrando verdadeira omissão da Administração com a segurança de seus munícipes.

O local descrito, como bem afirmou o Juízo, esta inserto na área de risco delimitada pelo Plano Diretor de Niterói (Lei Municipal nº

1.157/1992), merecendo prioridade da Administração Municipal, que é responsável pelas condições ambientais, habitacionais, urbanísticas e de saneamento básico conforme previsão na Constituição Federal (Art. 23, incisos I, VI, IX e art. 30, incisos I, V, VIII).

Em que pese haver óbice ao Poder Judiciário em substituir a Administração nas decisões ordinárias de sua competência administrativa, a jurisprudência é pacífica quanto à possibilidade de que aquele assegure o cumprimento dos mandamentos constitucionais concernentes a efetivação das políticas públicas, diante de quadro de inércia e violação aos direitos da coletividade.

Confira-se:

"A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário" (REsp nº 1.041.197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 16/09/2009).

Ressalte-se que a existência de programas de intervenção urbanísticas e obras de contenção de encostas não afasta a omissão específica resultante da falta de intervenção na Travessa Pascoal, que submete moradores e transeuntes a riscos existentes há quase uma década.

Também não merece atenção a sempre alegada cláusula da reserva do possível, eis que não demonstrado o comprometimento do orçamento público, pelas medidas de intervenção determinadas na sentença.

Neste sentido, confira-se o Enunciado 241 da Súmula do TJRJ:

"Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas constituição."

De igual modo não assiste razão ao apelante, no que concerne a violação do art. 20 do

Decreto Lei nº 4.657/42², introduzido pela Lei nº 13.655/2018, eis que a sentença não teve por base valores jurídicos abstratos sem consideração das consequências práticas da decisão, mas valores concretos, tendo em vista a omissão e risco específicos.

Com razão o apelante quanto à exclusão da condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Estabelece o art. 18 da Lei nº 7.347/85 que "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".

Com fundamento no Princípio da Simetria, a isenção se aplica ao réu da ação, como já decidiu o STJ no seguinte julgado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 18 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI Nº 7.347/1985). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. REGRA INAPLICÁVEL ÀS ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS. 1. Por conta do princípio da simetria, a previsão do art. 18 da Lei nº 7.347/1985 deve ser interpretada também em favor do réu, quando se tratar de demanda ajuizada pelo *Parquet* ou outro colegitimado estatal, ressalvadas associações e fundações privadas, que recebem tratamento privilegiado e diferenciado no domínio da ação civil pública. 2. O espírito de facilitação do acesso à justiça, que informa e orienta o processo civil coletivo, vem cabalmente realçado no art. 18 da Lei da Ação Civil Pública: "Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas,

2 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.

nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais". 3. Nos termos da jurisprudência do STJ, a vedação de condenação do Ministério Público ou entidades estatais em honorários advocatícios - salvo comprovada má-fé - impede que sejam beneficiados quando vencedores na ação civil pública. Evidentemente, tal orientação não se deve aplicar a demandas propostas por associações e fundações privadas, pois, do contrário, barrado de fato estaria um dos objetivos mais nobres e festejados da Lei nº 7.347/1985, ou seja, viabilizar e ampliar o acesso à justiça para a sociedade civil organizada. Tudo com o agravante de que não seria razoável, sob enfoque ético e político, equiparar ou tratar como "simétricos" grandes grupos econômicos/instituições do Estado e organizações não governamentais (de moradores, ambientais, de consumidores, de pessoas com necessidades especiais, de idosos etc.). 4. Assim, dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula nº 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". 5. Recurso Especial não provido. (STJ - REsp: nº 1.796.436 RJ 2019/0002184-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 09/05/2019, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 18/06/2019)

No que diz respeito a isenção da taxa judiciária, a matéria encontra-se assentada no Enunciado nº 42 do FETJ, nestes termos:

"A isenção estabelecida no art. 115, *caput*, do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, beneficia os entes públicos quando agem na

posição processual de autores, porém na qualidade de réus, devem, por força do Art. 111, II do CTN, recolher a taxa judiciária devida ao FETJ, quando sucumbirem na demanda e a parte autora não houver antecipado o recolhimento do tributo".

A isenção prevista no art. 17, inciso IX, da Lei Estadual nº 3.350/99 abrange tão somente as custas judiciais.

Neste sentido é o Enunciado Administrativo nº 44 do FETJ:

"As custas processuais encontram-se disciplinadas na Lei nº 3.350/99, em seu artigo 1º, primeira parte, enquanto a taxa judiciária está insculpida no artigo 112 do Código Tributário Estadual (Decreto-Lei 05/75), seguindo-se que taxa e custas possuem natureza jurídica distinta, haja vista apresentarem definições diversas em nosso ordenamento jurídico"

Do exposto, o voto é no sentido de conhecer o recurso e dar-lhe parcial provimento para excluir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

RIO DE JANEIRO, 04 DE FEVEREIRO DE 2021.
DES. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA
RELATOR

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO. DETERMINAÇÃO DE REASSENTAMENTO DE MORADORES ATINGIDOS EM LOCALIDADES PRÓXIMAS, SEM PREJUÍZO AO ALUGUEL SOCIAL. RECURSOS DA REFERIDA COMPANHIA PODEM SER UTILIZADOS PARA ATENDIMENTO SOCIAL DA POPULAÇÃO AFETADA. AGRAVO DESPROVIDO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. DEFERIMENTO. DETERMINAÇÃO DO REASSENTAMENTO DOS MO-

RADORES, SEM PREJUÍZO DO PAGAMENTO DE AUXÍLIO SOCIAL OU PROGRAMA CONGÊNERE. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO REASSENTAMENTO. INCOMPETÊNCIA PARA PAGAMENTO DE ALUGUEL SOCIAL. RECURSO DESPROVIDO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu a tutela provisória de urgência para determinar o reassentamento dos moradores em localidades próximas, sem prejuízo de, transitoriamente, fazerem jus ao pagamento de auxílio aluguel ou programa congênere até a efetiva requalificação do imóvel.

2. Defende o agravante que não assumiu a responsabilidade pelo reassentamento das famílias que ocupavam irregularmente os imóveis da Região, mesmo porque a materialização da política de realocação e enfrentamento do problema fundiário da Região do Porto compete ao Município do Rio de Janeiro, bem como que não dispõe atualmente da competência para pagar o aluguel social, encargo também confiado ao Município do Rio de Janeiro.

3. A Agravante é sociedade de economia mista, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, controlada pelo Município do Rio de Janeiro, sendo competente para entre outros, promover o desenvolvimento da AEIU e gerir os ativos patrimoniais a ela transferidos pelo Município, nos termos do art. 1º, § 2º e art. 5º, I e IV, do Decreto nº 31.620/09.

4. Possui ainda a agravante, autonomia administrativa e financeira, de modo que os recursos por ela obtidos podem ser empregados para aquisição de terrenos e atendimento econômico e social da população afetada pelo projeto da região do porto, conforme dispõe o art. 40, § 1º, do Decreto nº 31.620/09.

5. O aluguel social constitui benefício assistencial de caráter temporário, destinado ao atendimento de necessidades advindas da remoção de famílias domiciliadas em áreas de risco, desabrigadas em razão da vulnerabilidade temporária, calamidade pública ou em virtude de Obras do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC) além de assegurar o direito fundamental à moradia, que se relaciona com o mínimo indispensável à dignidade humana.

6. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos nº 0068771- 64.2019.8.19.0000, em que é Agravante Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro – CDURP e Agravado Grêmio Recreativo Escola de Samba Unidos do Porto da Pedra.

Acordam os Desembargadores da Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo juízo da 10ª Vara Cível da Comarca da Capital, deferiu a tutela provisória de urgência para determinar o reassentamento dos moradores em localidades próximas, sem prejuízo de, transitoriamente, fazerem jus ao pagamento de auxílio aluguel ou programa congênere até a efetiva requalificação do imóvel:

[...] Assim, e tomando como modelo os termos de acordo constantes de f. 469/520 dos autos, determino à parte autora que:

1) imediatamente à intimação desta decisão, passe a adotar as providências necessárias a que, tão logo se cumpra a decisão de f. 379, com o desalijo dos réus peticionantes de f. 387/421, os reassente em unidade imobiliária

de no mínimo quarenta metros quadrados, em área próxima ao local em que os mesmos residiam, e:

2) enquanto não se efetivar esse reassentamento, efetue o pagamento aos réus de f. 387/421, já identificados e qualificados, do aluguel social na forma do Decreto Municipal nº 32.115, de 12/04/2010.

Cumpra-se com urgência pelo OJA de plantão.

Aduz que os agravados apresentaram contestação e reconvenção, aduzindo que ocupam o imóvel para fins de moradia, razão pela qual requereram tutela provisória de urgência para que o agravante providenciasse o reassentamento em localidades próximas, sem prejuízo de, transitoriamente, fazerem jus ao pagamento de auxílio aluguel ou programa congênere até a efetiva requalificação do imóvel, a qual foi deferida. Informa que o parâmetro utilizado pelo juízo *a quo* foi um termo de acordo assinado por algumas famílias que ocupavam imóvel localizado na avenida Francisco Bicalho, nº 49, Centro do Rio, cujo domínio útil também pertencia à agravante à naquela época. Sustenta que não promoveu o efetivo reassentamento das famílias que ocupavam aquele imóvel, mesmo porque não dispõe de capacidade institucional ou mesmo legitimidade para fazê-lo. Defende que o acordo mencionado traduz a assunção de uma obrigação ainda não configurada como “certa”, do ponto de vista jurídico, tampouco “exigível”, porque o seu cumprimento só pode tornada efetiva mediante execução de política habitacional específica na Região do Porto. Argumenta que não assumiu a responsabilidade pelo reassentamento das famílias que ocupavam irregularmente os imóveis da Região, mesmo porque a materialização da política de realocação e enfrentamento do problema fundiário da Região do Porto compete ao Município do Rio de Janeiro. Sustenta que não dispõe atualmente da competência para pagar

o aluguel social, encargo também confiado ao Município do Rio de Janeiro.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão de f. 45.

Parecer do Ministério Público a f. 47/51, em que requer a intimação da parte ré/agravada para que se manifeste sobre o peticionado pela autora/agravante e pugna por nova abertura de vista, para parecer conclusivo.

Manifestação dos agravados a f. 57/59, aduzindo que são pessoas hipossuficientes que não podem adquirir ou alugar um imóvel neste município, devendo ser inseridos em projetos habitacionais, sendo que a agravante se comprometeu com a Defensoria Pública Geral do Estado de fornecer um benefício mensal, assemelhado ao aluguel social, até entrega do imóvel.

Parecer do Ministério Público a f. 63/70 em que opina no sentido do conhecimento e desprovemento do recurso, por reconhecer a capacidade institucional da CDURP para tomar as medidas necessárias objetivando equacionar a questão relacionada ao direito de moradia dos agravados.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu a tutela provisória de urgência para determinar o reassentamento dos moradores em localidades próximas, sem prejuízo de, transitoriamente, fazerem jus ao pagamento de auxílio aluguel ou programa congênere até a efetiva requalificação do imóvel, *in verbis*:

[...] 2) enquanto não se efetivar esse reassentamento, efetue o pagamento aos réus de f. 387/421, já identificados e qualificados, do aluguel social na forma do Decreto Municipal nº 32.115, de 12/04/2010.

Narra o agravante, resumidamente, que não assumiu a responsabilidade pelo reassentamento das famílias que ocupavam irregularmente os imóveis da região, mesmo porque a materialização

da política de realocação e enfrentamento do problema fundiário da Região do Porto compete ao Município do Rio de Janeiro, bem como que não dispõe atualmente da competência para pagar o aluguel social, encargo também confiado ao Município do Rio de Janeiro.

A CDURP – Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro é sociedade de economia mista, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, controlada pelo Município do Rio de Janeiro, sendo competente para entre outros, promover o desenvolvimento da AEIU – Área de Especial Interesse Urbanístico da Região do Porto do Rio e gerir os ativos patrimoniais a ela transferidos pelo Município, nos termos do art. 1º, § 2º e art. 5º, I e IV, do Decreto nº 31.620/09.

Art. 1º A Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro S/A – CDURP é uma sociedade de economia mista, constituída sob a forma de sociedade anônima, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, cujo controle será exercido pelo Município do Rio de Janeiro.

§ 2º A CDURP possui autonomia administrativa e financeira e está vinculada à Secretaria Extraordinária de Desenvolvimento.

Art. 5º A CDURP tem por objeto:

I - promover, direta ou indiretamente, o desenvolvimento da Área de Especial Interesse Urbanístico - AEIU da Região do Porto do Rio de Janeiro;

IV - gerir os ativos patrimoniais a ela transferidos pelo Município ou por seus demais acionistas, ou que tenham sido adquiridos a qualquer título.

Por possuir autonomia administrativa e financeira, os recursos obtidos pela agravante podem ser empregados para aquisição de terrenos e

atendimento econômico e social da população afetada pelo projeto da região do porto, conforme dispõe o art. 40, § 1º, do Decreto nº 31.620/09.

Art. 40. Os recursos obtidos com a venda de terrenos, a alienação de CEPAC e demais receitas da CDURP serão depositados em conta específica da própria companhia ou de fundo de investimento ou garantidor de obrigações pecuniárias com o qual a CDURP tenha relação, como quotista ou como beneficiária.

§ 1º Os recursos poderão ser empregados no pagamento de todas as despesas pertinentes à Operação Urbana Consorciada da Região do Porto do Rio de Janeiro, inclusive intervenções constantes do programa básico de ocupação da AEIU da Região do Porto do Rio de Janeiro, aquisição de terrenos, atendimento econômico e social da população diretamente afetada, pagamento de empréstimos ou de valores garantidos, custos de carregamento, custódia e administração.

Ademais, em outros casos semelhantes, a agravante arcou com o pagamento de aluguel social, conforme se extrai da jurisprudência abaixo colacionada:

Ação de conhecimento. Relato autoral de descumprimento do acordo realizado com a Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro - CDURP. Autor que ocupava imóvel situado na Av. Francisco Bicalho, nº 49, Santo Cristo - antigo prédio da Companhia Docas - sendo tal ocupação marcada pelas condições precárias e vulnerabilidade das famílias ocupantes. Pedido de conversão da obrigação em perdas e danos, bem como indenização por dano moral. Sentença de improcedência. Apelo interposto pelo autor. A moradia é um direito social fundamental protegido pela Constituição Federal, em seu art. 6º, corolário do princípio

da dignidade humana, também assegurado pela Carta Magna. Não se verifica nos autos, qualquer descumprimento por parte da ré, já que vem adimplindo com o pagamento do aluguel social e, em que pese o prazo de 24 (vinte e quatro) meses para o reassentamento, não foi prevista nenhuma penalidade caso tal prazo fosse ultrapassado, porquanto foi prevista a obrigação subsidiária. Inexiste dever de indenizar ou ressarcir, na medida em que não foi praticado qualquer ato ilícito pela parte ré. Dano moral inexistente. Majorados honorários de sucumbência. Desprovemento do recurso. (Apelação Cível nº 0181497-12.2018.8.19.0001, da 13ª Câmara Cível, Relator Des. SIRLEY ABREU BIONDI, julgado em 15/07/20)

APELAÇÃO CÍVEL. ALUGUEL SOCIAL. DIREITO À MORADIA. ARTIGO 6º DA CRFB/88. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES PÚBLICOS. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. DESOCUPAÇÃO DE IMÓVEL, NO QUAL RESIDIA O AUTOR, PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, CONFORME LEGISLAÇÃO QUE REGULAMENTA O TEMA. POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO PAGAMENTO. DOCUMENTO QUE COMPROVA O PAGAMENTO DA REFERIDA VERBA, NO IMPORTE DE R\$ 400,00 (QUATROCENTOS REAIS), EM JUNHO DE 2014, EFETUADO PELA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO URBANO DA REGIÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO - CDURP, CONSIGNANDO-SE QUE O REFERIDO BENEFÍCIO SE CONSUBSTANCIARIA EM RENOVÁVEL ATÉ A ENTREGA DO IMÓVEL PELA SECRETARIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO - SMH, NO ÂMBITO DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. NESSA HIPÓTESE ESPECÍFICA NÃO HAVERÁ DELIMITAÇÃO DE PRAZO PARA O PAGAMENTO DA VERBA, DIANTE DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DO ENTE MUNICIPAL, QUE ASSINALOU QUE O

AUTOR PERTENCE AO GRUPO DE FAMÍLIAS QUE RECEBERÁ O AUXÍLIO HABITACIONAL TEMPORÁRIO ATÉ O REASSENTAMENTO. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. (Apelação Cível nº 0273140-56.2015.8.19.0001, da 2ª Câmara Cível, Relatora Des. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES, julgado em 15/05/2019)

Registre-se, por oportuno, que o aluguel social constitui benefício assistencial de caráter temporário, destinado ao atendimento de necessidades advindas da remoção de famílias domiciliadas em áreas de risco, desabrigadas em razão da vulnerabilidade temporária, calamidade pública ou em virtude de Obras do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC).

Tal benefício busca assegurar o direito fundamental à moradia, que se relaciona com o mínimo indispensável à dignidade humana.

Portanto, a argumentação trazida pela agravante não merece prosperar.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer o recurso e negar-lhe provimento, mantendo a decisão agravada nos seus termos.

**RIO DE JANEIRO, 03 DE MARÇO DE 2021.
DES. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO
RELATOR**

ACESSÃO. CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL NOS FUNDOS DO TERRENO DE PROPRIEDADE DA AVÓ DA AUTORA. CONSENTIMENTO. PROVA NOS AUTOS. BOA-FÉ. INDENIZAÇÃO DOS VALORES DESPENDIDOS COM A CONSTRUÇÃO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. ACESSÃO. EDIFICAÇÃO EM TERRENO ALHEIO COM AUTORIZAÇÃO DA PROPRIETÁRIA. FATO INCONTROVERSO. CONFIGURAÇÃO DE BOA-FÉ. GASTOS COMPROVADOS NOS AUTOS. DIREITO À INDENIZAÇÃO, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 1.255 DO CÓDIGO CIVIL.

QUANTIFICAÇÃO A SER AUFERIDA EM PERÍCIA NA FASE DE LIQUIDAÇÃO. ART. 509 E 510 DO CPC/2015. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.

- Apelante que se irressigna com a sentença que julgou improcedente o pedido relativo à indenização pela construção de um imóvel no terreno da ré, com sua autorização, haja vista a devida comprovação dos gastos nos autos.

- Sentença que se revela contraditória, na medida em que afirma que a ré “cedeu parte de seu terreno para a autora construir uma nova casa”, destaca que a “autora realizou e construção do imóvel, juntando aos autos comprovantes de compra de materiais e de prestação de serviços”, e, em seguida, conclui que “não se vê a real prova comprobatória nos autos, haja vista que não houve prova pericial ou prova testemunhal, necessárias para julgamento deste lide.”.

- Na verdade, há prova cabal nos autos acerca das despesas tidas pela autora com a construção da casa, tendo a ré admitido que deu permissão à neta para realizar a acessão em seu terreno e lá residir, tornando incontroversa a boa-fé da autora quando da construção do imóvel.

- Ainda que posteriormente, em razão de conflitos pessoais, a apelante tenha saído do imóvel e transgredido acordo verbal realizado com sua avó, no sentido de que o imóvel não poderia ser alugado ou vendido para pessoas estranhas, referida tese não restou minimamente comprovada. Ao contrário, já que a própria ré confessa que, atualmente, seu neto mora na casa da autora sem qualquer contraprestação. E mais: que ela, ré, não permitiu a cobrança do aluguel de R\$ 1.000,00 (mil reais) pretendido pela demandante, simplesmente porque a casa da autora foi construída nos limites de sua propriedade, configurando clara hipótese

de enriquecimento sem causa da apelada.

- O *decisum* recorrido também se equivocou ao afirmar que seria necessária a realização de prova pericial para julgamento da lide, tendo em vista que a perícia pode ser realizada na fase de liquidação do julgado, consoante artigos 510 e 510, do CPC/2015, oportunidade na qual será quantificado o valor da acessão promovida pela autora no imóvel da ré. Precedentes.

- Enfim, assiste, de modo inequívoco, direito à autora em ser indenizada pela acessão consubstanciada em uma casa construída nos fundos do terreno de sua avó, nos exatos termos do que dispõe o artigo 1.255, do Código Civil.

Provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0075048-43.2013.8.19.0021, em que figura como Apelante E.S.P, sendo Apelado M.R.C..

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Quarta Câmara Cível do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, em dar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de ação indenizatória proposta por E.S.P em face de M.R.C., alegando, em síntese, que construiu com o consentimento de sua avó, ora ré, uma casa de 10 m², ocupando parte do terreno de sua propriedade, situado na Rua C.S., XX, XXX, XXXXXX.

Alega que investiu o total de R\$ 24.712,00, mas que foi impedida pela ré de fixar residência, bem como alugar o imóvel, não aceitando a ré ressarcir os gastos compreendidos pela autora.

Requer o ressarcimento de todos os valores desembolsados devidamente atualizados, o pagamento de todas as parcelas acrescidas de juros e correção monetária sobre o total da condenação e indenização por dano moral (índex 3).

Decisão concedendo a gratuidade de Justiça à autora (índex 92).

Ata da audiência de conciliação realizada em 06/02/2014, revela a impossibilidade de acordo entre as partes (índex 104).

Contestação, aduzindo, preliminarmente a ilegitimidade passiva *ad causam* e pedindo a conversão da ação para o procedimento ordinário.

No mérito, alega a ré que o acordo entre as partes configurou o impedimento de venda e do aluguel do imóvel, de modo que se houvesse necessidade de disposição ou fruição do terreno esta somente poderia recair sobre a pessoa da família.

Sustenta que a autora morou de forma mansa e pacífica no imóvel durante algum tempo, destacando que, posteriormente, mudou-se e acordou verbalmente a venda do imóvel para seu primo, também neto da ré.

Relata que, quando o primo da autora foi efetuar a segunda contraprestação do contrato, a autora resolveu transformar a venda em um contrato de aluguel, o que não foi aceito pelo seu primo.

Aduz que, em seguida, a autora tentou alugar o imóvel para terceiros, transgredindo o acordo feito anteriormente com a ré, que não queria estranhos em seu terreno, o que demonstra a má-fé da demandante.

Pede ao final que a autora perca a edificação construída, na forma do art. 1.255 do CC/02 e reitera que não há o que se falar em ressarcimento de benfeitorias, visto que o caso em questão se refere à matéria de acessão, pugnando pela improcedência do pedido (índex 105).

Decisão concedendo gratuidade de Justiça à ré (índex 116).

Réplica a f. 136/137.

Decisão saneadora.

Audiência de instrução e julgamento realizada em 13/09/2016, na qual foram colhidos os depoimentos pessoais da autora e da ré (índex 134).

Decisão convertendo o feito em diligência para avaliação do imóvel em questão, bem como quanto sua construção agregou ao terreno (índex 138), sendo exaradas certidões negativas pelo OJA (139, 146 e 151), sobre as quais manifestou-se a parte autora (índex 156).

Alegações finais ofertadas pelas partes ré e autora (índex 160 e 164).

Sentença prolatada a f. 156/157 (índex 166), julgando improcedente em parte o pedido autoral, nos seguintes termos:

"(...) Trata-se de ação objetivando o ressarcimento dos valores pagos referentes a construção de uma nova casa e indenização por danos morais.

Impõe destacar que a autora (E.S.P.) é neta da Ré (M.R.C.).

Verifico ainda que, o imóvel em questão é de propriedade da Ré, M.R.C., onde a mesma cedeu parte de seu terreno para a autora construir uma nova casa.

A autora realizou a construção do imóvel, juntando aos autos comprovantes de compra de materiais e de prestação de serviços.

O pedido de indenização por danos morais não merece acolhida, visto que a situação vivenciada não traduz ofensa aos direitos da personalidade, já que não extrapola os limites dos aborrecimentos típicos dos conflitos de família.

Da mesma forma, nota-se que a matéria em questão não se trata de benfeitoria, visto que não há adição ou modificação de uma casa já existente, e sim a construção de uma nova casa, o que configura uma acessão.

Ademais, não se vê real prova comprobatória nos autos, haja vista que não houve prova pericial ou prova testemunhal, necessárias para julgamento desta lide.

Isto posto, na forma art. 487, I do CPC, julgo improcedente o pedido inicial, condenando a autora a pagar as custas e honorários advocatícios, estes ora fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da indenização, devendo ser observado a Gratuidade de Justiça anteriormente deferida.

Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se.

Publique-se e intimem-se.”

Apela a autora, arguindo que a sentença deixou de considerar e analisar as notas fiscais, recibos e o empréstimo adquirido para a construção do imóvel, bem como o depoimento da ré em audiência, admitindo a construção objeto da lide.

Requer o provimento do recurso, para que seja julgado procedente o pedido de restituição dos valores despendidos e comprovados nos autos, sob pena de enriquecimento sem causa da ré (index 169).

Ausência de contrarrazões (index 174).

É o relatório.

VOTO

Recebo o recurso no duplo efeito, e dele conheço, diante da presença dos requisitos intrínsecos e extrínsecos para sua admissibilidade, sendo a apelante beneficiária da gratuidade de Justiça.

Assiste razão à recorrente.

Esclareça-se que será examinado apenas o pedido afeto ao ressarcimento de valores despendidos e comprovados nos autos com a construção de imóvel em terreno de propriedade da ré, já que a apelante não requereu a reanálise acerca do alegado direito à reparação por danos morais (*tantum devolutum quantum apelatum*).

Deveras, o caso dos autos consubstancia hipótese clara de acessão, tal como fundamentado no *decisum* recorrido.

Acessões artificiais são modos de aquisição originária da propriedade imóvel, consistentes em obras com a formação de coisas novas que se aderem à propriedade preexistente (*superficies solo cedit*), aumentando-a qualitativa ou quantitativamente.

Imperioso observar, ainda, que o fundamento do direito à indenização pelas benfeitorias e acessões realizadas no bem pertencente a outrem é a vedação do enriquecimento ilícito.

In casu, a ré afirma, em contestação, que a “autora construiu sua casa e morou de forma mansa e pacífica durante algum tempo” (index 105), admitindo em seu depoimento pessoal que permitiu que sua neta e autora construísse a casa em terreno de sua propriedade.

Afigura-se, pois, incontroversa a boa-fé da autora, quando da construção do imóvel no terreno de sua avó, ora apelada.

Ainda que posteriormente, em razão de conflitos pessoais, a apelante tenha saído do imóvel e transgredido acordo verbal realizado com sua avó, no sentido de que o imóvel não poderia ser alugado ou vendido para pessoas estranhas – por razões óbvias –, referida tese não restou minimamente comprovada. Ao contrário, já que a própria ré confessa em Juízo que, atualmente, seu neto mora na casa da autora sem qualquer contraprestação. E mais: que ela, ré, não permitiu a cobrança do aluguel de R\$ 1.000,00 (mil reais) pretendido pela demandante, simplesmente porque a casa da autora foi construída nos limites de sua propriedade, configurando clara hipótese de enriquecimento sem causa da apelada.

Assiste, de modo inequívoco, direito à autora em ser indenizada pela acessão consubstancia em uma casa construída nos fundos do terreno de sua avó, nos exatos termos do que dispõe o artigo 1.255, do Código Civil: “Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito à indenização.”.

A sentença afigura-se contraditória, na medida em que afirma que a ré “cedeu parte de seu terreno para a autora construir uma nova casa”, destaca que a “autora realizou e construção do imóvel, juntando aos autos comprovantes de compra de materiais e de prestação de serviços”, e, em seguida, conclui que “não se vê a real prova comprobatória nos autos, haja vista que não houve prova pericial ou prova testemunhal, necessárias para julgamento desta lide

Na verdade, há prova cabal nos autos acerca das despesas tidas pela autora com a construção da casa, tendo a ré admitido que deu permissão à neta para realizar a acessão em seu terreno e lá residir.

O *decisum* recorrido também se equivoca ao afirmar que seria necessária a realização de prova pericial para julgamento da lide, tendo em vista que a perícia pode ser realizada na fase de liquidação do julgado, a teor do disposto nos artigos 510 e 510, do CPC/2015, *in verbis*:

“Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:

I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação;

II - pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

§ 1º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

§ 2º Quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, o credor poderá promover, desde logo, o cumprimento da sentença.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça desenvolverá e colocará à disposição dos interessados programa de atualização financeira.

§ 4º Na liquidação é vedado discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.

Art. 510. Na liquidação por arbitramento, o juiz intimará as partes para a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos, no prazo que fixar, e, caso não possa decidir de plano, nomeará perito, observando-se, no que couber, o procedimento da prova pericial.”

A natureza do objeto da liquidação objeto destes autos impõe a liquidação por arbitramento, hipótese na qual é permitida a produção de prova pericial, que, *in casu*, deverá quantificar o valor da acessão realizada nos fundos do imóvel da ré.

Confira-se a jurisprudência deste Tribunal de Justiça acerca desse tópico, em situações similares, através dos arestos abaixo colacionados:

0001638-69.2019.8.19.0205 – APELAÇÃO - Des(a). TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES - Julgamento: 19/08/2020 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLEMENTO DO COMPRADOR. 1. Preliminar de nulidade da sentença em razão da ausência de designação da audiência de conciliação requerida na contestação. Rejeição. 2. A falta da citada audiência, não pode ser considerada nulidade absoluta, uma vez que não viola norma cogente e não macula o processo com vício insuperável. Ao contrário, nada impede que as partes cheguem à solução amigável extrajudicialmente, ou mesmo requeiram em conjunto a citada audiência, o que não foi feito nos autos. 3. Partes firmaram contrato particular de compra e venda do imóvel, acordando o preço total de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), com entrada estipulada no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais),

quitada no ato de assinatura do contrato, e saldo restante a ser composto em nove cheques pós-datados, conforme estipulado na Cláusula Segunda. 4. A compradora adimpliu com o valor da entrada de R\$ 100.000,00 e das 03 (três) primeiras parcelas, no valor de R\$ 10.000,00 cada, deixando de adimplir com o restante do valor acordado. 5. Possibilidade de rescisão do contrato requerida pela vendedora, principalmente diante da lesão econômica por esta sofrida, observando-se que a promitente compradora habita o imóvel há certo lapso de tempo, sem nada pagar. 6. Retenção do equivalente a 1/3 do valor total do contrato se mostra desproporcional e abusivo, merecendo sofrer redução, nos termos do artigo 413 do Código Civil, considerando-se que a retenção integral do sinal é excessiva e traz desequilíbrio entre as partes. Em caso de rescisão de compromisso de compra e venda por culpa do promitente comprador, é possível ao vendedor reter entre 10% e 25% dos valores pagos. Precedentes STJ. 7. Retenção de 20% sobre os valores efetivamente pagos que se mostra razoável. 8. Considerando a rescisão contratual, bem como o tempo que a parte ré utilizou o imóvel sem nada pagar, entendo ser cabível ainda o pedido de indenização pelas perdas e danos, que devem ser contabilizadas desde a data da imissão da posse, qual seja, junho de 2015. 9. O valor do aluguel deve ser arbitrado por meio de perícia, em sede de liquidação de sentença. 10. Em relação ao valor das benfeitorias, cumpre destacar que o fundamento do direito à indenização pelas benfeitorias e acessões realizadas no bem pertencente a outrem é a vedação do enriquecimento ilícito. 11. Da mesma forma que o valor referente ao aluguel, o mais correto é remeter a quantificação do valor das benfeitorias realizadas no imóvel para posterior fase de liquidação de sentença ocasião em que os

acréscimos serão analisados pelo perito. 12. Dano morais não configurados. 13. A questão se restringe ao inadimplemento contratual, não restando demonstrada nenhuma ofensa a direito da personalidade apta a configurar danos morais indenizáveis. 14. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE RÉ E PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE AUTORA.

0001503-95.2018.8.19.0042 – APELAÇÃO - Des(a). SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO - Julgamento: 26/08/2020 - DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível. Ação de Repetição de Indébito. Alegação autoral de cobrança indevida a título de laudêmio, pela inclusão de construções em sua base de cálculo. Sentença de procedência, para condenar a Ré a restituir à Demandante a diferença entre o que recebeu a título de laudêmio e o que deveria efetivamente ter recebido, na forma determinada pelo art. 2.038, § 1º, do CC/02, montante que deverá ser objeto de liquidação, com exclusão dos valores de construções e plantações, restringindo-se somente ao valor do terreno, que deverá ser corrigido monetariamente, com o acréscimo de juros de mora. Irresignação da Demandada. Requerente que adquiriu, em 13/07/2017, por meio de Escritura de Renúncia de Usufruto e Compra e Venda, o imóvel assinalado na exordial, objeto de enfiteuse, efetuando o pagamento de R\$ 9.750,00 (nove mil, setecentos e cinquenta reais) a título de laudêmio, com a adoção do preço de mercado do imóvel como base de cálculo, no montante de R\$ 390.000,00 (trezentos e noventa mil reais). Imóvel que, nos termos do instrumento, é constituído pelo apartamento de um edifício e pela fração ideal do terreno, indicando haver uma construção no local. Inteligência do art. 2.038, § 1º, I, do Código Civil de 2002, que passou a vedar a cobrança de laudêmio sobre o valor das cons-

truções e plantações. Legislador que manteve as enfiteuses já existentes, alterando apenas a base de cálculo do laudêmio na hipótese de alienação, para os negócios jurídicos realizados sob a vigência do Código Civil de 2002. Ausência de violação ao ato jurídico perfeito ou ao direito adquirido. Inexistência de negócio jurídico subjacente ao contrato original. Pagamento do montante que resulta justamente da alienação onerosa do bem enfiteutico, como compensação por não ter o nu-proprietário exercido a preferência prevista legalmente, decorrendo da própria regulação do instituto da enfiteuse e sendo, na prática, recolhido pela Demandada, não havendo que se falar em anuência do Requerente. Liquidação do montante que deve ocorrer por arbitramento, quando será possível a realização de perícia, nos termos do art. 510 do CPC. Eventual discussão a respeito da quantificação que deve ser veiculada no momento processual próprio. Precedentes deste Nobre Sodalício. Manutenção da sentença. Aplicação da regra do art. 85, § 11, do CPC. Conhecimento e desprovemento do recurso.

Por conta de tais fundamentos, voto no sentido de dar provimento ao recurso, para reformar parcialmente a sentença e julgar procedente o pedido de indenização pela acessão promovida pela autora no terreno da ré (terceira e última casa), situado na C.S., XX, XXXX, XXXX, permitindo-se, na fase de liquidação da sentença, a produção de perícia, à luz dos artigos 509 e 510 do CPC, para quantificação da referida acessão, mantendo-se os demais termos da sentença.

Considerando a sucumbência recíproca das partes, condeno a apelada ao pagamento de metade das custas e, igualmente, de honorários sucumbenciais de 10% sobre o valor da indenização, com suporte no art. 85, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, observada a gratuidade de Justiça

anteriormente concedida à ré (art. 98, § 3º, do CPC/2015).

RIO DE JANEIRO, 03 DE MARÇO DE 2021.
DES. MARIA HELENA PINTO MACHADO
RELATORA

ADOÇÃO. ENTEADA. INCONFORMISMO DA FILHA BIOLÓGICA. ALEGAÇÃO DE INTERESSE MERA-MENTE PATRIMONIAL. TESTAMENTO PÚBLICO. ATESTADO DE GOZO PLENO DAS FACULDADES MENTAIS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Apelação cível. Ação de adoção. Inconformismo da filha biológica, na qualidade de terceira interessada. Manifestação volitiva livre e consciente do adotante. Relação de afeto. Fraude não comprovada. Conjunto fático-probatório que não indica objetivo escuso. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação N° 0317864- 82.2014.8.19.0001, em que é Apelante R.N.T. e Apelada C.P.S.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

A.R.T. ajuizou pedido de adoção de sua enteada C.P.S. No polo passivo, figura o pai registral M.S.M.S.

No curso do processo, o adotante faleceu.

A filha biológica R.N.T. interveio no processo e opôs-se à adoção, com base nos seguintes argumentos: 1) seu pai nunca teria demonstrado o desejo de adotar; 2) a ação foi proposta quando ele apresentava quadro de senilidade. 3) a adotanda e o pai biológico sempre mantiveram relacionamento estreito; 4) o interesse subjacente à adoção seria meramente patrimonial.

Houve revelia do pai registral.

A sentença julgou procedente o pedido.

Apela a filha biológica, na qualidade de terceira interessada. Suscita preliminar de cerceamento de defesa, porque o julgamento antecipado da causa impediu a oitiva de testemunhas e a realização de estudo social. No mérito, reedita seus argumentos.

Contrarrazões em prestígio do julgado.

É o relatório.

VOTO

O conjunto probatório é seguro no sentido de que houve a manifestação volitiva livre e consciente do adotante. Há inúmeras fotografias e mensagens em profusão, trocadas entre a recorrida e o padrasto, ao longo dos mais de 20 anos de convivência, que evidenciam a relação afetiva existente (f. 135/171).

Também foi acostada escritura de testamento público, lavrada em maio de 2015 (posteriormente a data da distribuição da ação), na qual A.R.T., embora cuidasse da divisão de seu patrimônio, fez menção expressa à intenção de adotar C.P.S. (ora recorrida). Naquele ato, o tabelião atestou o gozo pleno de suas faculdades mentais (f. 178/180). Daí porque o juízo do primeiro grau considerou, acertadamente, desnecessária a prova oral e o estudo social.

Rejeito, desse modo, a preliminar de cerceamento de defesa.

No mérito, também não prospera o inconformismo.

A apelante alega que da idade avançada de seu pai decorreria a senilidade e o consequente vício de vontade.

No entanto, o patamar etário elevado não gera, por si só, presunção de incapacidade. E a Lei nº 10.741/2003 assegura ao idoso todos os direitos inerentes à pessoa humana, não sendo possível privá-lo de tais direitos, pela simples idade propecta (art. 4º).

Em outra linha argumentativa, a recorrente sustenta que o relacionamento com a adotada não era de pai e filha, em razão da existência

de laços sólidos com o genitor biológico, o que retiraria o pressuposto para a adoção.

A tese é igualmente infundada.

O pai biológico foi citado e permaneceu inerte, deixando nítida a falta de oposição ao perfazimento do ato. Ademais, não há qualquer impedimento à existência de dupla paternidade, diante da pluralidade de laços afetivos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal admite a coexistência entre a paternidade biológica e socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos (RE nº 898.060. Rel. Min. LUIZ FUX).

Por outro lado, a relação de afeto é incontestável. Durante duas décadas, o adotante tratou a enteada como sua filha. Assim, o que se pretende nestes autos é oficializar uma situação fática pré-existente.

Concluo, desse modo, que a sentença está isenta de reparos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso. Em cumprimento ao art. 85 § 11 do CPC, majoro os honorários advocatícios para R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais).

RIO DE JANEIRO, 18 DE DEZEMBRO DE 2020.

**DES. AGOSTINHO TEIXEIRA
RELATOR**

FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ERRO MÉDICO. INÉRCIA NO ATENDIMENTO E MEDICAÇÃO INADEQUADA NO MOMENTO DO PARTO. MORTE DA MÃE. DANO MORAL. SEQUELAS PERMANENTES NA FILHA AUTORA POR ASFIXIA NEONATAL. POSSIBILIDADE DE TRABALHOS FUTUROS PREJUDICADOS. PENSIONAMENTO VITALÍCIO.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ERRO MÉDICO EM NOSOCÔMIO DA MUNICIPALIDADE. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DE DEMORA NO ATENDIMENTO DE PACIENTE GESTANTE COM MINISTRAÇÃO DE MEDICAMENTO INADEQUADO AO SEU QUADRO CLÍNICO E INÉRCIA

NO PROCEDIMENTO PARA INTERNAÇÃO E CIRURGIA, OCASIONANDO O NASCIMENTO DA CRIANÇA COM ASFIXIA NEONATAL. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR O ENTE MUNICIPAL AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E AO PENSIONAMENTO VITALÍCIO NO VALOR DE UM SALÁRIO-MÍNIMO NACIONAL, DESDE A DATA DO NASCIMENTO, COM ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS, EXCETO O RECOLHIMENTO DA TAXA JUDICIÁRIA. APELO DO RÉU, REPISANDO AS ARGUMENTAÇÕES ANTERIORMENTE ESPOSADAS PARA A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO E, ALTERNATIVAMENTE, PARA ADEQUAÇÃO DA INCIDÊNCIA DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA, EXCLUSÃO DO PAGAMENTO DA PENSÃO VITALÍCIA, BEM COMO DA TAXA JUDICIÁRIA E REDUÇÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL. PEQUENA REFORMA DO JULGADO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA QUE DEU SOLUÇÃO ADEQUADA À LIDE. EMBASAMENTO NO LAUDO PERICIAL QUE CONCLUIU EXPRESSAMENTE QUE HOUVE FALHA DO ATENDIMENTO MÉDICO, CONSISTENTE NA DEMORA DO ATENDIMENTO E NA REALIZAÇÃO DA CIRURGIA. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE O ERRO NO ATENDIMENTO, AS FALHAS APONTADAS PELO LAUDO PERICIAL E O EVENTO MORTE. DANO MORAL FIXADO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. JUROS MORATÓRIOS E ATUALIZAÇÃO QUE DEVEM QUE, IN CASU, DEVEM SER CORRIGIDOS PARA FLUÊNCIA, RESPECTIVAMENTE, CONFORME A PREVISÃO DAS SÚMULAS Nos 54 E 362 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENSÃO VITALÍCIA QUE SE JUSTIFICA. APLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 215 DESTA EGRÉGIA TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADOÇÃO COMO PARÂMETRO DE UM SALÁRIO-MÍNIMO MENSAL. TAXA JUDICIÁRIA DEVIDA. APLICABILIDADE DO VERBETE 145

DESTA COLENDIA CORTE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0010440- 45.2010.8.19.0052 em que é Apelante o Município de Araruama e Apelada M.T.S.V..

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem esta Egrégia Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em Dar Parcial Provimento ao Recurso, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Recurso de Apelação interposto pelo Município de Araruama em face da sentença prolatada pelo MM Juízo de Direito da Segunda Vara Cível da Comarca de Araruama, da lavra do culto e operoso Juiz ALEXANDRE CAMACHO, que julgou parcialmente procedente o pedido na ação indenizatória ajuizada por M.T.S.V., representada por seu pai, C.A.V..

Alegou a autora, na inicial, em síntese, que sua mãe sempre gozou pressão arterial normal durante a gravidez, sendo que no dia 03/02/2010, quando já contava com quarenta semanas de gravidez, verificou uma elevação considerável de sua pressão arterial

Aduziu que apesar do seu quadro, o único medicamento prescrito pelo médico do hospital foi o *Buscopan*, cuja bula, anexa aos autos, demonstra que de nada servia para o seu quadro;

Afirmou, também, que ocorreram outras idas ao hospital sendo que 03/02/2010 era a provável data do parto, conforme seu cartão de gestante, mas nada foi feito em relação a isso.

Declarou, ainda que, efetivamente, no dia do parto - 06/02/2010, a mãe da autora apresentava os mesmos sintomas e a ré negava-se a interná-la

e só após insistência de seu pai, foi ele internada para a realização do parto, nascendo, entretanto, com Asfixia Neonatal por demora na cirurgia.

Requeru a condenação do réu ao pagamento de pensão vitalícia e a indenização por dano moral.

Adoto, no mais, o relatório constante da sentença, na forma do permissivo regimental.

Entrega da prestação jurisdicional através da sentença de procedência de f. 338, cuja parte dispositiva reza o seguinte:

“...Pelo exposto, julgo procedente em parte o pedido para condenar o Município réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em favor da autora, valor corrigido desde a publicação desta sentença e juros legais desde a ocorrência do evento danoso. Correção e juros segundo os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97; Julgo procedente o pedido para condenar o réu ao pensionamento vitalício da autora no valor de 01 (um) salário-mínimo nacional desde a data do nascimento, correção e juros das verbas de pensionamento desde o último dia útil de cada mês em que não realizado o pagamento segundo os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o art. 1º-2-F da Lei nº 9.494/97. Em consequência, JULGO extinto o processo com julgamento do mérito, na forma do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil. Deixo de condenar o réu no pagamento das despesas processuais, eis que isento, na forma do artigo 17, IX, da Lei Estadual nº 3.350/99, entretanto, condeno o réu ao pagamento da taxa judiciária. Quanto à taxa, não há que se falar em exclusão do pagamento, uma vez que o Município é réu na presente

ação, devendo incidir à hipótese o Enunciado nº 145 da Súmula desse Tribunal de Justiça. Condeno o réu ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor total da condenação, na forma do artigo 85, § 3º, II, do CPC/2015 ...”

O apelante, em suas razões, pleiteia, em síntese, a reforma da sentença, reprisando as argumentações anteriormente esposadas por ocasião da peça de bloqueio para improcedência do pedido e, alternativamente, para adequação da incidência dos juros e da correção monetária, exclusão do pagamento da pensão vitalícia, bem como da taxa judiciária e redução da verba sucumbencial (f. 282);

O apelado, em contrarrazões, prestigia o julgado. (f. 298).

A Douta Procuradoria, em fundamentado parecer, opinou, *in fine* pela correção na incidência dos juros arbitrados no *decisum*. (f. 440).

É o relatório. Passo a votar.

VOTO

Em juízo de admissibilidade, reconheço a presença dos requisitos extrínsecos e intrínsecos, imprescindíveis à interposição do presente recurso.

Trata-se de ação de indenizatória, objetivando o pagamento de pensão vitalícia, bem como compensação por dano extrapatrimonial em decorrência falecimento neonatal ocorrido em nosocômio do réu por demora no atendimento e c procedimento cirúrgico.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido e merece, tão somente, uma pequena correção.

Isto porque o nobre magistrado de primeiro grau bem analisou a questão dos autos e deu deslinde acertado à demanda, sendo, inclusive, despiciendo reprisar aqui o que relatou e como bem fundamentou o sentenciante de piso, dada a abordagem bastante detalhada e esclarecedora.

Registre-se, por oportuno, que o direito à vida é a mais importante das garantias fundamentais consagradas no *caput*, do art. 5º, da CRFB/88:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes do país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos”.

Por seu turno, o direito à saúde está arrolado no *caput* do art. 6º da CRFB/88, inserido no título relativo aos direitos e garantias fundamentais, sendo um corolário lógico do princípio da dignidade humana, pilar fundamental do Estado Democrático de Direito, elencado no art. 1º, III, da Carta Magna.

De outro lado, o art. 196, da Carta Política constitui o preceito constitucional garantidor do direito à saúde, que estabelece ser dever do estado, em sentido amplo, materializar e efetivar o acesso igualitário e universal às ações e serviços de proteção da saúde, *in verbis*:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

De igual relevância é a disposição prevista no artigo 198 da Constituição da República, por meio da qual se determinou a principal diretriz de efetivação do dever constitucional de zelar pela saúde pública, estabelecendo-se o atendimento integral do cidadão, além da criação do Sistema Único de Saúde.

“As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I. (...)

II. atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Com efeito, não se pode olvidar do esforço expendido pelo ordenamento jurídico, no sentido de tutelar o fundamental direito à saúde e, por conseguinte, a uma vida digna ao indivíduo, devendo o estado prestar os serviços médico-hospitalares e fornecer os medicamentos comprovadamente necessários aos doentes hipossuficientes.

Incontroversa a questão acerca da dinâmica do evento danoso, cumpre tecer breves comentários sobre a presente demanda.

In casu, restou demonstrado que o evento morte ocorreu em razão da má prestação dos serviços de saúde oferecidos pelo Município de Araruama, no hospital por ele administrado, que atuou de forma absolutamente negligente ao deixar de prestar o devido auxílio e com a urgência necessária à mãe gestante, em trabalho de parto.

Em razão da inércia dos prepostos do ente público, a criança veio a óbito.

Segundo o laudo pericial, não restam dúvida, porquanto o mesmo concluiu expressamente que houve falha do atendimento médico e que em razão da demora, a criança acabou por apresentar comprometimento neurológico e desenvolvimento incompatível com sua idade cronológica.

Assim sendo, indene de dúvida o nexo de causalidade entre a conduta do ente municipal e conduta culposa no atendimento médico e as sequelas experimentadas pela autora, certo que em função deste erro gravíssimo foi submetida a intenso sofrimento desde o momento em que nasceu e carrega graves sequelas, que sequer

há certeza quanto à sua recuperação ou se terá uma vida digna e independente.

Daí decorre o dever de indenizar.

Por certo, o dano moral decorre da própria situação vivida pela autora – morte do recém-nascido, sendo inegável o abalo psicológico e trauma que carregará em razão do fato danoso.

Destarte, embora não deva o valor da reparação constituir causa de enriquecimento ilícito, não é menos verdade que deve indicar um juízo de reprovação, a fim impor maior responsabilidade ao prestador de serviço.

Para efeitos da quantificação da indenização devem ser observados dois critérios: o primeiro, traduzido na tentativa de substituição da dor e do sofrimento por uma compensação financeira; o segundo, uma sanção com caráter educativo, para estabelecer um temor, e por isso trazer uma maior responsabilidade.

Embora não tenha o legislador imposto uma gradação legal para se aferir a reparação, permitindo, com isso, que o Juiz tenha certa discricionariedade deve, contudo, se pautar para aquilo que se convencionou chamar de “critério do lógico-razoável”.

A perda de um filho gera profundo sentimento de tristeza e dor. Nem mesmo o passar dos anos é capaz de atenuar o sofrimento. Não faz parte da lei natural da vida, não é algo que seja superado.

Conclui-se, então, que o valor fixado pelo juízo a quo deve ser mantido em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Saliente-se que a quantia deverá ser corrigida monetariamente a contar do arbitramento, na forma da súmula nº 362 do STJ, incidindo os juros do evento dano de acordo com a previsão da súmula nº 54, também do Superior Tribunal de Justiça.

No tocante ao pensionamento vitalício, mais uma vez andou bem a sentença, destacando-se como bem resolveu a questão o Juízo de primeiro grau *in verbis*:

“... Procede o pedido, deve ser acolhido ante o posto nas razões de decidir, uma vez que a autora possui sequelas físicas que diminuem, incontestavelmente, sua capacidade de trabalho futuro, devendo ser fixado o pensionamento desde o dia do nascimento no valor de um salário-mínimo nacional de forma vitalícia...”

Ademais, como já dito, de acordo com o laudo pericial, a apelada, em razão do incidente, passou a utilizar órtese e está em tratamento com terapia ocupacional para estimulação psicocognitiva, apresentando crises convulsivas e atraso no desenvolvimento percepto-cognitivo motor sem previsão de alta, além de dificuldades de socialização e aprendizado, oscilação de humor e transtorno de ansiedade, quadro clínico que, evidentemente, demanda o dispêndio de recursos financeiros, os quais devem ser suportados, ainda que parcialmente, pela Administração Pública.

Esses são os precedentes jurisprudenciais:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO Nº 0203761-09.2007.8.19.0001. SEXTA CÂMARA CÍVEL. RELATORA: DES. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ATENDIMENTO EM HOSPITAL PÚBLICO MUNICIPAL. ERRO OU OMISSÃO MÉDICA. MORTE DA VÍTIMA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DE AMBAS AS PARTES. PERITO QUE CONCLUIU EXPRESSAMENTE QUE HOUVE FALHA DO ATENDIMENTO MÉDICO. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE O ERRO NO ATENDIMENTO, AS FALHAS APONTADAS PELO LAUDO PERICIAL E O EVENTO MORTE DO PACIENTE. DANO MORAL MODICAMENTE FIXADO, JUSTIFICANDO MAJORAÇÃO PARA R\$ 60.000,00 (SESSENTA MIL REAIS) PARA CADA UM DOS AUTORES. JUROS MORATÓRIOS DEVIDOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO. SÚMULA Nº 54 DO C. STJ. AUSÊNCIA DE PROVA QUANDO AO RENDIMENTO MENSAL DA VÍTIMA. APLICAÇÃO DO CONTIDO NA SÚMULA Nº 215

DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ADOTANDO-SE COMO PARÂMETRO UM SALÁRIO-MÍNIMO MENSAL. REDUÇÃO DA PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. PRESUNÇÃO LÓGICA DE QUE 1/3 SERIA GASTO COM A SUA PRÓPRIA SUBSISTÊNCIA. DIREITO DA MÃE E COMPANHEIRA DO FALECIDO ACRESCEM O VALOR DA PENSÃO MENSAL PERCEBIDA POR SEUS FILHOS QUANDO ESTES DEIXAREM DE RECEBER O PENSIONAMENTO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA É NO SENTIDO DE QUE, SENDO INCONTROVERSO O ÓBITO, AS DESPESAS COM O FUNERAL SÃO PRESUMIDAS, SENDO ARBITRADA EM 1 (UM) SALÁRIO-MÍNIMO. PARCIAL PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

QUINTA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL Nº 0387436- 96.2012.8.19.0001. RELATORA: DESEMBARGADORA DENISE NICOLL SIMÕES. RELATORA: DESEMBARGADORA DENISE NICOLL SIMÕES. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ART. 37, § 6º CFRB. ERRO MÉDICO. MORTE DO RECÉM-NASCIDO. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA QUAL A PARTE AUTORA PUGNA PELA REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS EM DECORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO QUE ACARRETOU O FALECIMENTO DE MARIA CLARA, FILHA DE APENAS 05 MESES DE IDADE. PROLATADA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, INSURGEM-SE AS PARTES DA DECISÃO. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA ACERCA DO NEXO DE CAUSALIDADE. MUNICIPALIDADE QUE SE INSURGE QUANTO AS QUANTIAS FIXADAS A TÍTULO DE DANOS MORAIS. PARTE AUTORA QUE REQUER A CONDENAÇÃO DO ENTE PÚBLICO DE PENSÃO VITALÍCIA, NÃO ANALISADA NA SENTENÇA BEM COMO A MAJORAÇÃO REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO MORAL QUE DECORRE DA PRÓPRIA SITUAÇÃO DANOSA BEM COMO PELO SOFRIMENTO EXPERIMENTADO PELOS AUTORES, SENDO INEGÁVEL O ABALO PSICOLÓGICO

E TRAUMA QUE SEUS FAMILIARES CARRERÃO EM RAZÃO DO FATO DANOSO. VALOR FIXADO QUE DEVE SER MAJORADO PARA R\$ 100.000,00 (CEM MIL REAIS) PARA CADA GENITOR, QUE SE COADUNAM COM AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO E SÃO COMPATÍVEIS COM A REPROVABILIDADE DA CONDUTA, EXTENSÃO DO DANO SOFRIDO, O SOFRIMENTO EXPERIMENTADO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA FIXAR PENSIONAMENTO A PARTIR DA DATA EM QUE A RECÉM-NASCIDA COMPLETARIA 16 ANOS ATÉ ALCANÇAR OS 65 ANOS DE IDADE. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DA AUTORA PROVIDO.

Quanto a possibilidade de isenção da taxa judiciária, não socorre melhor sorte ao apelante, tendo em vista o que consta no verbete sumular 145 deste Egrégio tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Se for o Município autor estará isento da taxa judiciária desde que se comprove que concedeu a isenção de que trata o parágrafo único do artigo 115 do CTE, mas deverá pagá-la se for o réu e tiver sido condenado nos ônus sucumbenciais".

Por derradeiro, deve ainda ser grifado o circunstanciado parecer, a f. 312, da douta Procuradoria de Justiça, opinando para que corrigido, tão somente, a questão afeta a fluência dos juros e da correção monetária que, com amparo do art. 92, § 4º, do permissivo regimental, acolho como parte integrante desta decisão.

Em tais condições, voto no sentido de conhecer do recurso e a ele dar parcial provimento para promover tão somente, pequeno reparo no *decisum* e determinar a fluência dos juros e da correção monetária, respectivamente de acordo com as sumulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça mantida no mais a sentença.

RIO DE JANEIRO, 24 DE FEVEREIRO DE 2021.
DES. JAIME DIAS PINHEIRO FILHO
RELATOR

INDENIZAÇÃO. CELULAR RECÉM ADQUIRIDO. PRODUTO COM DEFEITO. ASSISTÊNCIA TÉCNICA QUE NÃO SOLUCIONA O PROBLEMA E TAMBÉM NÃO RESTITUI O VALOR. BEM INDISPENSÁVEL PARA A COMUNICAÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO PROVIDO. DANO MORAL. JUROS DE MORA A PARTIR DO ARBITRAMENTO.

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS AUSÊNCIA DE SOLUÇÃO DE DEFEITO NO APARELHO CELULAR DANO MORAL CARACTERIZADO - Dano moral caracterizado pelo transtorno suportado pela apelante, que viu frustrada a possibilidade de utilizar o aparelho celular recém adquirido, em face do defeito constatado com o recebimento do produto, o qual não foi solucionado pela assistência técnica no prazo de 30 dias, tampouco providenciada a restituição ou abatimento à consumidora. Tendo em vista que nos dias atuais o aparelho celular é um bem indispensável para comunicação não só telefônica e eletrônica, mas também, utilizado como forma de entretenimento e, diante da desídia na solução do problema, fixo a indenização pelos danos morais sofridos em quantia equivalente a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). RECURSO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e examinados estes autos de Apelação Cível nº 0009178-61.2017.8.19.0037, em que é Apelante: Dayana Bazilio Barbosa e Apelado: Aragão & Yamaguchi Comércio Eletrônico Ltda.

Acordam os Desembargadores da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer e prover o recurso interposto, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenizatória por danos materiais e morais em face de Aragão & Yamaguchi Comércio Eletrônico Ltda.

Alega a parte autora que em 04 de agosto de 2016 adquiriu um aparelho celular da empresa ré, modelo IPHONE 4S GB PRETO, usado, pelo valor de R\$ 749,90.

Narra que, com a entrega do aparelho, notou que o mesmo estava trincado e não funcionava corretamente.

Afirma que, a despeito da formalização de inúmeras reclamações perante a ré, o problema não foi resolvido.

Requer a condenação da ré ao pagamento da importância de R\$ 749,90 a título de danos materiais e de danos morais.

Contestação em índice 66/72. Afirma que comercializa aparelhos seminovos, o que pressupõe o desgaste natural dos seus componentes. Narra que oferece garantia legal de 90 (noventa) dias a partir da data da compra. Sustenta que atendeu às solicitações da parte autora, tendo inclusive oferecido a troca do produto. Narra que, através de e-mail, questionou a autora a respeito da existência de outros problemas, tendo a requerente se quedado inerte. Alega que sempre se manteve à disposição da autora para solucionar o problema. Refuta o dever de indenizar. Sustenta o descabimento da indenização por danos morais. Requer o julgamento pela improcedência dos pedidos.

Sentença de parcial procedência no índice 108, cujo dispositivo foi proferido nos seguintes termos:

Ante o exposto, nos termos do art. 487, I do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS apenas para condenar a ré a restituir a importância de R\$ 749,90 (setecentos e quarenta e nove reais e noventa centavos), acrescida de correção monetária e juros de mora desde o desembolso. Ante a sucumbência recíproca e proporcional das partes, condeno autora e réu ao pagamento *pro rata* das custas processuais

e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), nos termos do art. 85, § 8º do CPC, ressalvada a gratuidade de Justiça deferida à autora.

Apelo autoral, no índice 175, pela reforma da sentença, requerendo que seja condenada a recorrida em danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com ônus sucumbenciais suportados apenas pelo Réu/Recorrido.

Contrarrazões, conforme índice 151.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e, presentes os demais pressupostos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Cinge-se o recurso contra a improcedência do pleito indenizatório na seara moral.

A relação jurídica travada entre as partes é de consumo, enquadrando-se o autor no conceito de consumidor e as rés, no de fornecedoras de serviços, respectivamente, na forma e conteúdo dos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Para a fixação dos danos morais, além do dano, também se deve levar em conta a situação econômica das partes, a fim de gerar um efeito preventivo, com o condão de evitar que novas situações desse tipo ocorram, e também considerando o porte financeiro daquele que indenizará, não se podendo fixar o valor de indenização em quantia irrisória, sob pena de não vir a surtir o efeito repressivo que se pretende, qual seja, fazer com que o agente perceba, eficazmente, as consequências de seu ato ilícito.

Nesse aspecto, devem ser levadas em consideração as peculiaridades do caso, as regras de experiência do julgador e os balizamentos doutrinários.

E a fim de se buscar parâmetros para a fixação, é de grande relevância a análise da atual jurisprudência sobre o tema, mormente do Superior Tribunal de Justiça.

Destaco, dentre os diversos julgados daquele Tribunal alguns de seus arestos, por meio dos quais é possível verificar que a indenização não deve ser fixada em quantia irrisória. Veja-se:

AgRg no Ag nº 1.145.425 / SP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2009/0006470-8 Ministro RAUL ARAÚJO (1143)T4 - QUARTA TURMA DJe 24/02/2011 AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO REDUZIDO DE R\$ 73.272,00 (SETENTA E TRÊS MIL, DUZENTOS E SETENTA E DOIS REAIS) PARA R\$ 25.000,00 (VINTE E CINCO MIL REAIS). SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte admite a revisão do *quantum* arbitrado a título de indenização por danos morais, quando o valor fixado nas instâncias ordinárias se revelar ínfimo ou exorbitante, caso em que, afastada a incidência da Súmula nº 7/STJ, o Superior Tribunal de Justiça intervéem para estabelecer o montante condizente com os parâmetros adotados pela respectiva jurisprudência e com as peculiaridades delineadas no acórdão recorrido, como ocorreu na hipótese vertente. 2. A decisão agravada, ao reduzir a verba indenizatória de R\$ 73.272,00 para R\$ 25.000,00 pela reparação moral decorrente da inscrição indevida do nome da autora/agravante em cadastros de restrição ao crédito, adequou a quantia fixada nos juízos ordinários aos patamares estabelecidos por este Pretório em casos assemelhados e às peculiaridades da espécie, motivo pelo qual deve ser mantida pelos próprios fundamentos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Diante de toda a exposição sobre o tema, entendo ter se configurado ofensa aos direitos da personalidade apta a autorizar a condenação

do ofensor ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos.

No caso destes autos, verifica-se que, em 04/08/2016, a autora adquiriu o aparelho celular perante a ré, mediante o pagamento da importância de R\$ 749,90 (f. 17) e que, em 08/08/2016, estabeleceu contato com o setor de atendimento da empresa ré, noticiando inicialmente que o aparelho estava trincado na parte traseira, além de não funcionar corretamente o botão “home” (f. 18).

Ao longo de algumas semanas a autora e a ré mantiveram contato a fim de solucionar problemas relacionados ao aparelho. No entanto, a despeito da promessa da ré de trocar o aparelho, lhe foi encaminhado o mesmo produto com defeito, conforme apontado em *e-mail* encaminhado em 05/11/2016 (f. 32).

Por sua vez, aduziu a ré que não efetuou a troca por não possuir outro aparelho do mesmo modelo (f. 32).

No entanto, nessa circunstância, deveria a ré ter conferido à autora uma das outras opções do § 1º do art. 18 do CDC, o que não foi feito.

Evidente o transtorno suportado pela apelante que viu frustrada a possibilidade de utilizar o aparelho celular recém adquirido, em face do defeito, o qual não foi solucionado pela assistência técnica no prazo de 30 dias, tampouco providenciada a restituição do valor pago ou abatimento proporcional do preço.

Desse modo, tendo em vista que nos dias atuais o aparelho celular é um bem indispensável para comunicação não só telefônica e eletrônica, mas também, utilizado como forma de entretenimento e, diante da desídia na solução do problema, fixo a indenização pelos danos morais sofridos em quantia equivalente a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Nesse sentido:

0043867-74.2019.8.19.0001 – APELAÇÃO.
Des(a). PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SAN-

TOS - Julgamento: 03/08/2020 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Apelação cível. Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Tutela de vício de qualidade. Controvérsia voltada a apurar a responsabilidade civil de fabricante, prestador de serviço de assistência técnica e comerciante na hipótese de defeito em telefone celular. Relação de consumo. Presença dos requisitos autorizadores da imposição da responsabilidade civil do demandado por vício no produto (art. 18 do Código de Defesa do Consumidor). Ônus da prova. Para lograr êxito em sua pretensão, compete ao demandante a prova do fato constitutivo de seu direito, consistente na demonstração de que o produto apresentava defeito e que requisitou o reparo ao prestador de serviço de assistência técnica, o que restou incontroverso nos autos. Inteligência dos art. 6, VII do Código de Defesa do Consumidor e art. 373 do Código de Processo Civil. Caso concreto no qual o réu não demonstrou que os reparos foram realizados e que o produto foi restituído ao cliente no prazo de 30 dias preconizado pelo art. 18, § 1º do Código de Defesa do Consumidor. Legislação de regência que transfere ao consumidor a prerrogativa de exigir a devolução da quantia investida e o pagamento de perdas e danos que tenha vivenciado. Não pode o demandante ficar à mercê de o fornecedor do serviço de assistência técnica resolver os vícios de qualidade do produto segundo o prazo que lhe aprover ou que decorra de sua organização interna junto ao fabricante, muito mais quando se sabe que a própria legislação de regência impõe um tempo máximo para conclusão do serviço. Condenação ao pagamento do valor investido na aquisição do produto e de indenização por danos morais arbitrada no valor de R\$ 5.000,00, cotejados os parâmetros de grau de reprovabilidade da conduta, intensidade e duração do sofrimento experimentado pela

vítima, capacidade econômica da parte ré e condições sociais do ofendido. Manutenção da sentença. Desprovimento do recurso.

Os juros de mora devem ser computados a partir do arbitramento, seja a responsabilidade civil contratual ou extracontratual, pois somente naquele momento processual é quantificada a indenização.

Com efeito, a teor do art. 407, do Código Civil de 2002, em se tratando de obrigação ilícida, não pode o devedor precisar o valor de sua dívida, sendo incabível imputar-lhe os ônus da mora.

Nessa linha, traz-se à colação esclarecedor trecho do voto proferido pela Exma. Sra. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.132.866/SP:

(...) em se tratando de indenização por dano moral, da mesma forma como não se aplica a pacífica jurisprudência do STJ segundo a qual "incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo" (Súmula nº 43), na linha do entendimento hoje consagrado na Súmula nº 362, também não deve ser invocada a Súmula nº 54, de acordo com a qual "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual". Nesta linha, invoco antigo e solitário precedente da 3ª Turma, o REsp. nº 146.861/MA, relator o Ministro WALDEMAR ZVEITER, DJ 21/09/1998. Isto porque como a indenização por dano moral (prejuízo, por definição, extrapatrimonial) só passa a ter expressão em dinheiro a partir da decisão judicial que a arbitrou, não há como incidir, antes desta data, juros de mora sobre quantia que ainda não fora estabelecida em juízo. Dessa forma, no caso de pagamento de indenização em dinheiro por dano moral puro, entendo que não há como considerar em mora o devedor, se ele não tinha como satisfazer obrigação pecuniária não fixada por sentença judicial, arbitramento, ou acordo

entre as partes. Incide, na espécie, o art. 407 do Código Civil, segundo o qual os juros de mora serão contados "assim às dívidas de dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes seja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes". No mesmo sentido dispunha o art. 1.064 do Código Civil de 1916. (REsp nº 1.132.866/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, Segunda Seção, julgado em 23/11/2011, DJe 03/09/2012).

Em idêntico sentido, verifique-se precedente dessa Corte Estadual: apelação cível nº 0103949-33.2003.8.19.0001, Rel. Des. NAGIB SLAIBI, Sexta Câmara Cível, julgado em 13/08/2014, assim ementado:

2ª Ementa - APELAÇÃO - Des (a). NAGIB SLAIBI FILHO - Julgamento: 13/08/2014 - SEXTA CÂMARA CÍVEL - Direito da Responsabilidade Civil. Atropelamento por composição férrea em passagem de nível. Acidente anterior à Constituição de 1988. Morte da genitora dos autores. Empresa concessionária de serviço público. Sentença de improcedência, reconhecendo a ocorrência de culpa exclusiva da vítima. Recurso. Cabimento. Passagem costumeira de pedestres. Comprovação do dano. Nexo causal. Condenação pelos danos morais e despesas de funeral. A empresa de transporte ferroviário deve adotar as providências para garantir a segurança dos pedestres durante a passagem dos trens, como construir muros e passarelas que impeçam o acesso das pessoas a locais perigosos (art. 588, do Código Civil de 1916). Provas testemunhais e documental indicando que a vítima foi atropelada ao atravessar passagem de nível, o que demonstra a culpa da concessionária e comprova o nexo causal. Dever de indenizar, diante da conduta omissiva da ré. Indenização

pelo dano moral fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) que atende ao princípio da razoabilidade e guarda consonância com os patamares fixados por esta Corte de Justiça Estadual. Embargos de declaração alegando contradição no julgado por ter fixado o termo inicial para a incidência dos juros a partir da sentença. Descabimento. Em se tratando de indenização por danos morais, os juros e a correção monetária devem incidir a partir da data em que foi fixado o valor da indenização, por força da regra *in iliquidis non fit in mora*. Julgado do Superior Tribunal de Justiça citado: REsp nº 903.258/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 21/06/2011, DJe 17/11/2011. Rejeição dos embargos. (Destaquei)

Destarte, dá-se provimento ao recurso, para o fim de condenar a apelada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (dez mil reais), com juros e correção monetária a partir do arbitramento.

No mais, tendo em vista o ora decidido (procedência total da demanda) impõe-se à apelada o pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação.

RIO DE JANEIRO, 03 DE MARÇO DE 2021.
DES. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI
RELATOR

INDENIZAÇÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À INTIMIDADE E À IMAGEM. DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. PONDERAÇÃO. ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR. PROVA. REPORTAGEM QUE AFIRMA SER O AUTOR SUSPEITO DE ENVOLVIMENTO COM MILÍCIA. NOTÍCIA SENSACIONALISTA. DANOS À HONRA E À IMAGEM. DANOS MORAIS MANTIDOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PUBLICAÇÃO DE RE-

PORTAGEM JORNALÍSTICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. DANOS MORAIS FIXADOS EM R\$ 20.000,00. IRRESIGNAÇÃO DOS RÉUS.

1- Colidência entre direitos fundamentais. Direito à intimidade e a imagem e direito à liberdade de informação. Ponderação. Exercício regular do direito, nos limites do direito à liberdade de imprensa. Inteligência dos artigos 5º, IV, IX, X e XIV e 220 da Constituição Federal.

2- O uso da imagem somente dá ensejo à obrigação de indenizar quando é indevido.

3- Existência de prova do abuso do direito de informar, eis que a referida matéria jornalística publicada pelos réus afirma, com destaque, sem a certeza quanto à sua veracidade, que o Autor, suspeito de envolvimento com milícia, foi preso em Cascadura, Zona Norte do Rio, bem como que com o mesmo foram apreendidos três fuzis, uma metralhadora, duas pistolas, uma granada, quatro radiotransmissores e uma touca ninja.

4- Desta forma, verifica-se que faltou cautela ao réu, ao veicular a matéria que apontava o autor como membro de milícia, eis que a veiculação de notícias em jornais impressos ou pela *internet* de forma sensacionalista, desvirtuando o direito de bem informar o público leitor, configura o abuso do direito à plena liberdade de informação jornalística, propiciando ao ofendido pleitear a reparação dos danos causados, desde que comprovado que a notícia veiculada é inverídica ou injuriosa, que é a hipótese dos presentes autos.

5- Réu que não se desincumbiu de provar fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor, conforme determina do artigo 373, inciso II do CPC.

6- Verba compensatória, que deve cumprir sua função punitivo-pedagógica, arbitrada com razoabilidade e moderação, mormente

se considerado a gravidade dos fatos atribuídos ao autor.

7- Possibilidade de retirada das matérias inverídicas que vinculem o nome dos autores de circulação da *internet*, uma vez que a manutenção da notícia objeto da lide no jornal on line do réu importaria a perpetuação do ilícito.

8- Ademais, o STJ se posicionou no sentido de que há circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo.

9- Precedentes do STJ e do TJRJ. Sentença mantida. Improvimento dos recursos. Honorários advocatícios majorados em 2% do valor da condenação em relação ao 1º réu e em R\$ 200,00 em relação ao 2º réu, conforme a regra do art. 85, § 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0127334-53.2016.8.19.0001, onde figuram como Apelantes: Google Brasil *Internet* Limitada e Editora Globo S/A e Apelado: F.B.S..

Acordam os Desembargadores que integram a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Recursos de apelação interpostos contra a r. sentença (Indexador 249), que, nos autos de responsabilidade civil, ajuizada por F.B.S. em face de *Jornal Extra - Infoglobo Comunicação e Parti-*

cipações S/A e Google, julgou procedentes em partes os pedidos para condenar a primeira ré ao pagamento da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais, devidamente corrigida a partir da publicação da presente, e com a incidência de juros de 1% ao mês a contar da citação e para determinar a retirada por ambas as rés do nome do autor das reportagens relacionadas aos fatos indicados nesses autos, bem como os *links* relativos aos fatos descritos perante ao sítio da ré (www.google.com.br), no prazo de 72 horas após a intimação pessoal em sede de execução, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 até o limite de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Diante da sucumbência ínfima da parte autora em relação à primeira ré, condenou a primeira ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, no valor de 10% sobre o valor da condenação, na forma do artigo 85, § 2º do CPC. Em relação ao segundo réu, diante da sucumbência recíproca, custas rateadas, devendo ser observada a gratuidade de Justiça deferida em favor do autor e a suspensão da exigibilidade, na forma do artigo 98, § 3º do CPC. Condenou a parte autora e o segundo réu ao pagamento de honorários advocatícios, no valor correspondente a R\$ 1.000,00 (mil reais) em favor de cada um dos patronos das partes adversas, ficando suspensa a exigibilidade em relação à autora, na forma do artigo 98, § 3º do CPC.

F.B.S. ajuizou ação de responsabilidade civil em face de *Jornal Extra - Infoglobo Comunicação e Participações S/A e Google*, alegando, em síntese, que no dia 23 de fevereiro de 2016 se encontrava laborando sem CTPS anotada, como auxiliar de pedreiro, bem como que foi contratado pela Sra. T., atuando na construção de um cômodo no quintal, tendo como pedreiro e chefia direta o Sr. P.

Aduz que no mesmo dia, por volta das 16:00 horas, véspera do seu aniversário, um grupo de

policiais da Delegacia de Repressão às Ações Criminosas Organizadas e de Inquéritos Especiais - DRACO, chegou ao local onde trabalhava como auxiliar de pedreiro e efetuou a prisão do neto da Sra. T., o Sr. R.M.F., vulgo T., pessoa desconhecida sua.

Assevera que o autor e o pedreiro de nome Paulo em nenhum momento foram presos ou levados para a delegacia de polícia, ficando apenas observando a operação policial.

Sustenta que por volta das 20:20 horas desse mesmo dia, começou a receber mensagens por SMS, nas redes sociais e até mesmo ligações para saber o que estava acontecendo, pois, o seu nome estava disponível no site da ré como se estivesse preso, e ainda como se pertencesse a um grupo altamente perigoso de milicianos do Morro da Caixa D'Água em Cascadura, que supostamente além de estar preso, teriam sido apreendidas uma metralhadora, duas pistolas calibre 40 e três fuzis, além de munições, uma granada, touca ninja e radiotransmissores com o autor, bem como a informação de que cobrava taxas por "gato-net", venda de gás, transporte alternativo e "segurança", bem como que as mencionadas calúnias foram publicadas no dia seguinte no jornal impresso da ré.

Destaca que no dia 24 de fevereiro de 2016, no seu aniversário de 24 anos, recebeu diversas ligações de apoio moral e outras de críticas por tudo que estava acontecendo, ensejando-lhe grande frustração, depressão e abalo emocional.

Por fim, requer a condenação das rés ao cumprimento da obrigação de retirar o seu nome da matéria veiculada na *internet*, haja vista que a pessoa que fora presa como suspeito dos crimes mencionados nos fatos é o Sr. R.M.F., vulgo T., bem como, requer a condenação da parte ré ao pagamento de indenização a título de danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Emenda a inicial (Indexador 49).

Regularmente citada, a 2ª ré apresentou contestação (Indexador 69), afirmando, em síntese, que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que não cabe aos provedores de busca na *internet* a desindexação de *link*, devendo sempre ser levado em consideração o direito da coletividade à informação, sendo que os resultados de pesquisas encontram-se hospedados em sites de terceiros, permanecendo acessíveis através de outras ferramentas de buscas de *internet*.

Alude inexistir ânimo difamatório na reportagem, reforçando o interesse público envolvido, bem como que é aplicável o disposto no artigo 19, § 1º da Lei nº 12.965, com a necessidade de indicação da URL específica do conteúdo.

Contestação da 1ª ré (Indexador 131), alegando, preliminarmente a ilegitimidade passiva em relação à matéria divulgada no jornal meia hora. No mérito, relata, em síntese, o descabimento da indenização, eis que ao publicar a reportagem, cumpriu com seu dever de prestar à sociedade notícia de caráter absolutamente informativo, agindo estritamente em conformidade ao direito-dever de informar, uma vez que se limitou a divulgar fatos de latente interesse público.

Afiança ter noticiado com base nas informações fornecidas pela Secretaria de Segurança Pública. Impugnou a configuração dos danos morais.

Audiência de conciliação infrutífera (Indexador 178).

Réplica (Indexador 180).

Decisão saneadora (Indexador 227) deferindo a produção de prova testemunhal.

Sentença de procedência parcial do pedido, (Indexador 249), da lavra da MM. Juíza MARIA CECÍLIA PINTO GONÇALVES.

Não resignado com o resultado da demanda, apela a 2ª ré, (Indexador 294), pugnando pela reforma do julgado, repisando a tese da defesa e sustentando, em síntese, que como provedora de buscas na *internet* não hospeda ou tem controle editorial sobre o conteúdo indiciado, bem como

que a sentença apelada se mostra totalmente contrária à jurisprudência pacífica sobre o tema, uma vez que a Corte Superior possui orientação no sentido de não caber aos provedores de pesquisas proceder à desindexação de *link*, devendo sempre ser levado em consideração o direito da coletividade à informação.

Afirma, ainda, a necessidade de indicação da URL específica do conteúdo, conforme art. 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014.

Apelo da 1ª ré (Indexador (Indexador 331), pugnando pela reforma do julgado, repisando a tese da defesa e sustentando, em síntese, que, com base nas informações fornecidas pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro e sem fazer juízo de valor, noticiou que, em operação realizada pela DRACO/IE, foi preso um suspeito de envolvimento com a milícia de uma comunidade em Cascadura, o qual foi identificado inicialmente como sendo o Apelado. Pugna, assim, pela reforma da r. sentença, a fim de que o pedido seja julgado improcedente, ou, no caso de sua manutenção, que a indenização fixada seja reduzida a patamar razoável.

Contrarrazões (Indexador 397).

Decisão (Indexador 412) indeferindo o pedido de concessão de efeito suspensivo.

É o Relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhecimento dos recursos.

Trata-se de ação reparatória por danos morais em decorrência de publicação de matéria jornalística publicada pelos réus, em que o autor foi apontado como integrante de um grupo altamente perigoso de milicianos do Morro da Caixa D'Água em Cascadura, Zona Norte do Rio, o que não corresponde à verdade.

Por outro lado, afirma a Ré ter atuado em exercício regular do direito, nos limites do direito à liberdade de imprensa, ao divulgar fato de interesse público, com base nas informações

fornecidas pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Portanto, a questão envolve a colidência entre direitos fundamentais, quais sejam, os direitos da personalidade e os direitos à liberdade de informação e expressão, inseridos no rol das garantias fundamentais no artigo 5º, IV, IX, X e XIV da Lei Maior.

Na colisão entre direitos fundamentais, devem ser seguidos três passos:

- (i) Identificação dos direitos fundamentais em conflito;
- (ii) Verificação de existência de reserva legal qualificada que resolva a questão;
- (iii) Ponderação entre os direitos.

Considerando que não há reserva legal qualificada *in casu*, isto é, de normas que antecipam um conflito, já prescrevendo a forma de resolução, deve ser realizada a ponderação entre os direitos à intimidade e à liberdade de expressão. Preleciona PAULO GUSTAVO GONET BRANCO em **Curso de Direito Constitucional**:

“O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de

colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 210)

Assim sendo, deve-se considerar que o uso da imagem somente dá ensejo à obrigação de indenizar quando é indevido, ou seja, quando aquela é utilizada de alguma forma que possa denegrir, comprometer a honra, atingir de forma negativa a pessoa retratada por divulgação de notícias mentirosas, enganosas ou fraudulentas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos. Ou ainda, quando essa imagem é utilizada apenas para fins comerciais, auferindo o divulgador lucro indevido.

Ressalte-se que o réu tem o dever de produzir reportagens e notícias comprometidas com a realidade, sendo-lhe vedado lançar notícias sem mínima certeza quanto à sua veracidade.

Por outro lado, os direitos à liberdade de expressão e informação também se encontram previstos no artigo 220 da Constituição da República:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (...)

Ressalte-se, ainda, que as liberdades de expressão foram colocadas em evidência na

Constituição de 1988, visando consolidar o Estado Democrático de Direito e abolir a censura tão comum no passado autoritário da história deste país.

Entretanto, tal direito não deve ser ilimitado a ponto de divulgar notícia que se demonstrou falsa e que contribuiu para prejudicar a imagem do autor.

Com efeito, observa-se que a notícia foi veiculada em jornal de grande circulação e grande penetração social, podendo-se dizer que o periódico onde foi divulgada a notícia goza de credibilidade e, por isso, desempenha papel de formador de opinião, o que torna evidente a necessidade de cuidado quanto à veracidade das notícias estampadas.

Entretanto, observa-se que não foi o que ocorreu no presente caso, eis que a referida matéria jornalística publicada pelo réu afirma, com destaque, sem a certeza quanto à sua veracidade, que o autor, suspeito de envolvimento com milícia, foi preso em Cascadura, Zona Norte do Rio, bem como que com o mesmo foram apreendidos três fuzis, uma metralhadora, duas pistolas, uma granada, quatro radiotransmissores e uma touca ninja, conforme se depreende dos documentos de f. 23/28 - 000023/000028. Vejamos:

EXTRA Casos de Polícia

23/02/16 18:32 23/02/16 18:35

Suspeito de envolvimento com milícia é preso em Cascadura, na Zona Norte do Rio



Fotografal apreendido com o suspeito Foto: Philippe Lima / Omeigação

Extra

Um suspeito de fazer parte de uma milícia que atua na comunidade da Caixa D'Água, em Cascadura, Zona Norte do Rio, foi preso, na tarde desta terça-feira, por policiais da Delegacia de Repressão às Ações Criminosas Organizadas e de Inquéritos Especiais (Draco/IE). Com Felipe Belchior da Silva, de 24 anos, foram apreendidos três fuzis, uma metralhadora e duas pistolas, bem como uma granada, quatro radiotransmissores e uma touca ninja.

Suspeito de integrar milícia é preso

► Felipe Belchior da Silva, de 24 anos, suspeito de fazer parte de uma milícia que atua na comunidade da Caixa D'Água, em Cascadura, foi preso ontem por policiais da Draco. Com ele foram apreendidos três fuzis, uma metralhadora e duas pistolas e uma granada.



As armas e a munição

Ademais, como bem salientado pelo juízo monocrático, em que pese a parte ré ter suprimido da matéria o nome do autor após receber e-mail da Assessoria de Comunicação Social da Secretaria de Estado de Segurança – SESEG, corrigindo e-mail anterior, verifica-se que faltou cautela ao réu, ao veicular a matéria que apontava o autor como membro de milícia que atua na comunidade Caixa D'Água, em Cascadura, eis que a veiculação de notícias em jornais impressos ou pela *internet* de forma sensacionalista, desvirtuando o direito de bem informar o público leitor, configura o abuso do direito à plena liberdade de informação jornalística, propiciando ao ofendido pleitear a reparação dos danos causados, desde que comprovado que a notícia veiculada é inverídica ou injuriosa, que é a hipótese dos presentes autos.

Registre-se que o réu não trouxe aos autos nenhum documento capaz de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Autor, conforme disposição do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ressalte-se, ainda, que a ofensa à honra independe de intenção de causar dano, bastando que esta ocorra por fato imputável ao réu.

Neste sentido a jurisprudência do E. STJ e deste Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA À HONRA DO AUTOR. LEI DE IMPRENSA. NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88. ACÓRDÃO QUE NÃO APLICOU A

LEI DE IMPRENSA. RECURSO NÃO CONHECIDO QUANTO AO PONTO. MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXTRAPOLOU EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE INFORMAR. DANO MORAL CARACTERIZADO. ALTERAÇÃO DO VALOR FIXADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N° 7/STJ. ARTIGOS ANALISADOS: 186, 188, I, e 927 do CC/02 e 29, § 3º, da Lei n° 5.250/1967.

01. Ação de compensação por danos morais ajuizada em 31/03/2008, da qual foi extraída o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 28/06/2013.

02. Discute-se a existência de dano moral indenizável, em virtude da publicação de reportagem ilustrada com foto do autor e com comentários supostamente jocosos a respeito de seu comportamento.

03. Com o julgamento da ADPF 130, pelo STF, restou estabelecida a não-recepção da Lei de Imprensa pelo atual panorama constitucional.

04. Na hipótese em que a parte pleiteia a aplicação da Lei de Imprensa contra acórdão que não a aplicou, não se conhece do recurso especial quanto ao ponto.

05. Na atividade da imprensa é possível vislumbrar a existência de três deveres que, se observados, afastam a possibilidade de ofensa à honra. São eles: o dever geral de cuidado, o dever de pertinência e o dever de veracidade.

06. Se a publicação, em virtude de seu teor pejorativo e da inobservância desses deveres, extrapola o exercício regular do direito de informar, fica caracterizada a abusividade.

07. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

08. Pedido de homologação de acordo protocolado pela recorrente no dia anterior ao julgamento do recurso especial, assinado pelos patronos de ambas as partes.

09. Petição protocolada pelo recorrido, na qual informa que não houve qualquer tentativa de composição.

10. Necessidade de remessa dos autos ao MPF, para apuração de possível ato ilícito.

11. Negado provimento ao recurso especial, com a remessa de cópia dos autos ao MPF.

(REsp nº 1.382.680/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 22/11/2013)

0008884-19.2015.8.19.0024 - APELAÇÃO - 1ª Ementa - Des(a). ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME - Julgamento: 14/03/2018 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. MATÉRIA JORNALÍSTICA VINCULANDO A IMAGEM DO AUTOR EM OCORRÊNCIA POLICIAL. LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO EXERCIDA COM ABUSO DE DIREITO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA EXTRA CONTRATUAL. RETRATAÇÃO DO RÉU A SER PUBLICADA NA MESMA PROPORÇÃO DA DIVULGAÇÃO DA NOTÍCIA. DANO MORAL CONFIGURADO. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. SÚMULA Nº 54 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM O ART. 20, § 3º, DO CPC DE 1973 EM VIGOR À ÉPOCA. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. A hipótese tratada nos autos desafia a responsabilidade civil subjetiva extracontratual, que exige para a sua configuração a presença da culpa *lato sensu* (dolo ou culpa), do dano e do nexa causal, os quais, *in casu*, restaram comprovadas. 2. Constitui ilícito a ensejar reparação moral a imprudente e abusiva divulgação da imagem do autor, em reportagem publicada em jornal virtual e físico local, a ele atribuindo

a prática de ilícito penal, associado a traficante, suposto chefe na comunidade do Pelanca, em Seropédica. 3. Devem ser consideradas as especificidades do caso concreto, pois, ainda que seja um jornal local, também pode ser acessado por qualquer indivíduo através do sítio eletrônico. 4. O direito de resposta tem sede constitucional e visa assegurar ao cidadão o acesso aos meios de comunicação para exercício de sua defesa individual, servindo, ainda, como desagravo à honra e a imagem social da pessoa, além de reprimenda às ofensas perpetradas. 5. Conduta ofensiva à honra e à reputação do autor, que passa ao largo do nobre direito-dever da imprensa e dos jornalistas de informar, ensejando a compensação dos danos causados ao indivíduo atingido, danos esses que, na esfera moral, devem guardar estrita relação com o potencial ofensivo e a divulgação dada à notícia caluniosa. 6. Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios incidem desde a data do evento danoso, a teor da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça, que no caso concreto corresponde à data das publicações ofensivas. 7. Honorários advocatícios fixados, em atenção aos critérios elencados no art. 20, § 3º do CPC de 1973, então vigente. 8. Provimento do recurso.

Assim, resta agora apurar se o *quantum* indenizatório foi corretamente fixado pelo juízo a quo.

É sabido que não deve constituir a indenização meio de locupletamento indevido do lesado e, assim, deve ser arbitrada com moderação e prudência pelo julgador.

Por outro lado, não deve ser insignificante, considerando-se a situação econômica do ofensor.

Com efeito, a falta de parâmetro para a fixação do valor de indenização por dano moral não pode levar ao excesso, ultrapassando os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, nem tampouco mostrar-se irrisório.

A regra é a de arbitramento judicial e o desafio continua sendo a definição de critérios que possam nortear o juiz na fixação do *quantum* a ser dado em favor da vítima do dano injusto.

Deve o juiz adotar critérios norteadores da fixação do valor da condenação, onde deve levar em conta o grau de culpa do agente, eventual culpa concorrente da vítima e condições econômicas das partes.

Assim, entende esta Relatoria que, por força dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, se mostra adequado o valor fixado pelo juízo a quo em R\$ 20.000,00, mormente se considerado a gravidade dos fatos atribuídos ao autor.

Sendo assim, mostra-se justificada a manutenção do valor fixado a título de indenização por danos morais, conforme regra consagrada no verbete nº 343 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal de Justiça, *verbis*:

“A verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação”.

No tocante à condenação dos réus a retirada do nome do autor das reportagens relacionadas aos fatos indicados nesses autos, bem como os links relativos aos fatos descritos perante o sítio da ré (www.google.com.br), razão também não socorre aos apelantes, uma vez que a manutenção da notícia objeto da lide no jornal *on line* do réu importaria a perpetuação do ilícito.

Ademais, o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que há circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. A propósito:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. 2. O Tribunal de origem enfrentou todas as questões postas pelas partes, decidindo nos estritos limites da demanda e declinando, de forma expressa e coerente, todos os fundamentos que formaram o livre convencimento do Juízo. 3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes. 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja

pelo decurso do tempo. 5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente lembrado e perenizado por sistemas automatizados de busca. 6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido. 7. No caso concreto, passados mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando link de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial. 8. O arbitramento de multa diária deve ser revisado sempre que seu valor inicial configure manifesta desproporção, por ser irrisório ou excessivo, como é o caso dos autos. 9. Recursos especiais parcialmente providos.

(REsp nº 1.660.168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018)

Diante do trabalho adicional realizado pelo patrono do Apelado, majoro os honorários advocatícios em 2% do valor da condenação em relação ao 1º réu e em R\$ 200,00 em relação ao 2º réu, conforme a regra do art. 85, § 11, do CPC.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento aos recursos.

RIO DE JANEIRO, 02 DE MARÇO DE 2021.
DES. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO
RELATOR

**INTERDIÇÃO DE FILHA MAIOR DE IDADE. TRANS-
TORNAMENTO DE HUMOR E DÉFICIT COGNITIVO. FILHA
SOROPOSITIVA SEM CONDIÇÕES DE PROMOVER
TRATAMENTO ADEQUADO POR CONTA PRÓPRIA.
ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. EXCEP-
CIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA
CURATELADA. CONTESTAÇÃO POR NEGATIVA GE-
RAL PELA DEFENSORIA PÚBLICA. PREJUÍZO NÃO
MENCIONADO. RECURSO DESPROVIDO.**

DIREITO DE FAMÍLIA. PRETENSÃO DE INTER-
DIÇÃO DE FILHA MAIOR DE IDADE. SENTENÇA DE
PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO DA
CURATELADA, VISANDO À NULIDADE DO JULGADO.

1) A interdição destina-se a resguardar a pessoa incapaz para os atos da vida civil, assim como os seus bens e direitos, devendo visar sempre ao seu melhor interesse. Para que seja decretada, é preciso que a ausência de capacidade do interditando esteja comprovada de modo inconteste nos autos do pedido de interdição.

2) Com o advento da Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela passa a ser medida excepcional, extraordinária, a ser adotada somente quando e na medida em que for necessária, pelo tempo mínimo necessário.

3) No caso concreto, o autor sustenta que sua filha, nascida em 03/05/1974, não possui condições de orientar sua vontade à prática dos atos civis, necessitando que alguém o represente, o que justifica a sua interdição, afirmando, ainda, que a mesma é portadora do vírus HIV, não promovendo o adequado tratamento à doença sem supervisão.

4) Realizada a perícia médica, por duas peritas distintas, ambas concluíram pela incapacidade da interditanda, tendo em vista ser a mesma portadora de quadro clínico compatível com transtorno de humor e retardo mental leve, com déficit cognitivo moderado, doença que compromete sua capacidade crítica e sua autonomia, necessitando de supervisão de terceiros para atos da vida cotidiana, como subsidiar sua sobrevivência, manipular grandes somas de dinheiro, cuidar de menores vulneráveis, comprar, vender objetos ou imóveis (indexadores 00105, 00205 e 00704).

5) Insurge-se a mesma, em sede de recurso de apelação, sob o argumento de que a Defensoria Pública não a assistiu adequadamente, oferecendo contestação por negativa geral, não se insurgindo quanto ao laudo pericial de e-f. 704, além de se limitar a peticionar pela ciência do laudo de e-f. 105.

6) Como bem ressaltado no parecer da d. Procuradoria de Justiça (f. 860/863) tais questões se revelam preclusas, uma vez que não foram arguidas no momento oportuno, quais sejam, na primeira oportunidade em que coube à parte falar nos autos, nos termos do art. 278 do CPC.

7) Pontue-se, por oportuno, que a apelante se limita a alegar a nulidade por ausência de manifestação em todos os atos processuais, não mencionado o prejuízo eventualmente advindo de tal situação. Incidência do princípio da *pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte.

8) Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Visto, relatado e discutido este recurso de Apelação Cível nº 0026353- 47.2015.8.19.0002,

em que figuram como Apelante C.M.T. e Apelado A.C.S.T.,

Acordam os Desembargadores que integram a Vigésima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

VOTO

Recurso de apelação cível interposto contra a r. sentença de e-f. 783/787, da lavra do eminente Juiz de Direito CARLOS FERREIRA ANTUNES, que, em ação ajuizada por A.C.S.T. em face de C.M.T., julgou procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

“Vistos etc. A.C.S.T. provoca a tutela jurisdicional mediante procedimento de jurisdição voluntária para requerer a interdição de sua filha, C.M.T., qualificados na inicial. O requerente sustenta que: a interditanda necessita urgentemente de um representante legal, que seja na forma provisória, vez que além das perturbações mentais do dia a dia, ocasião em que fica violenta chegando a bater na própria mãe, é portador de doença infecciosa, dependente de remédios e vem se negando a tomar diariamente; os pais se sentem impotentes para obrigar o uso da medicação; que C. é mãe de L.M.T.B. e M.F.M.T.C.M.; que tentou por algumas vezes a interditanda exercer alguma função laborativa, contudo, sua instabilidade psiquiátrica lamentavelmente a levaram ao insucesso; que o autor mantém os netos e a filha, entretanto não consegue manter a regularidade no tratamento da mesma, que em seus momentos de descontrole, ameaça os pais, afirmando que o "namorado" vai tomar a neta, que vai se mudar junto com a filha para a casa (garagem) onde reside o mesmo; que o autor na qualidade de pai da interditanda, quem reúne as melhores condições para o exercício da curatela ora pleiteada. Requer a gratuidade de justiça, a nomeação do requerente

A.C.S.T. para exercer o encargo de curador provisório e, ao final, a procedência do pedido, decretando-se a interdição definitiva da requerida. A inicial veio instruída com documentos (f. 10/54). Em 29 de junho de 2019 foi deferida a curatela provisória da requerida ao requerente A.C.S.T. (f. 59). Em 01 de setembro de 2015 foi realizada a audiência de impressão pessoal, onde foi nomeada Curadora Especial para defesa da interditanda e esta apresentou contestação por negativa geral (f. 68/69 e 70/72). Em 25 de setembro de 2015 foi nomeada perita para proceder ao exame da interditanda (f. 73). Laudo pericial elaborado em 02 de fevereiro de 2016, sobre o qual as partes e o Ministério Público tiveram a oportunidade de se manifestar (f. 86/88, 91 e 93/94). Em 11 de maio de 2016 a Dra. Promotora de Justiça promoveu no sentido de que o laudo pericial fosse complementado e que fossem respondidos os quesitos apresentados pelo *Parquet* (f. 93/94). Em 20 de julho de 2016 o requerente noticiou que a requerida fugiu para a casa de seu namorado, pleiteando a busca e apreensão da mesma (f. 103/104). Em 02 de setembro de 2016 foi determinada a realização de estudo social entre outras providências (f. 135/136). Em 19 de setembro de 2016 a Dra. Perita apresentou laudo complementar com as respostas aos quesitos do Ministério Público (f. 171/177). A.C.M., companheiro da interditanda, e a interditanda apresentaram petições acompanhadas de documentos ao longo do processo (f. 258/289, 298/329, 331/340, 363/392, 401, 417/426, 432/449 e 631/635). O requerente apresentou novas petições e documentos ao longo do processo (f. 347/359, 450/451, 476/481 e 546/612) Relatórios de estudo social realizado no curso do processo (f. 139/161, 452/456, 458/459 e 493/496). Em 10 de abril de 2018 foi rea-

lizada audiência especial, onde foram colhidos os depoimentos pessoais do curador provisório e de uma testemunha, sendo encerrada a instrução (f. 497/502). A dra. Curadora Especial apresentou novos requerimentos e documentos (f. 504-v/505 e 506/535). Em 24 de julho de 2018 foi proferida decisão mantendo o requerente no encargo de curador da requerida (f. 623/625). Relatório social encaminhado pela Secretaria Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos de Niterói (f. 637/640). Foi informado pela Secretaria Municipal de saúde que a interditanda não aderiu ao seu tratamento médico (f. 648/649 e 661/663) e que não preenche os requisitos legais para ser inserida ao Serviço Residencial Terapêutico (f. 666/669). Em 12 de junho de 2019, o curador provisório apresentou suas alegações finais (f. 666/669). A Curadora Especial apresentou alegações finais (f. 672/673). Parecer ministerial (f. 675/679). É o relatório. Decido. A pretensão do requerente encontra fundamento nos artigos 40, inciso III e 1.767 do Código Civil, os quais estabelecem que são incapazes, relativamente a certos atos ou a maneira de exercê-los, dentre outras hipóteses, "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade" e que tais pessoas estão sujeitas à proteção legal conferida pelo instituto da curatela. De outra feita, a Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015 que instituiu a "Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) tem como diretriz assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania. Depreende-se de tais normas que o legislador infraconstitucional atendendo aos princípios maiores da Constituição Federal, regulamentou e

contemplou hipóteses legais que têm por objetivo preservar ao máximo a autonomia privada do cidadão com deficiência, de molde a proporcionar ao mesmo a sua integração e interação social e o exercício pleno de sua cidadania. Em apertada síntese, conclui-se que, embora se reconheça em determinadas pessoas limitações e/ou incapacidades para determinados atos da sua vida de relação, estes devem ser bem delimitados em eventual declaração de incapacidade, de molde a assegurar o mais amplo espectro possível de resguardo de sua autonomia no exercício de seus direitos e no cumprimento das suas obrigações. Sabe-se que as pessoas declaradas portadoras de deficiência por terem sido atingidas na sua capacidade cognitiva, nem por isso estão, necessariamente, incapacitadas de prestar esclarecimentos em entrevista acerca de suas vidas, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos, de molde a fornecerem ao magistrado subsídios para que este se convença quanto à capacidade do portador de deficiência para a prática dos atos da vida civil (art. 751 do CPC). Ressalte-se que em determinadas situações a entrevista judicial prevista no Estatuto Processual Civil se toma inviável, quando a comunicação com o interditando, seja de todo impossível. Pois bem. A senhora perita registrou em seu laudo as seguintes constatações sobre as condições e estado de saúde da requerida: "Encontrada em bom estado de higiene e cuidados pessoais, desperta, fala quando perguntada evidenciando pensamento lentificado, empobrecido, fâcies inexpressiva, atitudes robotizadas. Nota-se ingenuidade e falta de juízo crítico para avaliar situações de risco para si ou terceiros com afrouxamento dos nexos afetivos. Falta de contato com a realidade pelo juízo crítico que é prejudicado. Sem sintomas produtivos no momento" (f. 87).

Concluiu o laudo pericial que: "De acordo com o exame médico realizado, a interditanda é portadora de quadro clínico compatível com transtorno de humor e retardo mental leve com déficit cognitivo acarretando prejuízo da orientação, da autocrítica da capacidade de tomar decisões e de autodeterminar-se. É incapaz para atos da vida civil e necessita de supervisão e cuidados de terceiros para suas atividades cotidianas (f. 87). Aos quesitos complementares do Ministério Público, a Dra. Perita respondeu que "a interditanda é portadora de quadro compatível com transtorno de humor. Apresenta déficit cognitivo moderado, mostra capacidade de fazer pequenas escolhas com orientação espacial e temporal, mas apresenta ingenuidade acentuada para sua idade cronológica com falta de discernimento para avaliar situações de riscos que possam colocar em perigo sua vida ou de terceiros" (f. 173). Em 23 de janeiro de 2018, o relatório social apurou que o relacionamento entre a requerida e A.C.M. terminou e sinalizou que a solução da lide é muito difícil, porque tanto a parte da requerida como dos pais, "criaram imaginários de que o outro tem intenções negativas sobre eles, se fixaram suas posições, havendo dificuldade para que passem a uma conduta cooperativa" (f. 452/453). Na audiência realizada em 10 de abril de 2018, restou determinado ao Curador Provisório o acompanhamento da requerida em suas consultas periódicas (f. 497). A Dra. Promotora de Justiça ao reportar-se à Lei nº 13.146/15, assinala em seu parecer final, que a lei em comento tomou a curatela medida excepcionalíssima e "proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso" (art. 84, § 3º), restrita apenas aos "atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negociai" (art. 85)" e que a incapacidade civil "... restou plenamente comprovada pelos elementos de

prova que instruem os autos (f. 678)", posicionando-se favoravelmente à nomeação de A.C.S.T. para exercer a curatela de C.M.T. (f. 678). Com efeito, a prova colhida no curso do processo convence este magistrado de que deve ser decretada a interdição da requerida e quanto aos limites da curatela, constata-se que a doença que a acomete, lhe retira qualquer possibilidade de manifestar potencialidades, habilidades, vontades e preferências. Destaca-se ainda do parecer ministerial a seguinte observação: "a interditanda não possui discernimento compatível com a Tomada de Decisão Apoiada, revelando-se a interdição como a medida mais adequada para a defesa dos interesses da incapaz" (f. 678). Isto posto, acolho o parecer ministerial, defiro o pedido e decreto a interdição total de C.M.T. com fundamento no art. 755 do CPC/2015 e nomeio o requerente A.C.S.T. para exercer o encargo de curador da requerida. A curatela afetará os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negociais da requerida (art. 85, caput, da Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015). Lavre-se termo de compromisso, devendo o curador nomeado, prestar contas do exercício da curatela anualmente, comprovando com documentos todas as receitas a que tem direito a requerida e enumerando as despesas com ela efetivadas (arts. 1.757 c/c art. 1.781 do Código Civil e art. 84, § 4º da Lei nº 13.146/2015). Atenda-se ao disposto no art. 755, § 3º do CPC/2015 e no art. 9º, inc. III, do C.C., inscrevendo-se a presente sentença no registro de pessoas naturais e publicando-a imediatamente na rede mundial de computadores no sítio do TJ/RJ e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os no-

mes da requerida e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela. Sem custas, observando-se que a gratuidade de justiça se estende aos emolumentos dos atos registrais e notariais, necessários ao aperfeiçoamento dos mesmos (art. 98, parágrafo 1º, inc. IX do CPC/2015). Expeça-se mandado de averbação ao registro civil, observando-se o Aviso nº 100 da CGJ-RJ, de 07/08/2002 e comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro. P.R.I. archive-se. Uma vez transitada em julgado esta sentença e cumpridas as diligências, archive-se."

Adoto, na forma do permissivo regimental (art. 92, § 4º, do RITJERJ), o relatório de f. 681/683 (índice 00783), acima reproduzido.

Não resignada com o resultado da demanda, recorreu a Curatelada, C.M.T., a e-f. 811/820, requerendo a reforma integral da sentença. Alega, em apertada síntese, que não restou comprovada a incapacidade da apelante, sendo a natureza assistencial da interdição vexatória e opressiva, por retirar do indivíduo a capacidade de gerir seus bens e dirigir sua pessoa. Defende, ainda, que a apelante não foi devidamente assistida pela Defensoria Pública no curso da instrução, com manifestações genéricas, não atacando frontalmente as questões levantadas, nem possibilitando que a apelante se manifestasse precisamente sobre as alegações de fatos constantes na petição inicial.

Requer, pois, o conhecimento e provimento do recurso de apelação, para que seja anulada a sentença, com determinação de retorno dos autos ao juízo de origem para o regular processamento do feito, possibilitando a manifestação de defesa técnica da apelante em todos os autos, além da imediata suspensão da decisão que deferiu a curatela em favor do genitor da apelante.

Contrarrazões a e-f. 860/863, prestigiando o julgado.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça, a f. 860/863, no sentido de conhecimento e desprovimento do recurso.

O recurso é tempestivo, a autora é beneficiária de gratuidade de justiça e está devidamente representada.

É o breve relatório do essencial. Passo a decidir.

Satisfeitos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, este recurso deve ser conhecido.

Cinge-se a questão em apurar se a pessoa relativamente incapaz em razão da idade, ainda sob o poder familiar dos pais, portanto, pode ser submetida à interdição.

A interdição destina-se a resguardar a pessoa incapaz para os atos da vida civil, assim como os seus bens e direitos, devendo visar sempre ao seu melhor interesse¹.

Para que seja decretada, é preciso que a ausência de capacidade do interditando esteja comprovada de modo incontestado nos autos do pedido de interdição.

Como se sabe, capacidade é a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil, podendo ser essa aptidão de direito, oriunda da personalidade e inerente a todo ser humano, ou de fato, que se refere à possibilidade de atuação no mundo jurídico, isto é, a capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Nas palavras de MARIA HELENA DINIZ afirma “[...] a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si só os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento, que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa

de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial”²

Com efeito, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei nº 13.146/15, modificou dispositivos do Código Civil que tratavam da capacidade civil, excluindo o portador de transtorno mental da condição de absolutamente incapaz.

Confira-se o que diz a nova redação dos artigos 3º e 4º, do Código Civil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

I - (Revogado);

II - (Revogado);

III - (Revogado).

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

O mesmo artigo 84, da Lei nº 13.146/15, dispõe em seu parágrafo 3º, que a curatela deverá ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

Por sua vez, o artigo 85, *caput*, da referida lei, estabelece que a curatela afetará apenas os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Conclui-se, assim, que a curatela passa a ser medida excepcional, extraordinária, a ser

1 Princípios extraídos do artigo 12 - Reconhecimento igual perante a lei, item 4., da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protagonismo do Interditando; Melhor Interesse do Interditando; Proporcionalidade; Temporalidade; Acompanhamento Periódico. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.

2 DINIZ, Maria Helena. Capacidade Jurídica. In: _____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1: Teoria Geral do Direito Civil. P. 139.

adotada somente quando e na medida em que for necessária, pelo tempo mínimo necessário.

Pois bem.

No caso concreto, o autor sustenta que sua filha, nascida em 03/05/1974, não possui condições de orientar sua vontade à prática dos atos civis, necessitando que alguém o represente, o que justifica a sua interdição, afirmando, ainda, que a mesma é portadora do vírus HIV, não promovendo o adequado tratamento à doença sem supervisão.

Realizada a perícia médica, por duas peritas distintas, ambas concluíram pela incapacidade da interditanda, tendo em vista ser a mesma portadora de quadro clínico compatível com transtorno de humor e retardo mental leve, com déficit cognitivo moderado, doença que compromete sua capacidade crítica e sua autonomia, necessitando de supervisão de terceiros para atos da vida cotidiana, como subsidiar sua sobrevivência, manipular grandes somas de dinheiro, cuidar de menores vulneráveis, compra, vender objetos ou imóveis, senão vejamos (indexadores 00105, 00205 e 00704, respectivamente):

CONCLUSÃO

De acordo com o exame médico realizado, a interditanda é portadora de quadro clínico compatível com transtorno de humor e retardo mental leve com déficit cognitivo acarretando prejuízo da orientação, da auto crítica da capacidade de tomar decisões e de auto-determinar-se. É incapaz para atos da vida civil e necessita de supervisão e cuidados de terceiros para suas atividades cotidianas.

CONCLUSÃO DA PERÍCIA

1- De acordo com o exame realizado, a interditanda é portadora de quadro compatível com transtorno de humor. Apresenta déficit cognitivo moderado, mostra capacidade de fazer pequenas escolhas com orientação espacial e temporal mas apresenta ingenuidade acentuada para sua idade cronológica com falta de discernimento para avaliar situações de riscos que possam colocar em perigo sua vida ou de terceiros.

Do ponto de vista psiquiátrico necessita da supervisão de terceiros para atos da vida cotidiana como subsidiar sua sobrevivência, manipular grandes somas de dinheiro, cuidar de menores vulneráveis, comprar, vender objetos e ou imóveis. É incapaz para atos da vida civil. Necessita de supervisão.

CONSIDERAÇÕES PSQUIÁTRICO-FORENSES

Acerta da avaliação supra, cabem algumas considerações que são as que se seguem: Através de exame direto e dados de anamnese, pode-se concluir que a pericianda apresenta comorbidade de Retardo Mental Leve e Transtorno de Personalidade dependente.

As pessoas levemente retardadas apresentam dificuldades sociais principalmente em atividades acadêmicas e laborativas, até conseguindo desempenho regular em algumas atividades que sejam bem monitoradas e supervisionadas, desde que não demandem grandes responsabilidades.

Cristiane apresenta também como comorbidade ao quadro de retardo, um transtorno de personalidade que gera ainda maior prejuízo social à pericianda. Esse transtorno caracteriza-se por encorajar ou permitir que outros tomem a maioria das mais importantes decisões da sua vida; subordinação de suas necessidades àquelas dos outros dos quais depende; relutância em fazer exigências às pessoas as quais depende; incapacidade de se autocuidar sem supervisão; capacidade limitada em tomar decisões cotidianas e medo de ser abandonada por pessoa com a qual tenha um relacionamento íntimo e ser deixado para cuidar de si próprio sem auxílio.

Desta forma, concluo que pericianda não apresenta condições psíquicas de exercer guarda de menor. É aconselhável, entretanto, que a mesma mantenha contato frequente com filha menor sendo este sempre supervisionado de terceiros.

Assim sendo, a conclusão das perícias realizadas atesta a incapacidade da interditanda em consonância com as aludidas exigências legais.

Contudo, insurge-se a mesma, em sede de recurso de apelação, sob o argumento de que a Defensoria Pública não a assistiu adequadamente, oferecendo contestação por negativa geral, não se insurgindo quanto ao laudo pericial de e-f. 704, além de se limitar a peticionar pela ciência do laudo de e-f. 105.

Como bem ressaltado no parecer da d. Procuradoria de Justiça (f. 860/863) tais questões se revelam preclusas, uma vez que não foram arguidas no momento oportuno, quais sejam, na primeira oportunidade em que coube à parte falar nos autos, nos termos do art. 278 do CPC.

Pontue-se, por oportuno, que a apelante se limita a alegar a nulidade por ausência de manifestação em todos os atos processuais, não mencionado o prejuízo eventualmente advindo de tal situação.

É sabido que o nosso sistema processual vigente adotou o princípio *da pas de nullité sans grief*, segundo o qual somente há de se declarar a nulidade se, alegada em tempo oportuno, houver demonstração ou comprovação de efetivo prejuízo para a parte.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. PRINCÍPIO DA *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. REVISÃO. SÚMULA N° 7/STJ. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA DECISÃO SURPRESA. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO ART. 489 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA NA ARGUMENTAÇÃO. SÚMULA N° 284/STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Nos termos do entendimento jurisprudencial vigente nesta Corte Superior, inexistente violação ao princípio da colegialidade quando o relator julga monocraticamente recurso inadmissível, ainda mais quando é oportunizada à parte recorrente o direito de interposição de agravo previsto no art. 1.021 do CPC/2015.

2. A falta de intimação da parte para manifestação sobre a preclusão do pedido de inversão do ônus da prova não constitui automática nulidade, ficando condicionada à demonstração dos prejuízos decorrentes.

3. Segundo orientação jurisprudencial, aplicando o princípio do *pas de nullité san grief*, a nulidade dos atos processuais só ocorre quando comprovados os prejuízos para as partes da relação processual.

4. *In casu*, entendendo o Tribunal estadual que a ausência de intimação para ciência do recorrente sobre a preclusão do pedido de inversão do ônus da prova não gerou prejuízos, descabe ao Superior Tribunal de Justiça alterar o posicionamento adotado, ante a incidência da Súmula n° 7/STJ.

5. Inexiste afronta ao princípio da não surpresa quando o julgador, examinando os fatos expostos na inicial, juntamente com o pedido e a causa de pedir, aplica o entendimento jurídico que considerada coerente para a causa.

6. O julgamento e conhecimento do recurso especial exige a efetiva demonstração, de forma clara e precisa, dos dispositivos apontados

como malferidos pela decisão recorrida juntamente com argumentos suficientes à exata compreensão da controvérsia estabelecida, sob pena de inadmissão, por incidência da Súmula n° 284/STF.

7. Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt no AREsp n° 1.468.820/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, T3 - Terceira Turma, Data do Julgamento: 23/09/2019, DJe 27/09/2019)

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de se negar provimento ao recurso.

RIO DE JANEIRO, 10 DE FEVEREIRO DE 2021.

DES. WERSON RÊGO

RELATOR

OBRIGAÇÃO DE FAZER. DANOS MORAIS. AUTOR PORTADOR DE DOENÇA GRAVE E DEPENDENTE DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO DA CONCESSIONÁRIA SUPER VIA PARA SE LOCOMOVER. ESTAÇÃO DE TREM COM OBSTÁCULO DE ACESSIBILIDADE. DANO MORAL INDIVIDUAL. EXISTÊNCIA DE PROCESSO COLETIVO NÃO INDUZ LITISPENDÊNCIA PARA O DANO MORAL INDIVIDUAL, APENAS COM A OBRIGAÇÃO DE FAZER. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMPENSATÓRIA POR DANOS MORAIS AJUIZADA EM FACE DA SUPERVIA, OBJETIVANDO COMPELIR A RÉA REALIZAR OBRAS DE ACESSIBILIDADE NA ESTAÇÃO FERROVIÁRIA "GUILHERME DA SILVEIRA". SENTENÇA QUE INDEFERIU A INICIAL POR ILEGITIMIDADE ATIVA, TENDO EM VISTA TRATAR-SE DE DIREITO COLETIVO, PONTUANDO HAVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA SOBRE O MESMO TEMA. IRDR INSTAURADO QUE AINDA NÃO FOI ADMITIDO, SEM DETERMINAÇÃO, PORTANTO, DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES INDIVIDUAIS. EXISTÊNCIA DE AÇÃO COLETIVA QUE NÃO IMPEDE O PREJUDICADO DE BUSCAR ISOLADAMENTE

COMPENSAÇÃO EM RAZÃO DE VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE, ATÉ QUE SEJA EVENTUALMENTE DETERMINADA SUA SUSPENSÃO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA JÁ INSTAURADO SOB O NÚMERO 0069855- 03.2019.8.19.0000. EXTINÇÃO DA AÇÃO QUE DEVE SE DAR UNICAMENTE COM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE FAZER. RECURSO AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0027596-60.2019.8.19.0204, no qual é Apelante A.A.F. e Apelada, Supervia S/A.

Acordam os Desembargadores da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em votação unânime, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por A.A.F. em face de Supervia Concessionária de Transportes Ferroviário S/A.

Como causa de pedir, aduziu estar buscando exercer individualmente o direito de acesso ao transporte público prestado pela ré, uma vez que é portador de doença grave, apresenta insuficiência renal, enfrentando obstáculos de acessibilidade que o impedem de utilizar o serviço público de transporte coletivo.

Requeru, assim, que seja concedida liminar para que a Ré adapte à estação de “Guilherme da Silveira”, às condições de acessibilidade, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de dez mil reais, sob pena de configuração do crime de desobediência. Em sede de cognição exauriente, requereu a confirmação da liminar e a condenação da parte ré ao pagamento da quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de dano moral.

Sobreveio sentença de extinção do feito

em razão da ilegitimidade ativa, por se tratar de direito coletivo, havendo Ação Civil Pública em tramitação (índice 53).

Apelação interposta pelo autor (índice 61)

Decisão de f. 70, determinando a suspensão do feito (índice 70).

Petição do autor requerendo o prosseguimento do feito ante a suspensão da ACP, com homologação de Termo de Ajustamento de conduta. Asseverou ser o dano moral pleiteado em ACP de ordem coletiva, sendo que o dano moral retratado nesta ação seria de natureza individual (índice 101/102)

Despacho em que se determinou a citação do réu para apresentação de contrarrazões (índice 144).

Contrarrazões apresentadas na qual, dentre outros argumentos, levantou Supervia a existência de acordo consolidado em Termo de Ajustamento de conduta (índice 152).

É o relatório.

VOTO

O recurso interposto é tempestivo e guarda os demais requisitos de admissibilidade, razão de seu conhecimento.

Trata-se, na origem, de ação ajuizada pelo apelante, deficiente físico, com o intuito de compelir Supervia a adaptar a estação de trem de “Guilherme da Silveira” às condições de acessibilidade, bem como a pagar-lhe indenização por danos morais.

A presente apelação foi interposta contra a sentença na qual o processo foi extinto por ilegitimidade ativa em razão de envolver direito coletivo, tendo sobrevivido, após a apelação, decisão de suspensão do feito.

O fato de a ação coletiva ter por escopo a realização de obras de adequação nas estações ferroviárias operadas pela agravante, não obsta o ajuizamento de demanda individual proposta por cidadão integrante da coletividade, porquanto a legitimação é concorrente, nos termos do art.

81, do CDC.

Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Por seu turno, o art. 104, do mesmo diploma legal, estabelece que as ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Nestes termos, a legislação supramencionada deixa claro que as ações coletivas não induzem a litispendência para as ações individuais, apenas estabelecem que o autor da ação individual somente será beneficiado pelos efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a

que aludem os incisos II e III do art. 103 do CDC, caso requeira a suspensão da sua ação no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Logo, trata-se de uma faculdade do autor, não havendo previsão legal determinando a suspensão automática da ação individual em decorrência do ajuizamento posterior de uma ação coletiva abordando o mesmo tema.

Cabe ainda ressaltar, que nos autos da ação civil pública sobre a mesma matéria, o douto magistrado determinou que as partes se manifestassem sobre o pleito de suspensão de todas as demandas individuais, especialmente porque não vislumbrou pedido de indenização pelos danos suportados individualmente na peça vestibular, mas apenas de danos morais coletivos, em importância a ser recolhida, *prima facie*, a um fundo e não exatamente aos indivíduos lesados, não havendo, assim, qualquer determinação de suspensão das ações individuais.

Por seu turno, não há que se falar em pedidos sucessivos eis que se trata de cumulação simples, com pedidos absolutamente independentes entre si, podendo a Supervia ser condenada a indenizar eventual dano moral sofrido pela parte, independentemente da obrigação de adequar suas instalações.

Assim, o *decisum* extintivo deve ser mantido apenas com relação à obrigação de fazer, diante da lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta entre a Supervia e o *parquet*, que permite presumir que está envidando esforços para adequar suas estações para o fim de fornecer acessibilidade aos usuários do serviço de transporte ferroviário, não podendo haver condenação de forma diversa em ação individual.

Destaque-se, ainda, a possibilidade de geração de prejuízo irreversível para o apelante, ao precisar desviar recursos para atender à demanda particular quando já deveria fazer jus à acessibilidade de forma coletiva na estação.

No Julgamento do REsp nº 1.110.549/RS,

sob o rito dos recursos repetitivos, o STJ concluiu que, diante do julgamento de ação coletiva, “*macro lide*” geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo a ação coletiva. Inexistência de ofensa aos artigos 51, IV e § 1º, 103 e 104 do CDC; 122 e 166 CC; e 2º e 6º do CPC/73, com os quais se harmoniza.

Assim, embora deva ser assegurado o direito individual de ação, esse direito de ajuizamento não impede a suspensão dessas demandas, em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça, evitando-se decisões contraditórias, devendo ser suspensa a ação unicamente com relação à obrigação de fazer.

Por outro lado, note-se que a natureza do dano moral coletivo em nada se confunde com o dano moral individual de cada um dos postulantes das ações indenizatórias que tramitam neste Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sendo certo que, quanto a esse pedido, cabe a cada um dos autores prosseguir como melhor lhe aprouver em sua demanda individual.

Ademais, é importante ressaltar que o ajuizamento de uma ação civil pública não pode obstar o direito subjetivo de manejar a ação individual assegurado constitucionalmente, sob pena de se negar efetividade ao próprio direito.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil preconiza, no seu art. 5º, inciso XXXV, que nem mesmo a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Nessa mesma linha, o ajuizamento de uma ação individual não induz litispendência em relação ao ajuizamento de ação coletiva, ainda que o objeto desta última – dano moral coletivo – alcance aquele pretendido pelo autor da ação individual.

Por fim, no que diz respeito ao IRDR 0069855-03.2019.8.19.0000, este ainda pende de decisão acerca da sua admissibilidade, inexistindo, até este momento, determinação de suspensão

dos feitos que digam respeito a obras de acessibilidade nas estações da agravante, Supervia.

Por tais razões, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para fins de se manter a sentença extintiva unicamente quanto ao pleito atinente à obrigação de fazer, devendo prosseguir a ação com relação ao requerimento atinente aos danos morais individuais.

RIO DE JANEIRO, 17 DE MARÇO DE 2021.
DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA
RELATOR

OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. DESINTERNAÇÃO HOSPITALAR. IDOSA QUE PERMANECE NO HOSPITAL APÓS A ALTA MÉDICA. FALECIMENTO NO CURSO DO PROCESSO. PERDA SUPERVENIENTE DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. INCERTEZA DO PEDIDO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório por danos materiais. Pedido de desinternação hospitalar. Causa de pedir que narra a situação de indevida permanência da primeira ré em nosocômio de sua rede hospitalar mesmo após a determinação de alta médica. Alegação de abandono da paciente idosa pela segunda ré, sobrinha e curadora da enferma, que se recusa a retirar sua tia do hospital. Falecimento da primeira ré no curso da ação. Sentença que julga extinto o feito, sem resolução do mérito, na forma do artigo 485, IX, do CPC/15, no que toca ao pedido de desospitalização e de improcedência do pedido indenizatório. Condenação da autora aos ônus de sucumbência. Inconformismo que prospera, em parte. Autora que não é parte legítima para deduzir a pretensão de aplicação de sanção à segunda apelada pelo suposto abandono da curatelada. Pedido que, de todo modo, caracteriza manifesta inovação recursal. Pretensão inicial que se

limitou (i) ao pedido de desospitalização e (ii) à condenação da segunda ré a pagar eventuais valores não cobertos pelo plano de saúde da primeira ré. Sentença terminativa em relação ao primeiro pedido e de improcedência em relação ao segundo que não merece retoque. Falecimento que acarreta a perda superveniente da obrigação de fazer. Pretensão de ressarcimento de “eventuais” quantias que caracteriza inaceitável incerteza do pedido. Indeterminação do pedido que, na forma da lei, pode estar relacionada ao *quantum debeatur*, mas jamais ao *an debeatur*. Reforma da sentença no que toca ao capítulo dos ônus de sucumbência que se impõe. Rés que deram causa à propositura desta demanda e que, por isso, devem ser igualmente responsabilizadas pelas despesas processuais. Inteligência do artigo 85, § 10, do CPC/15. Sucumbência recíproca que se reconhece para determinar, na forma do artigo 86 do CPC/15, o rateio das custas do processo e para condenar ambas as partes a pagarem honorários advocatícios ao patrono da parte adversa. Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 0175706-28.2019.8.19.0001, em que é Apelante Rede D'or São Luiz S/A e Apelados Espólio de H.A.D. e outra.

Acordam os Desembargadores da Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, na forma do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório proposta pela Rede D'or São Luiz S/A em face de H.A.D. e C.G.D., pela qual alega a autora, em síntese, que a primeira ré se

encontra internada em um dos hospitais de sua rede (Copa D'Or), desde o dia 17 de janeiro de 2019, vindo a receber alta em fevereiro daquele mesmo ano. No entanto, alega que a idosa vem sendo mantida internada contra a indicação médica, por conduta de sua sobrinha, segunda ré, que se recusa a levar a primeira autora para casa.

Requer a concessão da tutela antecipada para que a primeira ré retorne à sua residência ou, caso não seja possível, que seja transferida para uma instituição de longa permanência para idosos, com sua confirmação ao final. Pleiteia, ainda, a condenação das rés ao pagamento das diárias que porventura fiquem sem cobertura pelo plano de saúde da primeira ré.

Citadas, as rés apresentaram a contestação de f. 82/114, na qual sustentam, em resumo, que a primeira ré não recebeu alta hospitalar em fevereiro, mas apenas foi transferida da UTI para a unidade semi-intensiva. Afirmam que em julho de 2019 o médico da primeira ré condicionou a alta da paciente ao fornecimento do serviço de *home care*, mas o plano de saúde negou uma série de necessidades descritas no laudo médico. Narram que, apesar disso, o hospital autor insistia na retirada da idosa das dependências do nosocômio, razão pela qual suas sobrinhas solicitaram novo laudo médico a uma especialista em geriatria, mas o plano, novamente, recusou-se a fornecer o *home care* nos moldes recomendados. Demonstram que a idosa não estava em situação de abandono, tendo em vista as visitas constantes das sobrinhas. Pedem a improcedência dos pedidos e a condenação da autora nas penas da litigância de má-fé.

Réplica a f. 165/177.

Manifestação do Ministério Público a f. 217/220, pela improcedência dos pedidos e pela extinção do feito na forma do artigo 485, VI, do CPC/15, no que toca aos danos materiais.

Petição da autora a f. 224/227, comunicando o óbito da primeira ré.

Pela sentença de f. 254/258 o juízo houve por bem julgar extinto o processo sem resolução do mérito, em relação à obrigação de fazer, com fundamento no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, e improcedente o pedido de condenação das réas ao ressarcimento de eventuais despesas não cobertas pelo plano de saúde da primeira ré. Por força da sucumbência, condenou a autora ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00, com fundamento no artigo 85, § 8º, do CPC.

Inconformada com o julgado, a autora interpôs o apelo de f. 323/334, pugnando pela reforma da sentença para julgar procedente o pedido autoral, condenando a segunda ré, ora apelada, pelo abandono imposto à idosa pelo tempo que esta permaneceu indevidamente internada no Hospital Copa D'Or, e, por conseguinte, que sejam invertidos os ônus da sucumbência. Em suas razões recursais, reitera os argumentos de fatos e de direito lançados na peça vestibular e na réplica, aludindo, ainda, às inúmeras provas produzidas nos autos.

Contrarrazões a f. 352/358, pelas quais pugnam os réus, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, em razão do não preenchimento de requisito intrínseco, e, no mérito, a manutenção do julgado de improcedência, trazendo como argumentos aqueles mesmos contidos na peça de bloqueio. Pedem a majoração da verba sucumbencial já arbitrada, na forma do artigo 85, § 11, do CPC/15.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, no que toca ao pedido de aplicação de sanção à segunda ré, pelo suposto abandono da curatelada, além de se tratar de indevida inovação recursal, já que tal pleito não consta da inicial, é de se destacar, ainda, que a autora, obviamente, não detém legitimidade ativa *ad causam* para deduzir tal pretensão, daí por que, rejeita-se liminarmente o pedido.

Em relação ao segundo ponto da impugnação – ônus sucumbenciais – sabe-se que pretensão inicial limitou-se a dois pedidos: (i) a desospitalização da primeira ré e (ii) a condenação da segunda ré a pagar eventuais valores não cobertos pelo plano de saúde da primeira ré. A sentença ora combatida houve por bem, em relação ao primeiro pedido, julgar extinto o feito na forma do artigo 485, IX, do CPC/15, tendo em vista o falecimento da primeira autora e a intransmissibilidade da ação, e improcedente o pedido condenatório.

O julgado, no que toca a esses capítulos, não merece qualquer retoque.

Com efeito, o falecimento da primeira ré, a quem se destinava o pedido de desospitalização, acarreta a perda superveniente da obrigação de fazer, atraindo a prolação de sentença terminativa, tal qual proferida. Já a pretensão de ressarcimento de “eventuais” quantias, na forma em que deduzida, caracteriza inadmissível pedido genérico. Isso porque a indeterminação do pedido, na forma da lei (artigos 322 e 324 do CPC/15), pode estar relacionada ao *quantum debeatur*, mas jamais ao *an debeatur*, como pretendia a autora. Aliás, o acolhimento do pedido formulado pelo magistrado de piso configuraria evidente afronta ao disposto no artigo 492 do CPC/15, que veda a prolação de sentença condicional.

No entanto, penso que a sentença deve ser reformada no que toca ao capítulo dos ônus da sucumbência. Isso porque, é evidente que as réas deram causa à propositura desta demanda no que diz respeito ao pedido de desospitalização, e, por isso, devem ser igualmente responsabilizadas pelas despesas processuais, nos termos do artigo 85, § 10, do CPC/15. Veja-se que há inúmeras provas da alta hospitalar desde junho de 2019, sendo certo que a negativa do plano de saúde em fornecer o serviço de *home care*, por si só, não justifica a permanência da paciente em nosocômio sem que se comprove a necessidade da internação.

Por outro lado, essa lógica não se aplica ao pedido condenatório, repise-se, corretamente julgado improcedente, cujos ônus da derrota cabem à autora.

Assim postas as coisas, voto pelo provimento parcial do recurso para reconhecer a sucumbência recíproca e, com isso, (i) determinar, na forma do artigo 86 do CPC/15, o rateio das custas do processo; e (ii), em relação à verba honorária, condenar ambas as partes a pagarem honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, no valor de R\$ 2.000,00, observada, em relação à autora, a vedação da *reformatio in pejus*, ficando a verba por ela devida ao patrono dos réus limitada ao valor arbitrado na sentença (R\$ 1.000,00).

**RIO DE JANEIRO, 02 DE MARÇO DE 2021.
DES. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO
RELATOR**

PROCESSO ADMINISTRATIVO. NULIDADE DA SUSPENSÃO DA CNH POR AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE DEPENDENTE DE NOTIFICAÇÃO ANTERIOR AO CONDUTOR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL. Ação Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo. Suspensão de CNH. Alegação de ausência de notificação prévia. Sentença de improcedência. Reforma. A imposição de penalidades relacionadas ao direito de dirigir depende de prévia notificação do condutor do veículo. Inteligência do enunciado nº 312 da súmula de jurisprudência dominante do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Endereço dos avisos de recebimentos negativos que é o mesmo constante do comprovante de residência e do cadastro da autarquia de trânsito. Demandada que não se desincumbiu do ônus de notificar previamente o autor para o exercício do contraditório e ampla defesa administrativa. Processo administrativo de suspensão do direito de dirigir

que se declara nulo. Penalidade posterior por condução sem habilitação que se declara suspensa. Recurso a que se dá provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação nº 0067069-88.2017.8.19.0021, em que é Apelante R.S.P. e Apelado Departamento de Transito do Estado do Rio de Janeiro – DETRAN/RJ.

Acordam os Desembargadores da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recuso, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto contra sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias que, nos autos de Ação Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo, por intermédio da qual o demandante objetiva a declaração de nulidade do ato administrativo de suspensão da sua Carteira Nacional de Habilitação - CNH e, conseqüentemente, do seu direito de conduzir veículo automotor, bem como da multa posteriormente aplicada pela condução sem habilitação, julgou improcedente a pretensão deduzida, sob os seguintes fundamentos e dispositivo:

“O feito está apto para julgamento, sendo as partes legítimas e bem representadas, havendo elementos suficientes para a prolação de sentença definitiva de mérito, fundada em juízo de certeza, por meio do exercício de cognição exauriente. O Detran é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, pois é responsável pela política de trânsito, com o processamento, controle de registros, pagamento e cancelamento de multas, nos termos do art. 22 do Código de Trânsito. Portanto, o fato de a penalidade ter sido aplicada pelo Município não lhe retira a legitimidade. Dian-

te da ausência de outras questões prévias a decidir, passo ao exame do mérito. Trata-se de ação através da qual o autor pretende a nulidade de procedimento administrativo alegando vício de notificação. Ao perulstrar toda a documentação acostada aos autos por ambas as partes, verifica-se que não houve qualquer irregularidade. Inicialmente, diga-se que os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e veracidade. Verificando o teor dos documentos juntados pelo DETRAN, verifica-se que as notificações foram, de fato, expedidas para o endereço que consta no cadastro do condutor, inclusive, todas as notificações foram enviadas e não foram entregues porque o número não foi encontrado, sendo tal impossibilidade ônus do autor. Além disso, houve ainda a publicação de edital, não havendo como se acolher a alegação de que houve ausência ou ainda falha na notificação. Sendo assim, em havendo comprovação de remessa das multas para o endereço do autor, torna-se válida a notificação, independentemente, do autor ter assinado ou não o AR, ou ainda ser ou não encontrado o número ou o destinatário em casa. Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos, na forma do artigo 487, inc. I, do CPC. Condeno ainda a parte Autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da causa, observado a gratuidade de justiça deferida. Com o trânsito em julgado, cumpridas as formalidades legais e nada mais sendo requerido, dê-se baixa e arquivem-se. Pl.”

Inconformado, apela o autor a f. 158/165, sustentando, em síntese, que não há como lhe atribuir a responsabilidade, sem que tenha, de fato, contribuído, ainda que por omissão, para o não recebimento da correspondência, notadamente, quando atualizado o seu endereço no banco de dados da autarquia apelada,

tendo havido desídia de terceiros que não se empenharam em localizar seu domicílio, que não havia qualquer obstáculo para que a correspondência fosse entregue ao destinatário; que a falha dos Correios inviabilizou o recebimento da notificação e, conseqüentemente, impossibilitou o exercício da ampla defesa e, por fim, que a apelada jamais apresentou a notificação por edital, o que demonstra o desacerto da sanção administrativa. Pugna pelo provimento do recurso.

Decisão de f. 170/173, concedendo efeito suspensivo ao recurso.

Certidão de f. 178, da ausência de manifestação do apelado.

É o relatório.

VOTO

As razões recursais merecem acolhimento.

A análise dos documentos adunados aos autos com a inicial e com a contestação, notadamente os de f. 16, 23, 24 e 64/66, afasta a conclusão no sentido da regularidade das notificações encaminhadas ao demandante.

Isto porque, embora encaminhadas para o endereço de residência do demandante, leia-se, Rua G.V., nº XX, XXXXX, constante do comprovante residencial de f. 16 e do cadastro da autarquia estadual de trânsito de f. 24, as justificativas para o retorno negativo deles, a saber, “Não existe o número” (2 vezes) e “Não procurado”, demonstram que não foram regulares as tentativas de notificações do autor.

Ora, se o comprovante de residência de f. 16, consistente em conta de consumo, indica o mesmo número de endereço declinado nas notificações encaminhadas, irregular se falar em inexistência de numeração.

Mais irregular, ainda, é a justificativa para a negativa constante do último aviso de recebimento, repita-se, “Não procurado”. Ora, se não se procura o notificado, não se reputa regular a notificação que a ele se endereça.

Neste sentido, nos termos do enunciado nº 312, da súmula de jurisprudência dominante do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a imposição da penalidade depende de prévia notificação do infrator acerca da autuação a ele imputada e da sanção a ele aplicada.

Vejamos:

Súmula nº 312/STJ: "No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração".

Outrossim, resultando infrutíferas as tentativas as mencionadas diligências, deveria a autarquia de trânsito ter promovido a notificação por outro meio hábil, conforme determinação prevista no artigo 282 do Código de Trânsito Brasileiro, *verbis*:

CTB - Art. 282. Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.

Dessa forma, equívoca a sentença ao julgar improcedente a pretensão deduzida, o que, ora se reforma, para declarar nulo o ato administrativo de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do demandante, bem como, suspensa a multa posteriormente aplicada pela condução de veículo automotor sem a devida habilitação, esta última pelo menos enquanto não observados em sede administrativa os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Sentença que se reforma, merecendo acolhimento as razões recursais, ora analisadas.

Ante a reforma promovida, impositiva a condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios, estes, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído a causa, imposição que, diversamente, do afirmado em contrarrazões recursais, não resta obstada pela gratuidade de justiça concedida ao autor.

Ante todo exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso, nos termos acima enunciados.

RIO DE JANEIRO, 06 DE OUTUBRO DE 2020.
DES. JOSÉ ROBERTO PORTUGAL COMPASSO
RELATOR

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DEVOLUÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS COMO EXCEDENTE DE TETO REMUNERATÓRIO. FISCAIS DE RENDA DO ESTADO. EC. Nº 41/03. TEMA 257 E 480 STF. IMPROCEDÊNCIA.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C DEVOLUÇÃO DE VALORES DESCONTADOS NOS VENCIMENTOS/PROVENTOS DOS AUTORES A TÍTULO DE "EXCEDENTE DE TETO". FISCAIS DE RENDA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. EC. Nº 41/03. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ACÓRDÃO DA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL DO TJRJ QUE, POR MAIORIA, DEU PROVIMENTO AO RECURSO DO ENTE PÚBLICO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. ACÓRDÃO, EM REEXAME, QUE VEIO A DAR PROVIMENTO AO EMBARGOS INFRINGENTES. REMESSA DOS AUTOS À CÂMARA EM CUMPRIMENTO AO ART. 1.030, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TEMA 257 FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A MATÉRIA EM TELA, NO SENTIDO DE QUE "COMPUTAM-SE PARA EFEITO DE OBSERVÂNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO DO ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, TAMBÉM OS VALORES PERCEBIDOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003 A TÍTULO DE VANTAGENS PESSOAIS PELO SERVIDOR PÚBLICO, DISPENSADA A RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS EM EXCESSO E DE BOA-FÉ ATÉ O DIA 18 DE NOVEMBRO DE 2015." E NO TEMA Nº 480: "O TETO DE RETRIBUIÇÃO ESTABELECIDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/03 POSSUI EFICÁCIA IMEDIATA, SUBMETENDO ÀS REFERÊNCIAS DE

VALOR MÁXIMO NELE DISCRIMINADAS TODAS AS VERBAS DE NATUREZA REMUNERATÓRIA PERCEBIDAS PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS, AINDA QUE ADQUIRIDAS DE ACORDO COM REGIME LEGAL ANTERIOR. OS VALORES QUE ULTRAPASSAM OS LIMITES ESTABELECIDOS PARA CADA NÍVEL FEDERATIVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM EXCESSO CUJO PAGAMENTO NÃO PODE SER RECLAMADO COM AMPARO NA GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS.” ACÓRDÃO QUE SE RETIFICA PARA NEGAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES, MANTENDO-SE O ACÓRDÃO PROFERIDO PELA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0180941-93.2007.8.19.0001, em que é Embargante L.R.M.G. e outros e Embargado Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em decisão unânime, retificar o acórdão, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelas partes, diante do acórdão que deu provimento aos embargos infringentes para acolher o voto vencido, com a ementa abaixo:

“Embargos Infringentes. Ação ordinária de obrigação de não fazer c/c devolução de valores descontados nos vencimentos/proventos dos autores a título de "excedente de teto". Fiscais de Renda do Estado do Rio de Janeiro. EC. nº 41/03. I - Descontos a título de "excedente de teto" com fulcro no art. 37, XI, da CRFB, com a redação dada pela EC nº 41/2003. Este Colegiado entende que, embora seja re-

conhecida a constitucionalidade da EC nº 41/2003 que dispôs sobre o teto salarial, seus efeitos são prospectivos, de forma a não ferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, que são cláusulas pétreas, que não podem ser modificadas pelo Poder Constituinte Derivado (art. 50, XXXVI c/c § 40, IV, do art. 60, da CF/88). Impõe-se respeito, também, à vedação constitucional à redução salarial. Vantagens pessoais excedentes ao valor do teto remuneratório, fixado através de lei, constituem direitos adquiridos dos servidores públicos. II - No Estado do Rio de Janeiro, somente a partir da entrada em vigor da Lei Estadual nº 5.001/2007 (março de 2007), que estabeleceu o subsídio do Governador do Estado, é que pode ser aplicado o teto constitucional aos servidores do Poder Executivo Estadual. Portanto, os servidores em atividade que, naquela data, recebiam remuneração acima do teto constitucional não poderão sofrer qualquer redução em seus vencimentos, cujo valor será preservado e o redutor somente atingirá os futuros aumentos, gratificações e adicionais por tempo de serviço, até que seja absorvido pelo teto constitucional. III - Quanto aos servidores que passaram para a inatividade antes da referida lei, o valor dos proventos que recebiam até a vigência da Lei nº 5.001/2007 serão preservados, só se aplicando o redutor constitucional daí para frente, sobre os futuros aumentos e outros benefícios a que tiverem direito, mantendo-se o valor que já vinham recebendo até que seja absorvido por novo teto, com base no subsídio do Governador do Estado. IV - Recurso provido para acolher o voto vencido.”

Decisão da Terceira Vice-Presidência em cumprimento ao art. 1.030, II, do Código de Processo Civil, em que se determina o retorno dos autos à 19ª Câmara Cível, para examinar se pertinente

o exercício de retratação ou se mantém o pronunciamento divergente, com relação ao Tema nº 257 firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

É o breve relatório.

VOTO

No caso, os autores alegam que como ocupantes do cargo de fiscal de rendas do Estado do Rio de Janeiro, fazem jus ao pagamento da remuneração com as incorporações de vantagens inerentes à carreira, bem como as pessoais, garantidas por lei.

Na sentença, o pedido foi julgado parcialmente procedente. Irresignados, as partes recorreram, tendo o acórdão da Décima Câmara Cível do TJRJ, por maioria, dado provimento ao recurso do ente público para julgar improcedente o pedido inicial.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 606.358/SP e do RE nº 609.381/GO, firmou sobre a matéria em questão o Tema nº 257 e o Tema nº 480, confira-se:

“Tema nº 257: Computam-se, para efeito de observância do teto remuneratório do art. 37, XI, da Constituição da República, também os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso e de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015.”

“Tema nº 480: O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior. Os valores que ultrapassam os limites estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos.”

A par disso, impõe-se reconhecer que o acórdão, ora em reexame, diverge dos temas acima transcritos, eis que decidiu pelo efeito prospectivo decorrente da Emenda Constitucional nº 41/2003 que trouxe nova redação ao artigo 37, XI da Constituição da República e com o reconhecimento da aplicabilidade imediata da Emenda nº 41/2003, não se revela devida a restituição das parcelas remuneratórias pretendidas pelos autores.

Por tais fundamentos, em alinhamento ao Tema nº 257 e ao Tema nº 480, ambos do Supremo Tribunal Federal, voto pela retificação do acórdão, a fim de negar provimento aos embargos infringentes, mantendo-se o acórdão proferido pela 10ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça.

RIO DE JANEIRO, 25 DE FEVEREIRO 2021.
DES. CLÁUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA
RELATOR

SERVIDOR PÚBLICO. ABONO PERMANÊNCIA. PAGAMENTO ATRASADO. MUNICÍPIO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE REQUISITOS NECESSÁRIOS. ACOLHIMENTO DA TESE DEFENSIVA DO TEMPO COMPLETADO DURANTE O TRÂMITE DA DEMANDA. TEORIA DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. CUMPRIMENTO DE TEMPO ADICIONAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS. IMPLEMENTAÇÃO DE ABONO PERMANÊNCIA E PAGAMENTO DE ATRASADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. APELO DO MUNICÍPIO. SUSTENTA QUE O APELADO NÃO POSSUI OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA APOSENTADORIA. RAZÃO NÃO LHE ASSISTE. ACOLHIMENTO DA TESE DEFENSIVA NA SENTENÇA DE QUE O REQUERENTE SÓ FARIA JUS AO BENEFÍCIO A PARTIR DE 16/08/2020, DATA POSTERIOR À PROPOSITURA DA DEMANDA. NÃO PODE AGORA ALEGAR COM PROVEITO QUE O SERVIDOR NÃO TEM DIREITO AO ABONO A CONTAR DA ALUDIDA DATA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO *VENIRE*

CONTRA FACTUM PROPRIUM. FRISE-SE QUE O RECORRIDO ALCANÇOU OS REQUISITOS PARA A APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA, QUAIS SEJAM, 53 ANOS DE IDADE, SOMADO AO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO (35 ANOS), MAIS UM PERÍODO DE 20% DO QUE FALTAVA PARA AQUISIÇÃO DO DIREITO NOS MOLDES DO ART. 2º, I, II, III, “A”, “B” E § 5º, DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. SE QUANDO DA PUBLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98, O APELADO NÃO TINHA COMPLETADO O TEMPO PARA SUA APOSENTADORIA, EM CONFORMIDADE COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003, NECESSÁRIO SE TORNOU O CUMPRIMENTO DO TEMPO ADICIONAL, COMO INFORMADO PELO ENTE PÚBLICO EM SUA CONTESTAÇÃO, QUE ADMITE A OCORRÊNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DO ABONO APENAS EM 16/08/2020. LADO OUTRO, MUITO EMBORA O AUTOR NÃO TIVESSE DIREITO AO BENEFÍCIO PLEITEADO QUANDO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA, FATO É QUE COMPLETOU O TEMPO PARA RECEBÊ-LO DURANTE O TRÂMITE DA DEMANDA. LOGO, NÃO HÁ RAZÃO PARA QUE O BENEFÍCIO NÃO SEJA CONCEDIDO, CONSIDERANDO O PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE DO PROCESSO E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O MUNICÍPIO. NO QUE TOCA À IRRESIGNAÇÃO DO RECORRENTE QUANTO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS QUE ENTENDE QUE DEVERIA SE DAR NA FORMA DO ART. 85, § 4º, II, DO CPC, FALTA-LHE INTERESSE RECURSAL, POIS NÃO FOI CONDENADO A PAGAR DITAS VERBAS, MAS SIM O RECORRIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos a Apelação Cível nº 0001417- 56.2020.8.19.0042 em que figuram como Apelante Município de Petrópolis e como Apelado N.S..

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por una-

nimidade de votos, em conhecer e desprover o recurso, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Na forma do permissivo regimental e em virtude da presteza do processo eletrônico, adota-se o relatório da sentença que consta no indexador 65:

N.S. com o propósito de obter decreto judicial que assegure o pagamento de valores retroativos em virtude do abono permanência, ajuizou esta ação aos 23/01/2020 em face do Município de Petrópolis, alegando, em breve e apertada síntese, que ingressou nos Quadros Permanentes do Município Réu em 16/03/1981 sob a matrícula 05431-3; bem como obteve os requisitos necessários para se aposentar em setembro de 2016, optando permanecer na ativa, razão pela qual faz jus ao abono de permanência desde a data em que implementou os requisitos para obtenção da aposentadoria.

Alega, bem assim que o direito previsto na Constituição Federal não foi observado pelo Município Réu, sendo esta a causa de pedir remota. Neste ínterim, consubstancia-se o pedido mediato na condenação do Município de Petrópolis à implementação do referido abono aos vencimentos do autor, bem como ao pagamento dos valores retroativos desde a data que passou a fazer jus ao benefício, acrescidos de correção monetária e juros de mora.

Em sua peça de bloqueio (f. 34/39), embora o Município de Petrópolis não se oponha o tempo de atividade laboral, argui que o direito do autor à implementação do abono de permanência somente ocorreria em 16/08/2020, quanto o demandante completaria 39 anos de serviço público.

Citação aos 30/01/2020.

Réplica a f. 45/48.

Documentos a f. 03/25.

Partes legítimas e regularmente representadas.

É o Relatório.

A parte dispositiva da sentença foi lançada nos seguintes termos:

Isto posto, resolvo o mérito na forma do artigo 487, I do CPC, julgo parcialmente procedente o pleito direcionado ao Município de Petrópolis e, condeno-o a ultimar os procedimentos necessários a implementação do abono permanência de N.S. a partir de 16/08/2020, pagando-lhe todas as diferenças remuneratórias devidas, no montante equivalente à contribuição previdenciária dele descontada, a contar da data em que completou o direito à aposentadoria voluntária, nos termos da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Consigno, por oportuno, que os valores a serem apurados em sede de liquidação de sentença deverão ser corrigidos monetariamente, com base no IPCA-E, a incidir a partir de cada mês em que o pagamento deveria ter sido realizado, e juros de mora, na forma do artigo 1º - F da Lei nº 9.494/97, a partir da citação, observado a suspensão do prazo prescricional a partir do procedimento administrativo.

Como corolário, por vislumbrar sucumbência em parte maior do pedido, decorrente de lapso adicional aproximado de 3 (três) anos para consecução do direito pleiteado, condeno o autor em honorários sucumbenciais que fixo em R\$ 300,00, nos termos do § 8º do art. 85 do CPC, observada, no entanto, a gratuidade de justiça deferida.

Apelação do réu de indexador 80 em que reitera a tese defensiva trazida na peça de defesa e impugna a forma de sua condenação em honorários advocatícios. Requer a reforma da sentença em conformidade com os argumentos trazidos na peça recursal.

Contrarrazões da autora de indexador 90 pela manutenção da sentença e pugna pela majoração dos honorários advocatícios.

VOTO

O recurso é tempestivo e presentes os demais requisitos de admissibilidade recursal, razão pela qual deve ser conhecido.

Trata-se de apelação interposta por Município de Petrópolis contra sentença que julgou procedente em parte o pedido proposto por Nilton dos Santos e o condenou a ultimar os procedimentos necessários a implementação do abono permanência do servidor público a partir de 16/08/2020, pagando-lhe todas as diferenças remuneratórias devidas, no montante equivalente à contribuição previdenciária dele descontada, a contar da data em que completou o direito à aposentadoria voluntária, nos termos da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Pelo que se depreende dos autos, o recurso não pode prosperar, como se explicitará.

Sustenta o recorrente que o recorrido não possui os requisitos necessários para aposentadoria, o que não prospera.

Isso porque houve o acolhimento da tese defensiva na sentença, dado que na contestação do Município de indexador 34 declara que o requerente só faria jus ao benefício a partir de 16/08/2020, data posterior à propositura da demanda, como se nota na parte dispositiva da decisão recorrida trazida acima.

Não pode agora a ente público alegar com proveito que o servidor não tem direito ao abono a contar da aludida data. Aplicação à questão da Teoria do *Venire Contra Factum Proprium*.

A vedação ao *venire contra factum proprium* proíbe que as partes adotem comportamentos contraditórios e se valham da própria torpeza, encontrando respaldo no Código Processual Civil.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Importa destacar que a boa-fé objetiva tem natureza de princípio jurídico extraído de uma cláusula geral.

Trata-se de uma norma de comportamento, de fundo ético, juridicamente exigível e indepen-

dente de qualquer questionamento em torno da presença de boa ou de má intenção.

De fato, qualquer pessoa que mantenha com outra um vínculo jurídico, tem o dever de atuar de modo a não trair a razoável confiança do outro, já que a ninguém é dado frustrar justas expectativas, alimentadas por aqueles com quem se relaciona.

Despiciendo que, ao trair a confiança ou frustrar a expectativa, o agente tenha atuado com boa intenção. Se, apesar da boa intenção – ou da falta de má intenção – a sua atitude não guardar harmonia com o que se pode razoavelmente esperar de uma pessoa média, naquele momento histórico, numa comunidade com aquelas características culturais, o agente terá atuado com violação ao princípio da boa-fé objetiva.

Um comportamento de acordo com a boa-fé objetiva, portanto, é aquele que não trai a confiança razoavelmente depositada, revela a lealdade que se pode esperar de um homem médio, mantém-se nos limites dos critérios de razoabilidade que, em dado momento, são os predominantes na comunidade integrada pelo agente e, por tudo isto, gera estabilidade e segurança.

Havendo violação ou ameaça de violação à norma segundo a qual todos devem agir em consonância com a boa-fé objetiva, surge uma situação em que podem ser invocadas as chamadas “figuras parcelares”, ou “desdobramentos da boa-fé objetiva”, ou, ainda, “funções reativas da boa-fé objetiva”.

A primeira repercussão pragmática da aplicação do princípio da boa-fé objetiva reside na vedação do comportamento contraditório. Na tradução literal, *venire contra factum proprium* significa “vir contra um fato próprio”. Ou seja, não é razoável que uma pessoa pratique determinado ato ou conjunto de atos e, em seguida, adote uma conduta diametralmente oposta.

Parte-se da premissa de que os sujeitos de uma relação jurídica, por consequência lógica da confiança depositada, devem agir de forma

coerente, segundo a expectativa gerada por seus comportamentos.

Outro importante desdobramento da boa-fé objetiva, que representa um consectário lógico da proibição do *venire contra factum proprium*, é a *surrectio*, que consiste em uma ampliação do conteúdo obrigacional. Aqui, a atitude de uma das partes gera na outra a expectativa de direito ou faculdade não pactuada e que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes. Em outras palavras, é o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes.

Logo, contraditório o ato perpetrado pelo recorrente que declara que o servidor teria direito ao abono a partir de 16/08/2020, para na peça recursal sustentar que a sentença merece reforma, porque ele não preencheu os requisitos necessários para o percebimento do abono pleiteado (f. 82).

Frise-se que o recorrido alcançou os requisitos para a aposentadoria voluntária, conforme se depreende da informação prestada a f. 39 (ofício do Departamento de Administração de Pessoal e de Recursos Humanos do Município de Petrópolis), quais sejam, 53 anos de idade, somado ao tempo de contribuição (35 anos), mais um período de 20% do que faltava para aquisição do direito nos moldes do art. 2º, I, II, III, “a”, “b” e § 5º, da Emenda Constitucional nº 41/2003, *verbis*:

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

Se quando da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, o apelado não tinha completado o tempo para sua aposentadoria, em conformidade com a Emenda Constitucional nº 41/2003, necessário se tornou o cumprimento do tempo adicional, como informado pelo ente público em sua contestação de indexador 34, que admite, como dito, que a implementação do abono ocorreria apenas em 16/08/2020.

Lado outro, muito embora o autor não tivesse direito ao abono pleiteado quando do ajuizamento da demanda, fato é que completou o tempo para recebê-lo durante o trâmite da demanda.

Portanto, não há razão para que o benefício não seja concedido, considerando o princípio da máxima efetividade do processo e ausência de prejuízo para o município.

No que toca à irresignação do recorrente quanto ao pagamento de honorários que entende que deveria se dar na forma do art. 85, § 4º, II, do CPC, falta-lhe interesse recursal, pois não foi condenado a pagar ditas verbas, mas sim o recorrido.

Do exposto, voto no sentido de conhecer e desprover o recurso.

RIO DE JANEIRO, 03 DE MARÇO DE 2021.

DES. MURILO KIELING

RELATOR

SERVIDORAS PÚBLICAS DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS. REAJUSTE SALARIAL. DEMANDA INDIVIDUAL. EXISTÊNCIA DE DEMANDAS COLETIVAS COM OBJETO IDÊNTICO. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PARA TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS NÃO IMPEDEM O AJUIZAMENTO INDIVIDUAL. RECURSO PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDORAS PÚBLICAS. MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS. REAJUSTE SALARIAL. DEMANDA INDIVIDUAL. EXTINÇÃO PELA FALTA DE INTERESSE. RECURSO DAS AUTORAS. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PARA TUTELA DE DIREITOS NÃO IMPEDE O AJUIZAMENTO INDIVIDUAL DE DEMANDA PARA TUTELA DE INTERESSE PRÓPRIO. Trata-se de ação individual ajuizada por servidoras públicas municipais em face do Município de Petrópolis ao objetivando reajuste nos vencimentos. O andamento das ações coletivas ajuizadas pelo Sindicato dos Servidores Públicos de Petrópolis - SISEP, 0018696-60.2017.8.19.0042, e pelo Sindicato Estadual dos Profissionais de Educação do RJ - SEPE-RJ, 009849-35.2018.8.19.0042, não impede o ajuizamento individual de demanda para tutela de interesse próprio, ainda que com idêntico objeto, segundo a leitura do artigo 21, da Lei nº 7.347/85, combinado com o artigo 104, do Código de Defesa do Consumidor. Destarte, deve ser anulada a sentença apelada, que julgou extinto o feito sem análise do mérito. Conhecimento e provimento do recurso.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível 0008334-91.2020.8.19.0042, em que são Apelantes L.W.S e G.M.S. e Apelado Município de Petrópolis.

Acordam os Desembargadores da Oitava Câmara Cível, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Adoto como relatório, na forma regimental, a íntegra da sentença apelada, item 148:

Sendo indene de dúvidas de que a causa de pedir e pedidos mediatos que ornaram esta demanda são idênticos àqueles que instruíram as Ações Cíveis Públicas ajuizadas tanto pelo SISEP (processo nº 0018696-60.2017.8.19.0042), quanto pelo SEPE-RJ (processo nº 0009849-35.2018.8.19.0042), nas quais, em irretocável decisão, o colega JORGE LUIZ MARTINS ALVES, julgando procedentes os pedidos, reconheceu a inconstitucionalidade da suspensão do reajuste de 6,2% perpetrado pela Lei Municipal nº 7.496/17 e restaurou os efeitos da Lei Municipal nº 7.417/16, bem como ordenou o reajuste de 3,34% relativo ao exercício de 2017, estou absolutamente convencido de que os autores carecem de interesse de agir, sobretudo porque, nos termos da regra inserta no artigo 8º, III, da Constituição Federal, os efeitos da futura coisa julgada alcançarão todos os servidores do Município de Petrópolis, independentemente de expressa autorização ou filiação. Por oportuno, trago à baila relevante trecho do dispositivo da r. sentença proferida nos autos da demanda manejada pelo SISEP: "(...) Nesta conjuntura, declaro a inconstitucionalidade da Lei nº 7.496/17, afirmo restaurados os efeitos da Lei nº 7.417/16, e determino que o Município de Petrópolis, a

Companhia Municipal de Desenvolvimento de Petrópolis - COMDEP e ao Instituto de Previdência e Assistência Social do Servidor Público de Petrópolis - INPAS efetuem o pagamento dos servidores públicos ativos e inativos da expressão financeira correspondente a 6,2% (seis vírgula dois por cento) fixada na Lei nº 7.417/16, com incidência retroativa ao mês de janeiro/17, (...) também efetuem o pagamento da quantia correspondente à incidência da alíquota de 3,34 % referente à "revisão" relativa ao exercício de 2017, totalizando, então, a expressão financeira que eclodir com a aplicação da alíquota de 9,54% (...)" . Neste contexto, julgo extinto o feito sem análise do mérito, *ex vi* da regra inserta no artigo 485, VI, CPC, ausente condenação em despesas processuais. Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Cuida-se de apelação cível interposta pelas autoras, servidoras públicas municipais do Município de Petrópolis, item 65. As Apelantes invocam em seu favor o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição da República e sustentam que ao extinguir o feito sem resolução do mérito por suposta carência de ação, o MM Juiz retirou das Autoras/Apelantes a faculdade de exercerem um direito que lhes é garantido constitucionalmente, impedindo-as de terem seus direitos tutelados individualmente; argumenta que as sequer são filiadas aos sindicatos que ingressaram com a demanda coletiva e, ainda que o fossem, não seria tal motivo óbice para a propositura da demanda individual, sob o patrocínio de advogados da sua escolha e confiança; que pelo princípio da inafastabilidade da Jurisdição, subsiste o interesse de agir de titulares de direito individual ainda que o objeto da ação coincida com o de ação coletiva interposta; que a experiência comprovada que em ações movidas por entidades de classe, o cumprimento de sentença se faz de

forma muito mais lenta e dificultosa, dado o número de representados a serem contatados e os múltiplos cálculos a serem realizados, já em ações propostas individualmente ou em pequenos grupos, a liquidação torna-se simples e eficaz em tempo mais célere; que as Apelantes são pessoas bastante idosas e pretendem usufruir do direito que pleiteiam no menor espaço de tempo possível. Contrarrazões, item 82.

VOTO

Trata-se de ação individual ajuizada por servidoras públicas municipais em face do Município de Petrópolis na qual postulam o cumprimento do disposto no artigo 2º, da Lei Municipal nº 7.417/2016, que determina o reajuste de 6,2% dos vencimentos dos servidores a partir de 01/01/2017. Cumpre ressaltar que também foram ajuizadas ações civis públicas para ver implementado o supracitado reajuste e o pagamento das diferenças remuneratórias pelo Sindicato dos Servidores Públicos de Petrópolis - SISEP, 0018696-60.2017.8.19.0042, e pelo Sindicato Estadual dos Profissionais de Educação do RJ - SEPE-RJ, 009849-35.2018.8.19.0042, ambos pendentes de análise recursal.

No entanto, o andamento das ações coletivas para tutela de direitos dos servidores públicos do Município de Petrópolis não impede o ajuizamento individual de demanda para tutela de interesse próprio, ainda que com idêntico objeto, segundo leitura do artigo 21, da Lei nº 7.347/85, combinado com o artigo 104, do Código de Defesa do Consumidor. Considerando que as ações coletivas não induzem litispendência quanto às ações individuais, não há que se cogitar de falta de interesse processual por parte dos demandantes, que não estão obrigados a aguardar o julgamento das ações coletivas intentadas para persecução do seu direito ao reajuste salarial. Destarte, deve ser anulada a sentença apelada, que julgou extinto o feito sem análise do mérito.

Eventual sobrestamento deste processo até o julgamento por este Tribunal de Justiça e pelo Superior Tribunal de Justiça das Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo SISEP, 0018696-60.2017.8.19.0042, e pelo SEPE, 0009849-35.2018.8.19.0042, deverá ser requerido no primeiro grau de jurisdição.

Voto pelo conhecimento e provimento do recurso para anular a sentença.

RIO DE JANEIRO, 04 DE FEVEREIRO DE 2021.
DES. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA
RELATOR

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VISITAÇÃO PERIÓDICA AO LAR. BENEFÍCIO INDEFERIDO PELO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. FACULDADE CONFIADA AO ARBÍTRIO DO JUIZ DA VEP. RECURSO DE AGRAVO DESPROVIDO.

Agravante cumprindo pena de 9 anos e 4 meses de reclusão pelo delito de estupro de vulnerável, com o término previsto para 22/12/2025. Visitação periódica ao lar. Decisão do Juiz a quo (da VEP) indeferindo o benefício pelo não preenchimento do requisito subjetivo.

O agravante implementará o prazo para o livramento condicional somente em 15/11/2022.

Inconformismo da Defesa.

Impossibilidade de atendimento do pleito pois se trata de faculdade confiada ao arbítrio do magistrado da execução e requer a presença cumulativa dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 123 da LEP.

Este último (o artigo 123, III, da LEP) dispõe, de modo imperativo, somente ocorrer a concessão almejada quando o benefício compatibilizar-se com os objetivos da pena.

O magistrado sopesará tanto o lapso temporal, no qual o sujeito obteve progressão para o regime semiaberto, quanto o seu histórico penitenciário, o tipo de crime pelo qual recebeu punição e a duração estimada da sua reprimenda.

O ora pleiteado não se coaduna com o fim colimado pela sanção sobretudo porque esta não se limita a um cunho ressocializador, cumprindo também uma função preventiva e retributiva, nos termos do artigo 123, III, da Lei de Execuções Penais.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0168844-12.2017.8.19.0001, sendo Agravante Mauro Carvalho Martins e Agravado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores componentes da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por unanimidade, na conformidade do voto do relator, em conhecer e negar provimento ao Agravo de Execução Penal.

Trata-se de agravo de execução interposto por Mauro Carvalho Martins contra respeitável decisão da MM. Juíza da Vara de Execuções Penais que indeferiu o benefício da visitação periódica ao lar. Alegou que a magistrada de piso utilizou como razão de decidir o argumento da ausência de requisito subjetivo, diante da quantidade de pena a cumprir, bem como a gravidade dos delitos, o que poderia causar um possível dano ao cumprimento da execução.

Contrarrrazões apresentadas pelo Ministério Público, pugnano pelo desprovimento do recurso interposto.

Em sede juízo de retratação, manutenção da não concessão do benefício.

O douto Procurador de Justiça, Dr. FREDERICO A. R. CANELLAS, exarou o parecer, opinando pelo não provimento do agravo de execução.

É o relatório.

VOTO

Presentes as condições da ação (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica) e pressupostos legais (órgão investido de jurisdição, capacidade recursal das partes e regularidade formal – forma escrita, fundamentação e tempestividade), conheço do agravo de execução penal.

Inicialmente, vale destacar que o apenado foi condenado a uma pena de 9 anos e 4 meses de reclusão pela prática do crime de estupro de vulnerável, isto é, crime hediondo, tendo como vítimas duas crianças à época com 10 anos de idade, sendo o crime realizado em uma festa infantil.

Defesa pleiteando a concessão de visitação periódica ao lar, porém o benefício resultou negado pela magistrada da VEP.

A decisão ora recorrida está assim fundamentada:

“Trata-se de requerimento de saída temporária na modalidade de visitação à família, formulado Mauro Carvalho Martins pela Defesa do apenado, que cumpre pena em regime semiaberto, conforme petição da seq. 39. O Ministério Público requereu a elaboração de estudo social e exames criminológicos, conforme promoção da seq. 43. É o relatório. Decido. Não obstante manifestação defensiva, no presente caso, entendo que o apenado ainda não satisfaz os requisitos exigidos para concessão do benefício pleiteado. Inicialmente, vale destacar que o apenado foi condenado a uma pena de 9 anos e 4 meses anos de reclusão pela prática do crime de estupro de vulnerável, isto é, crime hediondo, tendo como vítimas duas crianças à época com 10 anos de idade, sendo o crime realizado em uma festa infantil, conforme se infere da denúncia ministerial. Ademais, a progressão ao regime semiaberto se deu em maio de 2020, sendo certo que nova progressão somente se dará após 11/08/2022, o livramento condicional após 15/11/2022 e o término de pena em 22/12/2025. Importante consignar também que, embora não registre faltas disciplinares, a TFD da seq. 45 demonstra índice de comportamento neutro, fato que, somado a gravidade em concreto do crime, a ausência de registros de atividade laborativa e/ou educacional na unidade prisional e até mesmo a ausência de eventuais elogios em sua TFD, não se mostra favorável ao apenado. Portanto, ainda que as partes entendam necessária a elaboração de exame criminológico, este juízo já foi comunicado da impossibilidade de

realização dos exames tendo em vista as medidas temporárias de prevenção ao contágio da pandemia da COVID-19 que impedem o acesso dos psicólogos e assistentes sociais dentro das unidades prisionais. Assim, a visita periódica ao lar é modalidade de saída desvigiada que deve ser concedida ao apenado em regime semiaberto que demonstra bom comportamento e perfil carcerário compatível com o referido benefício, visto que exige relevante comprometimento com a execução da pena. Além disso, o referido benefício visa preparar o apenado para o retorno ao livre convívio social, de forma prudente e gradativa. Note-se que a progressão ao regime semiaberto é recente, estando nesse regime há menos de um ano, o que não permite aferir com a segurança necessária como é seu comportamento no regime mais brando, sendo certo que ainda permanecerá no regime atual por mais cerca de 02 anos, podendo usufruir das saídas em momento futuro se demonstrar plenamente o requisito subjetivo. Desta forma, não vislumbro, ao menos por ora, possibilidade de concedê-lo os benefícios de saídas extramuros, já que não preenche o atendimento ao requisito erigido pelo inciso III do artigo 123 da Lei de Execuções Penais, que preceitua a necessidade de análise da compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. Sabidamente, a reprimenda penal possui como objetivo precípua, além do caráter de prevenção geral e repressão à prática de crimes, a ressocialização do indivíduo visando torná-lo adaptado ao convívio em sociedade, dissuadindo-o da prática de condutas perniciosas a terceiros e aos bens relevantes juridicamente tutelados na esfera penal (Princípio da Intervenção Mínima ou da *ultima ratio*). Não é outra a razão de a Lei de Execução Penal ter adotado o sistema da progressividade, que objetiva favorecer o apena-

do que apresenta bom comportamento carcerário, inserindo-o em um regime menos rigoroso, com maior amplitude de saídas extramuros, e sancionar aquele que persevera em condutas graves, regredindo para um regime mais severo. Portanto, em consonância com o próprio sistema progressivo da pena a submissão do apenado a situação mais benéfica, com maior liberdade e contato com a família e a sociedade em geral deve ser gradual, de forma a assegurar que o apenado vá se adaptado à nova realidade paulatinamente, até que logre atingir a liberdade condicional e, finalmente, a plenitude da liberdade com o término da pena ou extinção da punibilidade. Em igual sentido vem se manifestando a jurisprudência de nosso Tribunal: "AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INCONFORMISMO DEFENSIVO COM A DECISÃO QUE NEGOU AO APENADO/AGRAVANTE A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DE VISITA PERIÓDICA AO LAR, AO FUNDAMENTO DE NÃO RESTAR PREENCHIDO O REQUISITO SUBJETIVO. DECISÃO ESCORREITA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Trata-se de recurso de Agravo em Execução Penal manejado pela Defesa, em face do *decisum* prolatado pela Juíza de Direito da Vara de Execuções Penais, a qual negou ao mesmo a concessão do benefício de visita periódica ao lar, com esteio no fundamento de não se encontrar o apenado apto à usufruir de tais benefícios, em razão do não preenchimento do requisito subjetivo legal para tanto, conforme previsto no inciso III do artigo 123 da LEP, o qual estatui a imperiosa e detida análise a respeito da compatibilidade das benesses ora pleiteadas com os objetivos da pena. Não assiste razão à Defesa. Conforme consta do cálculo de pena do agravante, em cotejo às demais peça de informação dos autos, o mesmo teve deferida a progressão do regime prisional, do fechado para o regime semiaber-

to, inicialmente, na data de 27/01/2016 (f. 23), com previsão de obtenção do livramento condicional tão somente em 17/06/2021 (f. 24), e término da pena na longínqua data de 15/06/2032 (f. 21). Por certo, o fato de ter o agravante obtido a progressão para o regime prisional semiaberto não induz, por si só, ao entendimento de que teria o mesmo preenchido os requisitos para a obtenção das saídas extramuros, devendo se levar em consideração a capacidade do apenado, com vias a se concluir no sentido de que os beneplácitos pretendidos não servirão de estímulo à evasão do regime prisional por parte do beneficiado. Logo, tem-se que a decisão ora vergastada, proferida pela d. Juíza monocrática, encontra-se devidamente fundamentada, ao entender-se inviável a concessão dos benefícios pleiteados, por não demonstrado o efetivo cumprimento do requisito subjetivo disposto no art. 123, inc. III, da LEP, destacando-se, ademais, que a progressão ao regime semiaberto não confere ao apenado, por si só, direito líquido e certo à benesse da saída temporária. Precedentes jurisprudenciais. Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer o agravo defensivo e negar-lhe provimento, mantendo-se, na íntegra, a decisão objurgada, proferida em desfavor do apenado. Recurso conhecido e desprovido". (Agravo em Execução Penal 0203117-80.2018.8.19.0001, Des(a). ELIZABETE ALVES DE AGUIAR, 8ª Câmara Criminal, Julgamento: 13/02/2019) "EXECUÇÃO PENAL. ARTIGO 123 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. INOCORRÊNCIA. Para a concessão do benefício de visita periódica à família, não basta que o apenado apresente comportamento adequado e que tenha simplesmente cumprido o requisito temporal (incisos I e II do artigo 123 da LEP), sendo necessária a aferição da compatibilidade dos benefícios com os objetivos

da pena, na forma do inciso III do citado dispositivo. Assim, mostra-se prematura, porque em desacordo com os objetivos da reprimenda, a concessão de tal benefício ao penitente que ingressou, há pouco tempo, no regime semiaberto. Além do mais, não existe qualquer prova de que o apenado, que cometeu crimes extremamente graves e com longa pena a cumprir esteja apto para gozar do benefício almejado. Por óbvio, tais circunstâncias exigem maior cuidado na concessão do benefício reclamado. DESPROVIMENTO DO RECURSO". (AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL 0196529-57.2018.8.19.0001, Des(a). ANTONIO EDUARDO FERREIRA DUARTE, 4ª Câmara Criminal, julgamento: 05/02/2019) "RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. DECISÃO QUE INDEFERIU O BENEFÍCIO DA VPL EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE COM OS OBJETIVOS DA PENA. RÉU CONDENADO À PENA DE 31 ANOS, 02 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO PELA PRÁTICA DE DELITOS GRAVES - ROUBO MAJORADO, TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS -, COM TÉRMINO DA PENA PREVISTO PARA 2037, O QUE DENOTA MAIOR RISCO DE FUGA. DEVE O JUÍZO "A QUO" ANALISAR O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PREVISTOS NA NORMA, NÃO CABENDO A CONCESSÃO AUTOMÁTICA DO BENEFÍCIO PELA MERA IMPLEMENTAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS SUBJETIVOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - Agravo em 06/11/2020 NOS MOLDES DO ARTIGO 123, INCISO III, DA LEP. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DEFENSIVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO". (Agravo de Execução Penal 0435326-07.2007.8.19.0001, Des(a). FLÁVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES, 2ª Câmara Criminal, julgamento: 29/01/2019) "IRRESIGNAÇÃO DO PARQUET COM DECISUM QUE CONCEDEU SAÍDA EXTRA-

MUROS PARA VISITA PERIÓDICA AO LAR - AGRAVADO CONDENADO À PENA DE 11 (ONZE) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, POR EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO QUE JÁ OBTVEU A PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO - TÉRMINO DE PENA PARA O LONGÍNQUO ANO DE 2025 - O BENEFÍCIO DE VISITA PERIÓDICA AO LAR É MEDIDA ADEQUADA AO APENADO CUJAS PENAS ESTEJAM PRÓXIMAS DA EXTINÇÃO, PARA FACILITAR A SUA REINserção AO CONVÍVIO FAMILIAR E SOCIAL - BENEFÍCIO QUE NÃO SE COADUNA COM OS OBJETIVOS DA PENA - INTELIGÊNCIA DO ART. 123, INCISO III DA LEP - AUTORIZAÇÃO DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS QUE NÃO PODEM SER CONCEDIDAS DE FORMA AUTOMÁTICA - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - RECURSO PROVIDO, PARA CASSAR O DECISUM DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES". (Agravo de Execução Penal 0081555-07.2018.8.19.0001, Des(a). ANTONIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO, 2ª Câmara Criminal, julgamento: 11/12/2018). E também do Superior Tribunal de Justiça: "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 122, 123 E 124 DA LEP. SAÍDA TEMPORÁRIA PARA VISITAÇÃO AO LAR. REGIME SEMIABERTO. DIREITO SUBJETIVO. INEXISTÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE COM OS OBJETIVOS DA PENA. REVISÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 7/STJ. AUSÊNCIA DE NOVOS FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR O ACÓRDÃO IMPUGNADO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Esta Corte Superior entende que o benefício da saída temporária para visitação ao lar não constitui direito subjetivo dos apenados inseridos no regime semiaberto, devendo a mencionada benesse ser avaliada pelo Juízo Executório com base no cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos pelo art. 123 da LEP, dentre os quais a com-

patibilidade com os objetivos da pena. Precedentes. 2. *In casu*, embora o apenado tenha cumprido com o requisito objetivo, bem como ter apresentado bom comportamento carcerário, considerou o magistrado singular que a concessão do benefício pleiteado não se mostraria adequada para a continuidade do processo de ressocialização. 3. Entendendo o Tribunal de origem que o deferimento das saídas temporárias para visita ao lar não se adequavam ao processo de ressocialização do apenado, descabe a esta Corte Superior, por meio do julgamento de recurso especial, desconstituir tais fundamentos, ante a necessidade de revolvimento fático-probatório vedado pelo teor da Súmula nº 7/STJ. Precedentes. 4. Agravo improvido". (AgRg no REsp nº 1.723.818 / RO, relator: Ministro JORGE MUSSI, 5ª Turma julgamento: 21/08/2018) [73.1] JUNTADA DE RECURSO DE AGRAVO - Agravo em 06/11/2020. Deve ser ressaltado que o indeferimento do requerimento de saídas temporárias não representa a transformação do regime semiaberto em fechado, porquanto é da própria essência do semiaberto o menor rigor da Unidade Prisional em que o apenado se encontra encarcerado, em contraponto ao regime fechado em que os apenados, não raro, ficam confinados em suas celas, não tendo a possibilidade de transitarem nas áreas dentro do próprio Presídio. Assim, a própria progressão de regime, *de per se*, constitui um benefício ao apenado independentemente da concessão das saídas extramuros. Destarte, eventual concessão de saída extramuros, inicialmente, não se coaduna com o objetivo da pena, servindo, inclusive, de estímulo para eventual evasão. Diante do exposto, entendo que a concessão da visita periódica ao lar, ao menos por ora, mostra-se precoce, razão pela qual indefiro o pedido defensivo. Ciência às partes".

A concessão de benefícios de saídas extramuros, neste caso, de Visita Periódica ao Lar (VPL), encerra faculdade confiada ao arbítrio do Juízo da Execução e reclama a presença cumulativa dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 123 da LEP.

Vê-se que o artigo 123, III, da LEP dispõe de que a autorização para as saídas temporárias somente deve ser concedida no caso de o benefício ser compatível com os objetivos da pena.

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - Comportamento adequado;

II - Cumprimento mínimo de um sexto da pena, se o condenado for primário, e um quarto, se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena."

Na avaliação concreta da compatibilidade do benefício da VPL em face dos objetivos da pena, deve o Juiz sopesar tanto o lapso temporal em que o condenado obteve progressão para o regime semiaberto, quanto o seu histórico penitenciário, o tipo de crime pelo qual fora condenado e a duração estimada da sua pena total.

A concessão do benefício pedido deve ser compatível com os objetivos da pena (art. 123, III, da Lei nº 7.210/84), só merecendo concessão quando se mostrar benéfico e não comprometer o processo ressocializador.

Outrossim, as benesses devem ser manejadas de forma gradual, à medida em que o apenado vá demonstrando aptidão para usufruir a benesse de modo proporcional à pena imposta.

Entendo que o Agravante ainda não preencheu o referido artigo 123, III da Lei de Execução Penal, sendo, portanto, irrelevante a sua

progressão ao regime semiaberto, uma vez ausentes outras exigências, não sendo a VPL, em qualquer das suas modalidades, mero e obrigatório desdobramento da progressão ao regime semiaberto.

Assim, com o escopo de prevenir a ordem e os mais importantes bens jurídicos das condutas humanas típicas, ilícitas e culpáveis que rompem os limites da tolerância social, indispensável o cuidado ao se decidir pelo deferimento de benefício de saída extramuros.

Mister se faz levar-se em conta o limite da ação punitiva estatal, devendo ser sempre proporcional à gravidade do delito.

As peculiaridades do apenado e as circunstâncias dos delitos são dados indispensáveis de avaliação do Julgador para decidir quanto ao direito à obtenção do benefício pretendido.

Considere-se que no Direito Penal é imprescindível e se trata de justa reação jurídica ao ilícito culpável é a resposta retributiva do mal causado pelo agente.

A Lei de Execuções Penais, ao introduzir no sistema prisional um conjunto de direitos assistenciais ao condenado, objetivou a sua reintegração gradual à sociedade, fortalecida no processo de progressão de pena.

Dentro de tal panorama, deve o Juiz da VEP, ao analisar o pedido de visitação à família, verificar se sua concessão poderá acarretar uma oportunidade de fuga para condenados com larga pena a cumprir.

Não se pode olvidar, no caso, da necessidade de uma análise da compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Ao menos por ora, entendo que o benefício requerido não se coaduna com os objetivos da pena, sobretudo porque estes não se encerram a um cunho ressocializador, cumprindo também uma função preventiva e retributiva, nos termos do artigo 123, III, da Lei de Execuções Penais.

Em razão do exposto, voto pelo conhecimento e desprovimento do Agravo de Execução.

RIO DE JANEIRO, 18 DE MARÇO DE 2021.

DES. ROBERTO TÁVORA

RELATOR

EXECUÇÃO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CÁLCULO EQUIVOCADO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO.

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM 15/09/2008. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. IMPUTAÇÃO TIPIFICADA NO ARTIGO 33, DA LEI N° 11.343/06. AGRAVADO CONDENADO A 05 (CINCO) ANOS, 06 (SEIS) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME FECHADO. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO PUBLICADO EM 14/04/2014. AGRAVADO MENOR DE 21 ANOS AO TEMPO DO CRIME. ARTIGO 115, DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DO PRAZO PELA METADE. PRETENSÃO RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE REFORMA DA DECISÃO QUE EXTINGUIU A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ACOLHIMENTO. LAPSO TEMPORAL ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO RECORRÍVEL INFERIOR A 06 (SEIS) ANOS. EXECUÇÃO PENAL MANTIDA. PROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Visto, relatado e discutido estes recursos de Agravo em Execução Penal nos autos de nº 0161870-85.2019.8.19.0001, em que é Agravante Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e, Agravado, Renan Figueira Silva.

Acordam os Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão realizada nesta data e por unanimidade de votos, no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso para cassar a decisão que declarou extinta a

punibilidade, para o decorrente prosseguimento à execução, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, contra decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais, que reconheceu a prescrição da pretensão punitiva retroativa e julgou extinta a punibilidade, com fulcro nos artigos 107, inciso IV, do Código Penal c/c 66, inciso II, da Lei de Execução Penal.

Sustenta o agravante que ... A hipótese dos autos versa sobre apenado que foi inicialmente condenado ao cumprimento de duas penas previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, pelo prazo de 05 meses.

Salienta que Posteriormente, em grau de recurso, foi reconhecida a prática da conduta prevista no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 com a fixação da pena de 05 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, no regime fechado...

Acrescenta que ... A defesa buscou o reconhecimento da PPP, na modalidade intercorrente, em razão do lapso temporal transcorrido entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação do acórdão condenatório, o que foi deferido pelo Juízo da VEP.

Argumenta que ... A decisão ora impugnada e acima colacionada traz fundamentação correta e precisa, utilizando como parâmetros para análise da prescrição o prazo de 06 anos (inteligência dos artigos 109, III, c/c 115, ambos do CP), e os marcos interruptivos relativos ao dia do recebimento da denúncia e à data da prolação do acórdão que modificou substancialmente o título condenatório (artigo 117, incisos I e IV, do CP, respectivamente) ...

Salienta que ... ao final, quando da elaboração do cálculo, o Douto Juízo fez menção à data incorreta (23/10/2014), relativa ao trânsito em julgado para o MP, e não à data correspondente à prolação do acórdão (10/04/2014), o que

culminou no reconhecimento da prescrição de forma indevida, já que entre o recebimento da denúncia (15/09/2008) e a prolação do acórdão (10/04/2014) não transcorreu o prazo de 06 anos, aplicável no caso.

Por fim, requereu a retificação do erro material para declarar a não ocorrência da prescrição punitiva na modalidade intercorrente, com o consequente prosseguimento da execução.

A defesa apresentou contrarrazões (f. 10/14 – i.e. 02), prestigiando o julgado.

A decisão foi mantida por ocasião de sua reapreciação para eventual retratação (f. 15).

A D. Procuradoria de Justiça (f. 28/30 – i.e. 28), em parecer da lavra do insigne Dr. GIANFILIPPO DE M. PIANEZZOLA, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O recurso preenche os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

Da análise percuciente dos autos e elementos a eles coligidos, extrai-se que assiste razão ao recorrente.

Da consulta ao sítio deste Tribunal, extrai-se que a denúncia foi recebida em 15/09/2008 e que o agravado, após reforma da sentença condenatória, pela 8ª Câmara Criminal foi condenado pela conduta tipificada no artigo 33, da Lei nº 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, no regime fechado, cuja data de publicação do acórdão ocorreu no dia 14/04/2014 (processo de nº 0024350-68.2008.8.19.0066).

É de sabença comum que a prescrição no Direito Penal constitui uma das causas de extinção da punibilidade (artigo 107, inciso IV, do CP) e, por se tratar de matéria afeta à ordem pública, pode ser arguida ou reconhecida até mesmo de ofício, a qualquer tempo, consoante dispõe o artigo 61, do CPP.

Nesse contexto, o artigo 110, § 1º, do Código Penal dispõe que uma vez transitada em julgado a sentença condenatória para a acusação, o prazo prescricional se opera pela pena aplicada, isto é, em concreto.

Não é outro o entendimento da doutrina do renomado magistrado paulista GUILHERME DE SOUZA NUCCI¹, sufragado pelo Tribunal da Cidadania:

(...) Prescrição retroativa: é a prescrição da pretensão punitiva com base na pena aplicada, sem recurso de apelação, ou improvido este, levando-se em conta prazos anteriores à própria sentença. Trata-se de cálculo prescricional que se faz para trás, ou seja, proferida a sentença condenatória, com trânsito em julgado, a pena torna-se concreta. A partir daí, o juiz deve verificar se o prazo prescricional não ocorreu entre a data do fato e do recebimento de denúncia ou entre esta e a sentença condenatória. (...) Portanto, utilizando a prescrição retroativa, é possível a sua verificação entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou entre esta e a sentença condenatória. Tanto o juiz da condenação, quanto o da execução, podem reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa (...).

1. A oposição de embargos de declaração almeja o aprimoramento da prestação jurisdicional, por meio da alteração de julgado que se apresenta omissa, contraditória, obscura ou com erro material (art. 619 do CPP). 2. Incidência da prescrição retroativa, na qual se leva em consideração a pena aplicada *in concreto*, mesmo sendo uma espécie de prescrição da pretensão punitiva - que, de modo geral, deveria considerar exclusivamente

1 NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**. 14ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 733.

a pena *in abstracto* -, com fundamento no princípio da pena justa. 3. Na ausência de recurso da acusação ou no improvido deste, a pena aplicada na sentença condenatória firma-se, desde a prática do fato, como necessária e suficiente para aquele caso em particular. Assim, a pena concretizada justifica-se como novo parâmetro para a fixação da prescrição da pretensão punitiva estatal. 4. A prescrição retroativa pode ser considerada entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia, ou entre este e a sentença condenatória e até entre esta e a pendência de julgamento do recurso especial (art. 110, § 1º, do CP). 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para declarar a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal em relação aos fatos imputados ao ora embargante, nos termos dispostos no voto. (EDcl no AgRg no REsp nº 1.251.465/MG, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 02/06/2014). (grifei).

Nesse rumo, conforme disciplinado no artigo 109, inciso III, do Código Penal, ocorre a prescrição da pretensão punitiva no prazo de 12 (doze) anos se o máximo da pena aplicada é superior a 04 anos e não excede a oito.

In casu, em razão da menoridade relativa do apenado na data dos fatos, deve incidir a regra do artigo 115, do Código Penal, reduzindo o prazo pela metade, ou seja, 06 (seis) anos.

Cabe ressaltar que o STF, revendo o seu entendimento sobre o artigo 117, inciso IV, do Código Penal, no AG. REG. no RE nº 1.237.572/RO, adotou a seguinte posição:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DO ESTADO. RESPEITO AO DEVIDO

PROCESSO LEGAL. 1. A prescrição é, como se sabe, o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado. No art. 117 do Código Penal que deve ser interpretado de forma sistemática todas as causas interruptivas da prescrição demonstram, em cada inciso, que o Estado não está inerte. 2. Não obstante a posição de parte da doutrina, o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão. Não há, sistematicamente, justificativa para tratamentos díspares. 3. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o que existe na confirmação da condenação é a atuação do Tribunal. Consequentemente, se o Estado não está inerte, há necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal. 4. Agravo regimental provido.

O Superior Tribunal de Justiça, com o fim de alinhar seus julgados ao posicionamento da Corte Suprema, decidiu recentemente no mesmo sentido:

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENOR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. NOVO ENTENDIMENTO. PRECEDENTE DO STF, EM PLENÁRIO. O Supremo Tribunal Federal entende que "Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta" (HC nº 176.473, Plenário do STF, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Dj de 27/04/2020). Embargos de declaração acolhidos, para sanar omissão, sem atribuição de efeitos infringentes.

O artigo 117 do Código Penal, preconiza:

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (...)
IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

Na situação em apreciação, repise-se, a denúncia foi recebida em 15/09/2008 (f. 152 – i.e. 174 dos autos originários do processo de nº 0024350- 68.2008.8.19.0066) e a publicação do acórdão condenatório recorrível, o qual reclassificou a imputação e ampliou a condenação, ocorreu em 14/04/2014, conforme certidão acostada aos autos (f. 575 – i.e. 575 dos autos originários do processo de nº 0024350-68.2008.8.19.0066).

Nesse contexto, não se trata de mera confirmação da sentença condenatória de primeiro grau, e, de fato, não houve a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que não transcorreu mais de 06 (seis) anos entre os marcos interruptivos a serem considerados no caso, quais sejam, o recebimento da denúncia e a publicação do acórdão condenatório recorrível.

Como bem exposto pela D. Procuradoria de Justiça ... verifica-se que o juízo originário, de fato, equivocou-se ao fazer o cálculo da prescrição, pois, ao invés de considerar a data da publicação do acórdão condenatório, considerou a data do trânsito em julgado para o MP, como marco final da prescrição. Portanto, a decisão ora agravada deve ser reformada para que seja desfeita a extinção da punibilidade do apenado, pois entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação do acórdão condenatório, não transcorreu o prazo de 6 anos aplicado ao caso, nos termos dos artigos 109, III, c/c 115, ambos do CP.

Por estes fundamentos, voto no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso para

cassar a decisão que declarou extinta a punibilidade, para o decorrente prosseguimento à execução.

RIO DE JANEIRO, 11 DE MARÇO DE 2021.
DES. LUCIANO SILVA BARRETO
RELATOR

FEMINICÍDIO. TENTATIVA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA DO VI JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER E REDISTRIBUIÇÃO AO III TRIBUNAL DO JÚRI. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO. PANDEMIA. INDEFERIMENTO.

EMENTA: *HABEAS CORPUS* - HOMICÍDIO COMETIDO CONTRA A MULHER POR RAZÕES DE CONDIÇÃO DE SEXO FEMININO (FEMINICÍDIO), NA FORMA TENTADA - ARTIGO 121, § 2º, INCISO VI, § 2º, A, INCISO II, N/F DO ART. 14, II, TODOS DO C.P. - PRISÃO EM FLAGRANTE - DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA E A QUE MANTEVE A CUSTÓDIA BEM FUNDAMENTADAS - PRESENTES OS REQUISITOS QUE AUTORIZAM A CAUTELAR - PERMANECEM PRESENTES O *FUMUS COMISSI DELICTI* E O *PERICULUM IN LIBERTATIS* - JUSTIFICADA A PRISÃO POR GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - O RECORRENTE FOI DENUNCIADO PORQUE, EM TESE, DESFERIU GOLPES DE FACÃO CONTRA A VÍTIMA, SENDO QUE O CRIME NÃO SE CONSUMIU PORQUE A LESADA CONSEGUIU CORRER E PEDIR AJUDA A DOIS POLICIAIS QUE ESTAVAM PRÓXIMOS DO LOCAL - CASOS COMO O PRESENTE TÊM ASSUSTADO A SOCIEDADE, ESPERANDO TODOS UMA PRONTA INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO, AINDA QUE DE NATUREZA CAUTELAR - O FATO DE O PACIENTE SER PRIMÁRIO E PORTADOR DE BONS ANTECEDENTES, POR SI SÓ, NÃO OBSTA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - NO CASO, AFASTADA A ADOÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ARTIGO 319 E SEGUINTE, DO CPP

- NECESSIDADE DA PRISÃO POR GARANTIA DA HIGIEDEZ PROCESSUAL - A VÍTIMA AINDA NÃO FOI OUVIDA PERANTE O CONSELHO DE SENTENÇA, JUIZ NATURAL DA CAUSA - SEGREGAÇÃO QUE SE MANTÉM POR GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, POIS NÃO FORAM JUNTADOS AOS AUTOS COMPROVANTE DE RESIDÊNCIA E NEM DE LABOR LÍCITO - APESAR DE O PACIENTE SER IDOSO, APÓS SER LEVADO A EXAME POR MÉDICO NO SISTEMA E RESPONSÁVEL PELO ACOMPANHAMENTO DE SAÚDE DO RÉU, FOI ATESTADO NÃO HAVER MOTIVAÇÃO PARA APOIAR NENHUMA FORMA DE SAÍDA DO CÁRCERE - STF JÁ ENTENDEU QUE A SOLTURA DOS PRESOS DEVE SE DAR MEDIANTE A OBSERVAÇÃO DA ESPECIFICIDADE DE CADA CASO CONCRETO, NÃO SENDO A PANDEMIA, POR SI SÓ, MOTIVAÇÃO PARA A LIBERTAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO - ORDEM DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0083855-71.2020.8.19.0000, em que figura como Paciente Carlos Lopes da Silva, tendo como Autoridade Coatora o Juízo de Direito da Terceira Vara Criminal da Capital

Acordam os Desembargadores que integram a Egrégia Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de julgamento realizada nesta data, por unanimidade, em denegar a ordem, nos termos do voto da Desembargadora-Relatora.

RELATÓRIO

O presente *habeas corpus* foi impetrado em favor de Carlos Lopes da Silva, sob a alegação de que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juízo de Direito do Juizado da Terceira Vara Criminal da Comarca da Capital, que manteve a prisão do ora paciente quando da sentença de pronúncia, mesmo

ausentes os requisitos e pressupostos para a segregação. (doc. 02).

A inicial foi instruída com os documentos do anexo 1.

A liminar foi indeferida, conforme doc. 25.

Informações da Autoridade tida como coatora no doc. 31.

Em parecer no doc. 46, a Procuradoria de Justiça oficiou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Pelo que se infere dos autos, Carlos Lopes da Silva foi preso em flagrante delito em 20/01/2019, pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 147 do CP e, em sede de audiência de custódia, a prisão foi convertida em preventiva em 21/01/2019:

“(...) Decisão: Junte-se o BAM. Após, remeta-se ao Juízo natural para análise das alegadas agressões. A presente prisão em flagrante foi efetuada dentro dos ditames legais, na forma do art. 302 do CPP e revestida de toda formalidade necessária, não sendo hipótese de relaxamento de prisão. Desta forma, homologo a prisão em flagrante. O custodiado foi preso em flagrante, havendo indícios da prática do crime previsto no art. 121, § 2º, VI, c/c 14, II, do C, conforme manifestação da I. Promotora de Justiça nesta audiência, estando presente, portanto, o requisito previsto no artigo 313, inciso II, do Código de Processo Penal. Em relação ao pedido da conversão da prisão em flagrante em preventiva formulado pelo Ministério Público, de se notar que se trata de medida de cautela processual cabível, eis que presentes e demonstrados os pressupostos e requisitos insertos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Presentes o *“fumus comissi delicti”*, decorrente dos indícios de materialidade e de autoria, consubstanciados nos termos de declaração. O *periculum libertatis*, definido

como o risco provocado pela manutenção do acusado em liberdade, está igualmente presente: nos processos envolvendo violência de gênero é comum o escalonamento da violência com o passar do tempo, o que no presente caso mostra-se patente. O custodiado, após ver a sua a vítima, sua ex-companheira e seu namorado, a surpreendeu com uma faca, avançando na mesma. Segundo o relato da vítima, o custodiado chegou a encostar o facão em suas costas, mas não perfurou, pois conseguiu correr. Destaca-se que os policiais visualizaram o custodiado correndo com a faca atrás da vítima, conseguindo detê-lo. A agressividade do réu demonstra que a ordem pública restará em grave risco com a permanência do réu em liberdade, visto que há grave risco de reincidência criminosa e possível escalonamento desta, inclusive com risco de vida para a vítima. Ante todo o exposto, por considerar insuficientes quaisquer outras medidas cautelares diversas da prisão, indefiro o pedido de liberdade e converto a prisão em flagrante em preventiva, vez que estão presentes os requisitos previstos no art. 312 e 313, inciso I, ambos do Código de Processo Penal. Expeça-se Mandado de Prisão. Não obstante, em hipótese de concessão de liberdade ao réu, fixo desde já as seguintes medidas cautelares, atendendo à integral proteção da vítima prevista na Lei nº 11.340/06. Afastamento do lar conjugal do casal; Proibição de aproximação da vítima, seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de 300 (trezentos) metros de distância entre o autor do fato e estes, na forma do artigo 22, inciso III, *“a”* da Lei nº 11.340/06; II. Proibição de qualquer tipo de contato, inclusive telefônico, com a vítima, seus familiares e das testemunhas; façam-se as anotações de praxe. Deve o cartório da CEAC enviar estes autos ao juízo competente por distribuição, bem como acautelar a mídia em

local próprio. Intimados os presentes. Nada mais havendo, foi encerrada a audiência.

O feito foi inicialmente distribuído ao VI Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, porém, houve declínio de competência e redistribuição ao III Tribunal do Júri.

À colação:

“Diante da capitulação feita pelo *Parquet* dos fatos em apuração onde imputa ao indiciado a prática do crime de tentativa de homicídio, impõe-se o deslocamento da competência para uma das varas com competência do Júri. Ante o exposto, declino da minha competência em favor de uma das Varas Criminais da Comarca da Capital com competência para julgamento de crimes dolosos contra a vida. Dê-se baixa e encaminhe-se.”

O Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor do paciente, como incurso no artigo 121 § 2º, incisos VI, § 2º-A, inciso II, na forma do artigo 14, II, todos do Código Penal, sendo a inicial acusatória recebida em 10/05/2019, nos seguintes termos:

“No dia 19 de janeiro de 2019, por volta das 22h, na Avenida Itaóca, em Inhaúma, Rio de Janeiro/RJ, o denunciado, consciente e voluntariamente, com a intenção de matar, desferiu golpes com um facão contra a vítima D.C.J, sua ex-companheira.

O crime só não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do denunciado, eis que a vítima conseguiu correr e pedir ajuda a dois policiais que estavam próximos, os quais conseguiram retirar o facão do denunciado.

O crime foi cometido contra a mulher por razões de gênero, envolvendo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, visto que o denunciado, presumindo sua dificuldade em oferecer resistência, tentou matar sua ex-companheira.”

Após a instrução na primeira fase, o paciente foi pronunciado em 11/02/2020, na forma da denúncia.

In verbis:

“(…) Cinjo-me, em respeito ao Princípio do Juiz Natural à análise da existência de indícios mínimos suficientes da autoria infligidos ao acusado.

Saliento, de início que a combativa Defesa requereu a impronúncia do acusado e, subsidiariamente a desclassificação.

Inobstante respeite o pleito formulado a f. 137/140, a meu ver inviável nesta ocasião procedimental. Tal se dá ante as versões probatórias estabelecidas nestes autos; situação típica de remessa ao juiz natural da causa.

A prova oral produzida na fase judicial, quando somada às demais formou contexto hábil a demonstrar sinais mínimos suficientes de autoria em relação ao acusado, sendo, em meu sentir, a Pronúncia a decisão mais acertada.

Inexistindo prova clara motivando a fragilidade indiciária, tal como neste caso ora julgado, resta à pronúncia como alternativa essencial, pois só ela permitirá ao Juiz Natural do fato dizer a verdade sobre todo o ocorrido.

Em razão destes argumentos e dos fundamentos probatórios elencados, há elementos suficientes para remeter o julgamento final ao Corpo de Jurados, como requerer o MP em alegações finais orais (f. 130).

Da Qualificadora:

Quanto à qualificadora constante no inciso VI, do § 2º-A, do inciso II, do § 2º do art. 121 do CP, a mesma está indicada nestes autos por se tratar de crime contra mulher por razões de gênero, envolvendo menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Doravante deverá o corpo de jurados apreciar

e dizer se o acusado deverá, ou não, incorrer na qualificadora acima mencionada.

Os temas postos na qualificadora, assim como o mérito causal necessitam, por questões óbvias, de avaliação subjetiva para alcançar a verdade real, como já consignado nesta decisão.

Remete-se, pois, nesta decisão, ao Júri Popular, o poder/dever de melhor apreciar os temas propostos nestes autos.

Por todo o exposto, pronuncio o acusado Carlos Lopes da Silva, qualificado nos autos, imputando-lhe, para fins de julgamento em sessão plenária os delitos descritos no artigo 121, § 2º, inciso VI, 2º-A, inciso II, na forma do artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, o que faço com base no artigo 413, *caput*, do CPP.

Da Prisão Preventiva:

Trata-se de crime doloso cujo mérito será apreciado pelo Júri Popular, restando certa a necessidade de assegurar a lisura de toda a instrução até decisão final do Júri. Ademais, os indícios de envolvimento do acusado no crime são fortes e a prática delituosa foi de grande relevância.

Inexistem circunstâncias inovadoras suficientes para alterar a decisão de f. 39/39v, na qual foi convertida a prisão em flagrante em preventiva, e mantida essa decisão em f. 113/114. Aduza-se a narrativa da vítima quanto as reiteradas agressões anteriores, o que reforça o risco da liberdade neste instante.

Uma vez finalizada a fase "*judicium accusatio-nis*", não há que se falar em excesso de prazo da medida cautelar preventiva, especialmente em razão do verbete nº 21 das súmulas do STJ.

Por tais razões, mantenho a prisão preventiva de Carlos Lopes da Silva, qualificado nos autos, o que faço com base no artigo 312, do Código de Processo Penal.

Façam-se as comunicações de praxe. Publique-se e intimem-se."

A defesa postulou a revogação da custódia em 19/04/2020, mas o Ministério Público, antes de se manifestar, requereu a expedição de ofício à SEAP, para que informasse acerca do estado de saúde do paciente.

Houve reiteração do pleito libertário em 26/05/2020, com pedido de colocação do paciente em prisão albergue domiciliar humanitária, porém, em 15/07/2020, os requerimentos foram indeferidos. Vejamos a decisão:

"1-Trata-se de pedido de revogação da prisão processual ou a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar com pedido subsidiário de realização de relatório médico, com encaminhamento para os autos e para a defensoria formulado pela defesa de Carlos Lopes da Silva, qualificado nos autos, vez que o acusado se encontra dentro do grupo de risco estabelecido pela pandemia que ora enfrentamos.

Com relação ao pleito de conversão de prisão cautelar por medidas cautelares diversas da prisão outrora fixadas, dada as peculiaridades do momento enfrentado, hei por bem indeferir-lo pelos seguintes argumentos:

DA SUPERVENIÊNCIA DA PANDEMIA MUNDIAL (COVID-19):

Com efeito, em se tratando de pedido específico para este instante *sui generis*, digo, por entender acertado, o posicionamento externado na seguinte decisão liminar produzida pela E. Desembargadora HELDA LIMA MEIRELLES:

"(...) Evidenciados nos autos os riscos sociais previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, inafastável a determinação de prisão preventiva, mostrando-se incabíveis e inócuas as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, isoladas ou

cumulativamente, porque, a princípio, seriam insuficientes para a garantia da ordem pública e da paz social. A benevolência com condutas delituosas está fomentando a reiteração delitiva, tendo hoje o elemento criminoso a certeza da impunidade e as consequências se fazem sentir com a violência que hoje toma conta das ruas. Mister conscientizar-se de que, se o criminoso é rapidamente devolvido à liberdade, ele não temerá a lei, certo que estará da impunidade e da condescendência com que o Judiciário vê suas condutas delituosas. A lei faz parte da segurança pública e daí deve ser aplicada com o rigor devido, acorde com as circunstâncias do caso concreto. Não se pode nem se deve julgar conforme teses, repetindo-se automaticamente o que já foi decidido. (...) Quanto à alegação de superlotação carcerária, e possibilidade de rebelião diante da gravidade da pandemia provocada pelo COVID 19, não tenho dúvida em asseverar que a integridade do paciente resta bem mais resguardada, em sede carcerária. (...) Vale lembrar que não são só os presos correm o risco de contágio, mas todos os cidadãos. Infelizmente é um mal que acomete a sociedade e o mundo, como um todo, uma vez tratar-se de uma pandemia. Não obstante, não justifica a soltura do paciente, pois inexistem elementos comprobatórios garantidores de que o ato geraria uma possível proteção do preso. Por tais fundamentos, Nego seguimento ao presente *writ*." (Plantão Noturno - Processo (HC): 0065781-63.2020.8.19.0001 - Rel: Des (a) HELDA LIMA MEIRELLES - f. 89/90 - Grifei).

No mesmo sentido e ainda de forma mais aprofundada, vê-se no corpo da decisão do Eminentíssimo Desembargador Federal MARCELO DE SOUZA GRANADO, do TRF da 2ª Região os seguintes e intransponíveis argumentos:

"A propósito, já que me referi aos profissionais da saúde na linha de abordagem da questão

sob o fundamento - também precisamente técnico - da questão do risco, é imprescindível trazer parecer técnico de quem está legitimado pela ciência para dizer dos riscos de contaminação.

Consultado pelo Ministério Público Estadual a respeito das normas editadas pelo Estado do Rio Grande do Sul para confrontar a pandemia de COVID-19, semelhantes àquelas emanadas do DEPEN-PR, o Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (CREMERS) emitiu, em 27/03/2020, parecer técnico do Grupo de Trabalho COVID-19, sobre Medidas de Enfrentamento do COVID-19 no âmbito do Sistema Penitenciário do Rio Grande do Sul, onde literalmente conclui que: "(...) a manutenção dos custodiados em ambiente prisional, principalmente daqueles que pertencem ao grupo de risco, é à medida que se apresenta mais segura no atual contexto."

Eis a íntegra do referido parecer técnico: As normas encaminhadas pelo consulente dispõem sobre as medidas de enfrentamento ao COVID-19, destacando-se o disposto no artigo 2º da Portaria Interministerial nº 07 de 18/03/2020, que determina:

Art. 2º - A Administração Penitenciária deverá identificar os custodiados que apresentem sinais e sintomas gripais, inclusive por meio do incentivo à informação voluntária dos próprios custodiados.

(...) § 1º - Os profissionais de saúde que atuam nos estabelecimentos prisionais deverão adotar procedimentos para averiguação e identificação de casos suspeitos, inclusive por meio de questionamentos sobre os sinais e sintomas gripais, independentemente do motivo inicial do atendimento.

(...) § 3º - Os profissionais de saúde que atuam nos estabelecimentos prisionais deve-

rão priorizar a identificação e o monitoramento da saúde de custodiados nos seguintes grupos de risco:

I - pessoas acima de 60 (sessenta) anos;

II - pessoas com doenças crônicas ou respiratórias, como pneumopatia, tuberculose, cardiopulmonar, 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;

III - pessoas com obesidade (especialmente com IMC igual ou superior a 40);

IV - grávidas em qualquer idade gestacional; e

V - puérperas até duas semanas após o parto.

§ 4º - Além dos casos previstos no § 3º, os profissionais de saúde deverão priorizar a identificação e o monitoramento de crianças que estejam abrigadas em estabelecimentos prisionais.

Da mesma forma, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a partir da leitura da Nota Técnica nº 02/2020, identifica-se que estão sendo executadas as medidas preconizadas pelo Ministério da Justiça, as quais foram embasadas nas orientações do Ministério da Saúde, conforme item 06 (Procedimentos a serem adotados pelo TSPs).

Com a identificação e monitoramento, seguidos do isolamento dos casos identificados (conforme art. 3º da Portaria Interministerial nº 07 de 18/03/2020 e item 2 da Nota Técnica nº 02/2020), priorizando-se os custodiados pertencentes aos grupos de risco; o perigo de contágio entre os custodiados, inclusive, é significativamente menor do que o da população em geral.

Ademais a manutenção dos custodiados em ambiente prisional, principalmente daqueles

que pertencem ao grupo de risco, é à medida que se apresenta mais segura no atual contexto, no qual a assistência médica pública e privada está restrita aos atendimentos de urgência, impossibilitando o atendimento ambulatorial dos custodiados junto às Unidades Básicas de Saúde e Hospitais Públicos.

Além disso, o deslocamento em via pública de idosos em vários Municípios do Rio Grande do Sul, destacando-se o Município de Porto Alegre, também está sendo restringido, o que dificultaria, inclusive, a própria subsistência desses custodiados, situação que deprime o sistema imunológico de qualquer ser humano.

Sendo assim, este Grupo de Trabalho entende que as medidas preconizadas pela Portaria Interministerial nº 07 de 18/03/2020 e Nota Técnica nº 02/2020 estão de acordo com as orientações do Ministério da Saúde e se mostram suficientes a resguardar os custodiados (provisórios e definitivos) que se encontram no grupo de risco.

Este Grupo de Trabalho, também, recomenda que durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública, os custodiados, principalmente aqueles pertencentes ao grupo de risco, mantenham-se recolhidos no Sistema Prisional, ambiente no qual sua condição de saúde é constantemente monitorada.

Nesse contexto, não há prova concreta de que dentro do sistema penitenciário o paciente esteja sujeito a maior risco de contaminação por COVID-19, ou por qualquer outro mal, do que está o resto da sociedade de bem, que se encontra, por isso, fora dos muros. Muito ao contrário, a recomendação dos médicos, portanto os especialistas, é no sentido claro e exposto de que "durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública, os custodiados, principalmente aqueles per-

tencentos ao grupo de risco, mantenham-se recolhidos no Sistema Prisional, ambiente no qual sua condição de saúde é constantemente monitorada."

O isolamento dos internos em relação ao mundo extramuros, portanto, é situação que os coloca até mesmo em situação melhor do que o resto da sociedade. E ainda que fosse o caso, antes de deferir liberdade contra a lei e com fundamento suposto (mas não comprovado em concreto), haveria de se determinar isolamento interno (o que, por ora, também não encontra fundamento concreto em algum elemento de prova).

Conforme afirmado pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, em entrevista à rede CNN Brasil, "não se deve antecipar o caos para afastar uma prisão que se impõe". E acrescento que tal se alça correto, seja quando tratamos de criminalidade que pratica violência concreta e explícita, seja da criminalidade de colarinho branco ou de outros crimes "aparentemente" expressamente não violentos, mas que, em verdade, trazem em si uma carga implícita e verdadeiramente pandêmica de violência à sociedade." (TRF 2ª Região - HC nº 5002927-55.2020.4.02.0000/RJ - Rel: Des. MARCELO DE SOUZA GRANADO. Liminar apreciada em 02/04/2020, às 21:57:29 h. - grifei).

Superado o susto inicial verificou-se o oposto do que se imaginava. É dizer: até aqui o isolamento prisional vem se mostrando mais eficiente do que desorganizado isolamento social da população, fato retratado pela estudiosa ROSYLANE ROCHA em seu parecer frente ao Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal; vejamos:

"O Conselho Regional de Medicina do DF emitiu um parecer contra a soltura de presos durante a pandemia do novo coronavírus.

Segundo ROSYLANE ROCHA, que assina o parecer, "o confinamento prisional e a medida profilática mais adequada a saúde dos presos além, é claro, de resguardar a sociedade de enfrentar uma outra crise, a de insegurança e violência urbana, de proporções inimagináveis". ROCHA defende que os estados têm tomado medidas para intensificar o atendimento médico ao preso e criaram alternativas para isolar os detentos idosos dos demais e proibir visitas externas. "Ressalte-se que a rotina dos custodiados dentro do sistema, tem a garantia do fornecimento dos produtos de higiene, alimentação, medicação em uso regular e controle de fluxos e limpeza, o que é indispensável ao enfrentamento da transmissão do novo Coronavírus. Realidade essa diversa do que as comunidades estão vivenciando com verdadeira carência de produtos de limpeza e alimentação em virtude da impossibilidade de trabalhar e prover o sustento diário devido ao isolamento social." (In. <https://www.oantagonista.com/brasil/confinamento-prisional-e-a-medida-profilatica-mais-adequada-diz-parecer-do-crm-do-df/>)

Aduza-se, nessa toada, que a informação prestada pelo médico responsável pelo acompanhamento do acusado na SEAP também desautoriza o pleito defensivo, posto que atesta a desnecessidade da saída do Sistema Penal para a realização de tratamento médico adequado, conforme se vê a f.182.

Neste caso concreto verifica-se a ausência de elementos concretos demonstrando que o acusado em questão se encontra efetivamente na zona de risco.

A vista do exposto, indefiro o pedido de revogação da prisão processual ou a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar acostado aos autos por entender ainda presentes os pressupostos que me levaram a decretar

a prisão cautelar deste acusado.

2- Determino ao cartório a regularização da autuação dos autos a partir de f. 147.

3- Certifique o cartório acerca da intimação das partes acerca da decisão de Pronúncia acostada a f. 147/149, a fim de certificar o trânsito em julgado da mesma.

Cumpra-se"

O feito aguarda a manifestação da defesa acerca da sentença de pronúncia.

Insatisfeita, a defesa impetrou o presente *writ*, pugnando pela revogação da prisão preventiva, já que ausentes os seus pressupostos ou a colocação do paciente em regime de prisão albergue domiciliar humanitária.

Não há de prosperar a pretensão deduzida.

É sabido que não há necessidade de fundamentação exaustiva nas razões de decidir e as decisões vergastadas, apesar de sucintas, abarcaram todas as questões de fato e de direito e concluíram pela presença dos requisitos legais ensejadores da prisão previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

De outro giro, com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, alguns dispositivos que regem as prisões cautelares do CPP sofreram alteração. Entretanto, o *caput* do art. 312 permaneceu o mesmo, restando intactos os requisitos da prisão preventiva.

O *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis* continuam presentes e inalterados os fundamentos pela necessidade da prisão por garantia da ordem pública, já que crimes como esses, denominados de feminicídios, vêm aumentando consideravelmente, esperando todos uma pronta intervenção do judiciário, ainda que de natureza cautelar.

O paciente foi denunciado pois, em tese, teria tentado esfaquear a vítima, que conseguiu fugir e pedir ajuda a dois policiais que estavam por perto, evitando-se, assim, a consumação do homicídio qualificado.

O fato de o paciente ser primário, portador de bons antecedentes, por si só, não obsta a decretação da prisão preventiva.

Portanto, na hipótese em apreço, diante da gravidade do crime, cuja pena máxima é superior a 04 anos, e a aplicação do binômio, necessidade e adequação, está afastada a adoção das medidas cautelares previstas no artigo 319 e seguintes, todos do Código de Processo Penal.

De outro prisma, a prisão do paciente se faz necessária para garantia da higidez processual, porquanto a vítima ainda não foi ouvida pelo conselho de sentença, juiz natural da causa.

A segregação também se faz necessária por garantia da aplicação da lei penal, na medida em que não foram juntados aos autos comprovantes de residência ou de trabalho lícito, o que aponta para eventual ausência de amarras com o distrito da culpa.

Quanto ao pedido de colocação do paciente em prisão albergue domiciliar humanitária, por força da pandemia que assola o mundo, melhor sorte não socorre ao paciente, porquanto suas alegações são genéricas, já que, apesar de idoso, após ser submetido a exame requerido pela própria defesa, o médico que o assiste dentro do sistema carcerário atestou não haver nenhuma motivação a apoiar o pleito.

É imperioso destacar que a prova do problema que afeta a saúde do paciente tem que ser apresentada de plano e ser inquestionável e que se constitua em óbice à manutenção da prisão, conforme preceitua o art. 318, II e parágrafo único do CPP, o que não ocorre *in casu*.

Outrossim, não podemos admitir que a pandemia decorrente do Covid-19 seja manejada com um “cheque em branco” para a libertação indiscriminada de quem se encontra detido, de forma cautelar ou em decorrência de sentença condenatória, sendo necessária uma ponderação entre o interesse particular do preso e o interesse público, na garantia da segurança pública, em

respeito ao art. 5º, *caput*, da CRFB/88, sendo certo que medidas para evitar a contaminação já foram tomadas pelos Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública e também em âmbito Estadual.

Ressaltamos, por fim, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou referendo à conclamação feita pelo Ministro MARCO AURÉLIO no bojo da ADPF nº 347, para, observada a especificidade de cada caso, viabilizar a soltura de presos por conta do Covid-19.

Dessa forma, a decisão está muito bem fundamentada, por garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e da instrução criminal.

As demais matérias trazidas pela defesa, dizem respeito ao mérito da causa e não encontram sede para discussão na via estreita do *writ*.

Por tais razões, acolho o parecer do Procurador de Justiça, Doutor RISCALLA J. ABDENUR, e voto pela denegação da ordem, conforme fundamentação retro.

RIO DE JANEIRO, 02 DE FEVEREIRO DE 2021.

**DES. MARIA SANDRA KAYAT DIREITO
RELATOR**

FURTO QUALIFICADO. PLEITO MINISTERIAL DE RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA DA FRAUDE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. NECESSÁRIO QUE A MANOBRA DO AGENTE GERE UM ENGANO À VÍTIMA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. REDIMENSIONAMENTO DA DOSIMETRIA PENAL.

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONDENAR A RÉ COMO INCURSA NAS PENAS DO ARTIGO 155, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DE 1 ANO DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA NO VALOR DE UM SALÁRIO-MÍNIMO, E AO PAGAMENTO DE 10 DIAS-MULTA – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA DA FRAUDE, COM A CONSEQUENTE

CONDENAÇÃO DA RÉ NOS EXATOS TERMOS DA DENÚNCIA – DESPROVIMENTO – PARA O RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA DA FRAUDE, NECESSÁRIO QUE A MANOBRA CRIADA PELO AGENTE GERE UM ENGANO À VÍTIMA, POSSIBILITANDO, ENTÃO, A SUBTRAÇÃO. NO CASO DOS AUTOS, O QUE SE VERIFICA É QUE, APÓS A SUBTRAÇÃO DOS VALORES DA CARTEIRA DA LESADA, A ACUSADA, CRIA UMA SITUAÇÃO PARA OBTER ÊXITO EM SAIR DA CASA DA MESMA, DIZENDO QUE LÁ SE ENCONTRAVA PARA REALIZAÇÃO DE ENTREVISTA DE EMPREGO. CONTUDO, TAL CIRCUNSTÂNCIA, NÃO É SUFICIENTE PARA CARACTERIZAR A QUALIFICADORA – DESPROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL – DE OUTRA MARGEM, EM QUE PESE A RÉ TER SE CONFORMADO COM O *DECISUM*, HÁ QUE SE FRISAR QUE O TRIBUNAL A *QUO*, JULGANDO RECURSO EXCLUSIVO DA ACUSAÇÃO PODE DECIDIR FAVORAVELMENTE AO RÉU, TENDO EM VISTA QUE O ART. 617 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL VEDA TÃO SOMENTE O *REFORMATIO IN PEJUS*, NÃO, PORÉM, O *REFORMATIO IN MELLIUS* – NESSE SENTIDO, O REDIMENSIONAMENTO DA DOSIMETRIA PENAL É MEDIDA IMPERIOSA – *IN CASU*, DEVE SER AFASTADA DA PRIMEIRA FASE DO CÁLCULO DA PENA, A ALEGADA CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL À APELADA, ATÉ PORQUE O MAGISTRADO SENTENCIANTE NÃO É DOTADO DE CONHECIMENTO CIENTÍFICO PARA TANTO, DEVENDO A MESMA SER FIXADA EM SEU PATAMAR MÍNIMO LEGAL, MANTENDO-SE OS DEMAIS TERMOS DA DOSIMETRIA PENAL REALIZADA PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU – DESPROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL E, EM REFORMA A MELHOR, A BASILAR FOI RETORNADA AO MÍNIMO LEGAL.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal de nº 0012952-37.2018.8.19.0014, em que figura como Ape-

lante o Ministério Público e Apelada Vanessa Barbosa Alves,

Acordam os Desembargadores que integram a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em Julgamento nesta data, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso ministerial e, em reforma a melhor, a basilar foi retornada ao mínimo legal, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Vanessa Barbosa Alves, nascida em 21/12/1986, foi denunciada, em 17/05/2018, como incurso no artigo 155, § 4º, II, do Código Penal porque:

“No dia 09 de maio de 2018, na Rua José Galdino, 90 – centro – Cambuci – RJ, a denunciada, de forma livre e consciente subtraiu para si, mediante fraude, a quantia de R\$ 474,00 (quatrocentos e setenta e quatro reais) pertencentes à vítima Chaieny Brandi Fernandes.

A denunciada entrou na casa da vítima, no endereço acima indicado, com o objetivo de subtrair bens alheios para sua pessoa.

Para conseguir êxito em seu mister a denunciada empregou a fraude para reduzir a vigilância da vítima sobre o dinheiro a ser subtraído, consistindo a fraude em contar para a sogra da vítima, que a surpreendeu no interior da residência da vítima, que ali estava em busca de um emprego, pois disse que soube que a vítima estava precisando contratar alguém para cuidar da filha dela, tendo a denunciada se oferecido para o pretenso emprego.

Ocorre que tal artimanha foi utilizada para reduzir a vigilância das pessoas presentes na cena do crime sobre os bens ali existentes, na medida em que não haviam de desconfiar de uma mulher em busca de emprego.

E foi o que efetivamente ocorreu, vez que a

sogra da vítima acreditou na fraude narrada pela denunciada, deixando os bens desviados enquanto foi chamar a vítima para atender a denunciada, momento em que a denunciada subtraiu o dinheiro que estava na carteira da vítima.

Quando a vítima foi conversar com a denunciada, esta já havia empreendido fuga levando o dinheiro subtraído, deixando o quarto todo revirado e a bolsa da vítima caída no quintal da residência, constatando o furto, acionando a polícia que, após diligências conseguiu capturar a denunciada ainda posse de parte da *res furtivae*.”

A exordial acusatória foi recebida pelo juízo monocrático em 22/05/2018.

O Juízo da Vara Única da Comarca de Cambuci, em 13/12/2018, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para condenar a acusada como incurso no artigo 155, *caput*, do Código Penal, sendo imposta pena privativa de liberdade de 1 ano de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, substituída por prestação pecuniária no valor de 1 salário-mínimo e ao pagamento de 10 dias-multa.

Inconformada, o Ministério Público interpôs recurso de apelação. Nas razões recursais (f. 01/04 – arq. 00201), pugna pela reforma da sentença para fins de reconhecimento da qualificadora inerente ao emprego de fraude na conduta da ré, com a consequente condenação desta, nos exatos termos da denúncia.

Contrarrazões defensivas no sentido de manutenção da sentença em sua integridade.

Parecer da Procuradoria de Justiça, da lavra do ilustre Procurador, Dr. MARCELO PEREIRA MARQUES, que opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata a hipótese de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, que restou inconformada com a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Cambuci que condenou Vanessa Barbosa Alves à pena privativa de liberdade de 1 ano de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, substituída por prestação pecuniária no valor de 1 salário-mínimo e ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática da infração penal prevista no artigo 155, *caput*, do Código Penal.

Pretende o apelante a reforma do *decisum* para fins de reconhecimento da qualificadora inerente ao emprego de fraude na conduta da ré, com a consequente condenação desta, nos exatos termos da denúncia.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito do recurso.

A materialidade do crime de furto restou evidenciada em razão da prova produzida. De igual forma, a autoria também restou cabalmente demonstrada ante os depoimentos seguros e firmes das testemunhas arroladas na denúncia ministerial que encontram ressonância com a confissão realizada pela acusada em fase judicial. Aliás, as partes não discutem nem a autoria nem a materialidade delitiva, cingindo-se a controvérsia quanto ao pleito ministerial de reconhecimento da qualificadora do emprego de fraude na conduta da ré.

Sem razão o *Parquet*.

A lesada Chaieny Brandt Fernandes, prestou um depoimento coeso e harmônico, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, descrevendo minuciosamente toda a conduta criminosa, asseverando que no dia dos fatos estava em sua residência na companhia de sua filha, uma bebê de oito meses à época dos fatos e que, enquanto tentava colocar esta para dormir em seu quarto, ouviu sua sogra, Sr. Mariza, lhe chamar, mas, num primeiro momento não deu muita

importância ao fato. Prossegue afirmando que então sua sogra entrou no seu quarto, dizendo que havia uma mulher dentro da casa e que esta teria dito que lá estava porque a esperava para falar sobre uma vaga de babá, o que a deixou nervosa, uma vez que não estava à procura de tal profissional, momento em que deixou sua filha com a sogra e foi ao encontro de tal pessoa, acrescentando que quando chegou a lavanderia da casa não havia ninguém, sendo certo que no jardim da residência encontrou sua carteira e seus documentos jogados ao solo, percebendo, logo em seguida, que o quarto de sua enteada e o escritório da casa estavam todo revirados, tendo comunicado tal fato ao seu marido, que entrou em contato com a polícia. Por fim, disse que pouco tempo depois se dirigiu à delegacia de polícia, onde a acusada já se encontrava detida.

Já a testemunha Mariza Fernandes Aguiar, sogra da lesada, asseverou em juízo que quando entrou na casa de seu filho, se surpreendeu com a acusada saindo do corredor que liga a cozinha da casa ao escritório, tendo indagado a mesma o que ela fazia ali, sendo informado que estava no local para uma entrevista de emprego para a vaga de babá. Prossegue a testemunha afirmando que estranhou tal fato, falando para a acusada aguardar no jardim, indo ao encontro de sua nora no quarto, momento em que a mesma disse que não estava à procura de profissional para tal cargo, afirmando, ainda, que ficou com sua neta, tendo a lesada se dirigido à lavanderia. Por fim, disse que o interregno de tempo entre o encontro com a acusada e a saída da lesada do quarto foi curto.

Em seu interrogatório judicial, a acusada confessou espontaneamente a prática do crime a ela imputado, acrescentando que quando encontrou a testemunha Mariza já havia retirado o dinheiro da carteira da lesada e que se dirigia ao jardim para sair da casa.

Desta forma, restou claro que o discurso da acusada em dizer que se encontrava no local para

realização de entrevista de emprego não pode ser interpretado como situação a iludir a vítima para fins de subtração da *res*, uma vez que esta já havia sido subtração momentos antes.

Ademais, é cediço que a figura qualificada do furto, na modalidade de fraude, consiste em estratégia empregada pelo agente com o fim de iludir a vítima para que esta deixe os bens desprotegidos e, com isso, possa o agente subtraí-los.

In casu, a acusada já havia subtraído os valores da lesada e se encontrava na direção da saída da casa quando encontrou a testemunha Mariza, não sendo a hipótese de utilização de fraude para reduzir a vigilância sobre a *res*, para que seja facilitada a sua subtração, não se adequando, desta forma, a conduta descrita na denúncia com a qualificadora prevista no § 4º, inciso II, do artigo 155 do Código Penal.

Diante de tais considerações, torna-se necessária a manutenção da desclassificação da conduta descrita na denúncia para a de furto simples, tal qual foi realizado pelo magistrado sentenciante.

De outra margem, em que pese a ré ter se conformado com o *decisum*, há que se frisar que o Tribunal *a quo*, julgando recurso exclusivo da acusação pode decidir favoravelmente ao réu, tendo em vista que o art. 617 do Código de Processo Penal veda tão somente o *reformatio in pejus*, não, porém, o *reformatio in mellius*.

Nesse sentido:

“Em sede de recurso exclusivo da acusação, o Tribunal não está impedido de, ao constatar patente erro na condenação, corrigir a sentença, amenizando a situação do réu, dada a relevância que a Justiça deve conferir à liberdade humana. O que é vedado no sistema processual penal é a *reformatio in pejus*, como inscrito no art. 617, do CPP, sendo admissível a *reformatio in mellius*, o que ocorre na hipótese em que o Tribunal, ao julgar recurso da acusação, diminui a pena prevista do réu” (REsp.

nº 437.181/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, 6ª T., j. 01/04/2003, DJ 28/04/2003, p. 269).

“Nada há que impeça a *reformatio in mellius* em face de recurso exclusivo do Ministério Público. Isto porque a impugnação do Ministério Público não guarda em seu bojo limitações ao poder do juízo *ad quem*. Tanto é que o mesmo Ministério Público que acusa pode, ante a fatos novos, pleitear a absolvição. Se o tribunal pode conceder *habeas corpus ex officio*, nada impede que, ante a recurso exclusivo da acusação, abrande-se a situação do acusado” (REsp. nº 168.557/RS, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, 5ª T., j. 13/09/2000, DJ 18/12/2000, p. 224).

Nesta toada, o redimensionamento da dosimetria penal é de rigor, senão vejamos.

Na primeira fase, equivocou-se o magistrado sentenciante ao exacerbar a pena-base, ao fundamento de que a conduta social da apelada se mostrou desfavorável diante das anotações criminais constantes de sua FAC, uma vez que não há nos autos qualquer elemento capaz de aferir que a conduta social da acusada excedeu a normal do tipo penal, até porque o magistrado sentenciante não é dotado de conhecimento científico para tanto.

Assim, com fundamento no artigo 59 do Código Penal, e, em consonância ao princípio da proporcionalidade, reduz-se a pena-base para 01 ano de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, apesar da confissão espontânea da apelada, a pena intermediária restou inalterada em consonância com Súmula nº 231 do STJ. Na terceira fase, à mingua de causas de aumento ou de diminuição de pena, aquietou-se a pena final em 01 ano de reclusão e 10 dias-multa, o que também se mantêm.

Ante o *quantum* de pena fixada, mantêm-se o regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

Substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consubstanciada em prestação pecuniária no valor de um salário-mínimo que se mantêm, eis que fixada em congruência com os requisitos e critérios previstos no artigo 44 do Código Penal.

Assim, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso ministerial, e, em reforma a melhor, a basilar foi retornada ao mínimo legal.

RIO DE JANEIRO, 09 DE FEVEREIRO DE 2021.
DES. FERNANDO ANTONIO DE ALMEIDA
RELATOR

INQUÉRITO POLICIAL. TAXISTA. ABORDAGEM DE POLICIAIS MILITARES ABUSIVA. ACESSO NÃO AUTORIZADO A BANCO DE DADOS DO TELEFONE CELULAR DO PACIENTE. QUEBRA DO SIGILO DOS DADOS TELEMÁTICOS. SUSTAÇÃO. CONCESSÃO DA ORDEM.

HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS TELEMÁTICOS CONTIDOS EM APARELHO DE TELEFONE CELULAR. ILEGALIDADE DA APREENSÃO DO APARELHO E DA CONSULTA AOS DADOS REALIZADA PELOS POLICIAIS MILITARES NO MOMENTO DA ABORDAGEM. DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE. ORDEM CONCEDIDA, CONSOLIDANDO A LIMINAR DEFERIDA.

Paciente abordado por policiais militares quando transitava em seu táxi, conduzindo passageira de 15 (quinze) anos, às duas horas da manhã. No ato da abordagem, a passageira teria declarado aos policiais que o paciente insistira com ela em realizar um programa sexual, oferecendo a quantia de R\$ 70,00 (setenta reais), o que foi por ela negado. Policiais militares que realizaram consulta ao SARQ, obtendo a informação de que o paciente respondia criminalmente pela suposta prática de crime de estupro de vulnerável. Na sequência, o paciente teria exibido aos policiais militares

consulta ao andamento do referido processo, realizada em seu *smartphone*. Nesse contexto, os policiais militares teriam visualizado fotografias de adolescentes seminuas armazenadas no aparelho, conduzindo o paciente e a passageira à Delegacia. Autoridade policial que representou pela quebra de sigilo de dados do aparelho de telefone do paciente, sobrevindo decisão judicial que deferiu o afastamento da referida garantia constitucional.

Encontro das evidências que motivaram a representação pela quebra de sigilo decorrente de acesso, não autorizado e indevido, a bancos de dados do telefone celular do paciente. Consulta a andamento processual que não conduz, como desdobramento lógico, ao encontro das referidas imagens, que certamente estavam armazenadas na galeria ou no aplicativo *WhatsApp*, sem que haja explicação para que os policiais tenham visualizado as fotografias, a não ser pelo ato não autorizado de vasculhar o aparelho.

Constatação de que a apreensão do aparelho e a consulta ao seu conteúdo se deram de maneira arbitrária, no ato da prisão do paciente. Ilegalidade da apreensão que desencadeia a ilegalidade da quebra de sigilo, dela derivada.

Ambas as Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram que "É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do *Whatsapp*) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular". Precedentes.

São considerados inadmissíveis os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, se afetados pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária,

que a eles se transmite, contaminando-os. Doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada"). Precedentes.

Indispensabilidade da quebra de sigilo de dados telemáticos que não ficou demonstrada na decisão. Fundamentação que é necessária, por constituir gravíssima restrição a direito fundamental do indivíduo.

Decisão proferida sem manifestação da parte contrária (art. 282, § 3º do CPP, com a redação da Lei nº 13.964/2019). Aparelho telefônico apreendido de forma a não apresentar risco ou perigo da perda ou ineficácia da prova.

Constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, consistente na apreensão do seu aparelho de telefone e obtenção de dados armazenados na memória do *smartphone*, sem autorização judicial, a contaminar, inclusive, a prova derivada da quebra do sigilo de dados.

Ordem concedida, consolidando a liminar deferida. Unânime.

judicial prévia, conforme disposto na Constituição da República, nos termos do voto do Relator.

Custas *ex lege*.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* com pedido liminar, impetrado pelos advogados Dr. L.F.S.B. (OAB/RJ xxxxx) e Dr. F.M.F.O.B. (OAB/RJ xxxxx), tendo como paciente P.A.F. e apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 41ª Vara Criminal da comarca da capital.

Informam os impetrantes que no dia 19/08/2020, às 2 horas da manhã, na 17ª Delegacia de Polícia Civil, foi lavrado o termo circunstanciado nº 017-03366/2020 contra o paciente para apurar a contravenção de perturbação da tranquilidade, prevista no artigo 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41. Posteriormente, o registro foi aditado para mudar a capitulação para o crime previsto no artigo 218-B do Código Penal.

Destacam que, na tarde do dia subsequente, a autoridade policial representou pelo afastamento do sigilo de dados do aparelho celular do paciente com o objetivo de “iniciar as investigações sobre possível manutenção de pornografia infantil em dispositivo de informática, bem como o delito de corrupção de menores para a prática sexual”. Isto é, com base em dois delitos não mencionados nem no termo, nem no aditamento.

Esclarecem que no dia 18/08/2020, por volta das 21h, uma passageira pediu ao paciente, motorista de táxi, em frente a base da Polícia Militar e a escola de samba da Mangueira, para levá-la ao Jacarezinho por R\$ 10,00. Ele disse que só a levaria se ela pagasse R\$ 20,00, por ser o valor do taxímetro. Ela concordou e entrou no carro, sentando-se no banco traseiro ao lado direito. Relatam os impetrantes que, poucos segundos após o início da corrida, cerca de 200m adiante, uma viatura da Polícia Militar com as luzes todas apagadas acionou a sirene. Por conseguinte, o paciente parou o carro. Na abordagem os policiais perguntaram se o paciente possuía algo ilícito, o que foi negado. Ato

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0072349-98.2020.8.19.0000, sendo Impetrantes o Dr. L.F.S.B. (OAB/RJ xxxxx) e Dr. F.M.F.O.B. (OAB/RJ xxxxx) e Paciente P.A.F., e tendo como Autoridade Coatora o Juízo de Direito da 41ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

Acordam, por unanimidade, os Desembargadores que compõem a Egrégia Terceira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pela concessão da ordem, consolidando-se a liminar deferida, anulando-se a decisão que decretou a quebra do sigilo de dados telemáticos do aparelho de telefone do paciente, porque derivada do acesso indevido aos dados armazenados no aparelho celular, sem autorização judicial, sem prejuízo da investigação por outros meios não invasivos ou restritos a decisão

contínuo, o policial R.C.O. o impediu de acompanhar a revista do carro que estava sendo realizada pelo policial S.G.S. Os policiais tiraram os pertences do paciente do porta-luvas, da mochila e os espalharam no banco e no chão do carro.

Prosseguem os impetrantes, narrando que, insatisfeito com a agressiva abordagem, o paciente pegou seu telefone celular com o intuito de gravar a ocorrência, a fim de inibir eventuais abusos. Porém, ao desbloquear o celular e ligar a câmera fez o policial R. perceber que iria filmar a abordagem. O aparelho, então, foi tomado das mãos do paciente, e, mesmo sem a autorização do paciente, os policiais vasculharam o aparelho celular, aproveitando que o telefone estava desbloqueado.

Frisam que os policiais militares examinaram a fundo o conteúdo do aparelho do celular do paciente, sem autorização, e após terem exigido vantagem econômica para soltá-lo, terminaram por conduzi-lo, algemado, até a Delegacia de Polícia, onde foi registrada a ocorrência.

Os impetrantes mencionam, ainda, que o paciente registrou ocorrência em sede policial no dia seguinte, relatando ter sido vítima de concussão, ameaça e lesões corporais, tendo sido encaminhado a exame de corpo de delito. A exordial contém fotografia da tela de computador em que se vê trechos de um laudo de exame de corpo de delito levado a efeito em 19/08/2020, tendo sido constatadas escoriações na perna esquerda e nos punhos (doc. 000002 - nº 11).

Diante do exposto, requerem, liminar e definitivamente, seja cassada a decisão que determinou a quebra de sigilo de dados do aparelho telefônico do paciente. Os impetrantes requerem intimação pessoal para sustentação oral.

A liminar foi concedida, para sustar a quebra do sigilo de dados decretado pela autoridade coatora quanto ao aparelho celular do paciente, sem prejuízo da colheita de outras provas, não alcançadas por restrições constitucionais (doc. 000033).

Informações prestadas pela autoridade coatora (doc. 000050).

A Procuradoria Geral de Justiça (doc.000060) em seu parecer, opina pela denegação da ordem, cassando-se a decisão que deferiu a liminar.

Os impetrantes requerem intimação pessoal da data da sessão de julgamento.

É o relatório.

VOTO

O *writ*, como se depreende da leitura da exordial, objetiva a cassação da decisão judicial que deferiu a quebra do sigilo dos dados do aparelho de telefone apreendido, que conteria imagens sugestivas de pornografia infanto-juvenil.

A argumentação dos impetrantes é centrada na ilegalidade da apreensão e da consulta ao conteúdo do aparelho realizada pelos policiais militares no momento da abordagem ao paciente.

A decisão combatida foi lavrada nos seguintes termos:

Trata-se de representação formulada pela Autoridade Policial da 17ª Delegacia de Polícia, na qual requer a quebra do sigilo de dados do aparelho de telefone celular apreendido na presente investigação, para apurar a prática, em tese, do crime de exploração sexual de adolescente (art.218-B do CP) e possível manutenção de pornografia infantil em dispositivo de informática, ocorrido em 19/08/2019.

Sustenta a Autoridade Policial, em síntese, que o investigado P.A.F., taxista, teria sido abordado por policiais militares enquanto transportava uma passageira de nome "A.", de 15 (quinze) anos de idade, sendo certo que durante a revista do veículo teriam sido encontradas caixas de remédios para impotência sexual (Viagra), além de preservativos. Aos policiais, teria a adolescente "A." dito que o investigado lhe ofereceu a quantia de R\$ 70,00 (setenta reais) para que mantivessem relações sexuais. Os policiais militares realizaram então consulta

ao sistema de informações da polícia, sendo constatado que o investigado responde a um processo por estupro de vulnerável. Ressaltou a Autoridade Policial que o investigado teria mostrado aos policiais o andamento do referido processo em seu aparelho de telefone celular, oportunidade na qual notaram que havia algumas mensagens com fotos que pareciam ser de adolescentes de calcinha e sutiã, aparentando ter conteúdo de pornografia. Instado a se manifestar, o Ministério Público opinou favoravelmente à representação, f. 36/37.

O advogado do réu apresentou uma manifestação opondo-se à quebra, f. 41/46.

É o Relatório. Decido.

Como se sabe, a quebra de sigilo de dados, por implicar violação de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República, é exceção que só se justifica em casos especiais, em que se revele realmente indispensável à apuração dos fatos e se verifique a presença dos pressupostos legais previstos na Lei nº 9.296/96.

Após atento exame dos autos, verifico que o pedido em questão é juridicamente possível, tendo sido devida e fundamentadamente formulado, consoante determina a Constituição Federal, havendo sérias indicações de que as providências ora requeridas serão de extrema valia à completa elucidação dos fatos. As providências alvitradas coadunam-se com o Ordenamento Jurídico e são imprescindíveis para o prosseguimento das investigações e apuração da autoria delitiva.

As circunstâncias que envolveram a detenção do investigado, isto é, transportando, em plena madrugada, uma adolescente que sequer possuía o dinheiro necessário para o pagamento pela corrida pretendida, aliada ao fato de, ao terem acesso ao seu telefone, policiais

militares conseguirem visualizar imagens de adolescentes em situações que aparentavam conteúdo pornográfico, revelam razoável indício que justifica a concessão da medida representada pela Autoridade Policial. Ressalte-se que o investigado já responde por um processo de estupro de vulnerável.

Assim, a presente medida representada pela Autoridade Policial mostra-se necessária, na medida em que as informações constantes no aparelho celular do investigado são de extrema importância para a verificação dos delitos aventados no inquérito policial. Tais delitos normalmente são praticados em ambientes de privacidade e exclusividade. Daí porque, a verificação do celular poderá revelar importantes circunstâncias para o deslinde do caso em questão.

Lado outro, deve se destacar que a busca pessoal é medida prevista no artigo 244 do Código de Processo Penal quando há fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Embora esse dispositivo não fale de dados telemáticos, haja vista o ano em que foi sancionado o Código Processual Penal, deve ser estendida a hipótese da busca ao aparelho telefônico, uma vez que o artigo 3º do referido Código admite a interpretação extensiva das normas nele reguladas. Mas mesmo assim, a Autoridade Policial optou por pleitear autorização da quebra por meio de ordem judicial. E, *in casu*, a quebra é necessária para a elucidação da grave circunstância objeto da suspeita da polícia.

Note-se que a manifestação do Iminente advogado do investigado ainda é prematura, na medida em que não se pode inaugurar um contraditório nesta fase absolutamente inicial. *Prima facie*, a apreensão do celular do investigado não ostenta ilegalidade, até porque

inserida no contexto da busca pessoal já devidamente fundamentada. Somente no decorrer da instrução criminal poderão ser verificados outros fatos e circunstâncias em relação a suscitada ilegalidade da apreensão. De igual forma, os delitos vislumbrados até aqui são de ação penal pública incondicionada.

Presentes, *in casu*, indícios suficientes para justificar a necessidade das medidas cautelares requeridas para a apuração da autoria, conforme representação da Douta Autoridade Policial, corroborada pela manifestação do *Parquet*.

Dessa forma, AUTORIZO, com fulcro no artigo 1º, parágrafo 4º, da Lei Complementar nº 105/01, a quebra do sigilo de dados pretendida a f. 36/37.

(Decisão de 11/09/2020 – doc. 000029)
(grifei)

Inicialmente, cumpre observar que o *habeas corpus* não questiona possível ilegalidade da abordagem policial pela ausência de fundada suspeita, tendo em vista que o paciente, como taxista, conduzia uma jovem como passageira, no banco traseiro do veículo, o que não significa que a referida abordagem não deva ser avaliada do ponto de vista jurídico, posto que dela resultaram os demais elementos que acarretaram a fundamentação da decisão de quebra do sigilo de dados telemáticos do aparelho de telefone apreendido.

O presente *writ* tem por objetivo a sustação da decisão que deferiu a quebra do sigilo dos dados telemáticos do paciente, derivada da apreensão do aparelho. A apreensão do aparelho, segundo os impetrantes, teria sido arbitrária, e a ação dos policiais militares de vasculhar seu conteúdo, injustificável. A ilegalidade da apreensão contaminaria a prova derivada, consistente na quebra do sigilo dos dados. Esse é o argumento dos impetrantes.

Examinada a decisão que determinou a quebra do sigilo, verifica-se que esse aspecto específico do caso foi objeto de pouquíssima indagação:

[...] Ressaltou a Autoridade Policial que o investigado teria mostrado aos policiais o andamento do referido processo em seu aparelho de telefone celular, oportunidade na qual notaram que havia algumas mensagens com fotos que pareciam ser de adolescentes de calcinha e sutiã, aparentando ter conteúdo de pornografia. [...]

(Trecho da decisão combatida)

Indaga-se: qual a ligação entre a exibição do andamento de um processo na tela do celular e o encontro das referidas mensagens com fotografias?

De que maneira os policiais, ao terem visto o andamento de determinado processo que, admitindo-se, só para argumentar, lhes teria sido exibido pelo paciente, possivelmente através de consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça (acesso público), chegaram a fotografias armazenadas no aparelho, na galeria de fotos ou no aplicativo *WhatsApp*?

Não há uma relação lógica entre a providência tomada pelo paciente, de acordo com a narrativa dos policiais militares, de exibir o andamento de um processo, e o encontro das evidências (fotos encontradas no celular) que teriam motivado a representação pela quebra de sigilo. Só é possível compreender como os policiais chegaram às fotografias concluindo que houve um acesso, não autorizado e indevido, a bancos de dados do telefone celular do paciente.

Note-se que o paciente aduziu que filmava a abordagem, e assim teve seu aparelho retirado abruptamente das mãos, já desbloqueado, acrescentando que também não autorizou a busca na galeria de fotos ou nas imagens arquivadas no aplicativo *WhatsApp* instalado em seu aparelho.

As circunstâncias em que o paciente foi abordado não levam, automaticamente, à consulta ao conteúdo do seu telefone. Não houve, por exemplo, uma apreensão de entorpecente, material esse que precisa ser procedente de determinado lugar, precisa ter sido entregue por certa pessoa, informações essas que possivelmente seriam encontradas no aparelho, o que poderia ter levado o paciente, num diálogo com os policiais, a admitir, espontaneamente, que estivesse transportando a droga, por exemplo, com o intuito de ser solto por colaborar com a investigação. Não se tratou disso. As circunstâncias em que o aparelho de telefone do paciente foi vasculhado não se encontram em relação lógica, não consistem desdobramento da sua abordagem quando transportava uma jovem, no banco traseiro do táxi, na Rua Visconde de Niterói, que apesar de ser próxima a uma favela, é de fluxo intenso, e normal, fazendo parte da malha urbana.

Por constatar que a apreensão do aparelho e a consulta ao seu conteúdo seguramente se deram de maneira arbitrária, no ato da prisão do paciente, e por concluir que a ilegalidade da apreensão desencadeia a ilegalidade da quebra de sigilo, dela derivada, este relator deferiu liminarmente a ordem, em decisão assim lavrada:

[...] A decisão do magistrado faz referência expressa ao fato de que os policiais tiveram acesso ao telefone do paciente ⁽¹⁾, consultando os dados, sem autorização judicial:

Ressaltou a Autoridade Policial que o investigado teria mostrado aos policiais o andamento do referido processo em seu aparelho de telefone celular, oportunidade na qual notaram que havia algumas mensagens com fotos que pareciam ser de adolescentes de calcinha e sutiã, aparentando ter conteúdo de pornografia.

Por outro lado, sendo o paciente motorista de táxi, conduzia passageira. Não poderia indagar

1 Duvidosa a afirmação dos policiais de que o próprio paciente apresentou seus antecedentes desabonadores, de maneira espontânea.

a idade e dependeria do aspecto físico da passageira a conclusão de que ela seria ou não menor de 18 (dezoito) anos. Daí porque não vislumbrei, ainda, fundada suspeita para que o veículo fosse abordado e submetido a revista vexatória, como narrado na exordial.

Mesmo que o paciente apresentasse seus antecedentes desabonadores aos policiais, tal não permitiria que outros dados fossem consultados pelos policiais. Assim, há sérios indícios de que a apreensão do celular se revela como uma possível prova ilícita, a teor do que consta na exordial. A consulta a dados telemáticos depende de autorização judicial. Nesse sentido: STJ – Quinta Turma – Rel. Min. FELIX FISCHER - RHC nº 92.009/RS - j em 10/04/2018 - DJe de 16/04/2018; STJ – Quinta Turma – Rel. Min. RIBEIRO DANTAS - RHC nº 90.276/MG - j em 13/03/2018 - DJe de 21/03/2018; STJ – Quinta Turma – Rel. Min. JORGE MUSSI - REsp nº 1.727.266/SC - j em 05/06/2018 - DJe de 15/06/2018.

O ilustre magistrado não apreciou a defesa do patrono no tocante aos fatos alegados, sob fundamento de que não seria oportuno o contraditório, na ocasião.

Como buscavam-se dados já consolidados em aparelho apreendido, não haveria risco de os dados serem apagados, destruídos, deletados, por quem quer que seja, deveria, *data venia*, ser aplicado o artigo 282 § 3º do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019 ⁽²⁾, que dispôs que

2 Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

somente se defere cautelar *inaudita altera pars* se justificada a urgência ou o perigo de ineficácia da medida.

O *habeas corpus* permite o exame da legalidade na colheita da prova: STJ: RHC n° 61.367 – RJ, Quinta Turma, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 27/02/2018; STF: HC n° 138.565 ED/SP – SÃO PAULO; Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 24/08/2018, Segunda Turma; HC n° 106.271/ES; Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 12/04/2011, Primeira Turma; HC n° 90.094/ES, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 08/06/2010.

Diante do exposto, entendo plausível, em exame perfunctório, sumário, como em qualquer antecipação jurisdicional, a alegação de ilicitude na apreensão do celular e no acesso aos seus dados, pelos policiais, na forma como descrito na inicial, o que não seria sanável pela decisão judicial *a posteriori*, omissa, *data venia*, quanto às alegações da defesa formuladas na ocasião.

O risco de mora mostra-se patente, pois afigura-se contraproducente a efetivação de prova pericial, com quebra de sigilo, com dispêndio de gastos públicos, que poderá ser invalidada pelas circunstâncias apontadas.

Defiro a liminar para sustar a quebra do sigilo de dados decretado pela autoridade coatora quanto ao aparelho celular do paciente, sem prejuízo da colheita de outras provas, não alcançadas por restrições constitucionais.

Oficie-se ao juízo, dando ciência da decisão ao órgão responsável pela quebra de sigilo e ao órgão do Ministério Público encarregado da investigação. Concomitantemente, requisitem-se as informações.

(Decisão liminar – doc. 000033)

Nas informações, a autoridade coatora pontuou que o encontro das imagens no aparelho de telefone, pelos policiais, consistiu em mera casualidade.

Não é hipótese da chamada serendipidade. O fenômeno chamado de serendipidade consiste em sair em busca de algo e encontrar outra coisa, que não se estava procurando, mas que pode ser ainda mais valiosa. (Superior Tribunal de Justiça, HC n° 218.858/SP – Sexta Turma – Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR – julgado em 06/03/2012).

A serendipidade ocorre quando, no curso de uma investigação lícita, se descobrem elementos de fatos criminosos que sequer eram conhecidos. É preciso, então, indagar por que o veículo do paciente, motorista de táxi, sem demonstração de qualquer fundada suspeita, teria sido abordado, interrogada a sua passageira e, em seguida, submetido o paciente a uma revista?

Nenhum motorista de táxi pede a identificação dos seus passageiros, e uma mulher de quinze anos pode, perfeitamente, pela sua compleição física, passar por maior de 18 (dezoito) anos. Qual seria o crime do paciente nessas circunstâncias, de madrugada, ante uma passageira sozinha que pede para ser levada a uma favela, aduzido não ter dinheiro suficiente para pagar a corrida, e por isso acaba sendo convidada para relações sexuais por dinheiro⁽³⁾, como a Procuradoria Geral de Justiça reconhece?

Em nenhum momento os policiais justificam por que resolveram parar o veículo, que trafegava normalmente em uma via pública da cidade. Não havia uma blitz no local, parando inúmeros veículos aleatoriamente.

3 *fornicatio ad pecunia*. – os romanos distinguiam perfeitamente os diversos intercurso sexuais que poderiam ocorrer. Havia a *fornicatio simplex*, quando dois adultos capazes resolviam manter relações sexuais, sem qualquer impedimento. A *fornicatio ad pecunia* dizia respeito a retribuição ou presente de um dos parceiros ao outro, que não precisava ser em dinheiro e, às vezes, oriunda do afeto motivado ou já existente. Distingua-se da prostituição que se configurava: “*palam sine delectu pecuna accepta*” – oferecendo-se publicamente, sem preferências, por dinheiro.

Ainda que assim não fosse, isto é, admitindo-se, só para argumentar, como faz a ilustre Procuradoria da Justiça, que no viaduto da Mangueira qualquer veículo pode ser parado, havendo uma situação permanente de fundada suspeita na forma do artigo 244 do Código de Processo Penal, não vejo como se possa entender como mera casualidade um encontro de imagens em um telefone celular por policiais militares, após uma “suposta liberalidade do paciente”, que teria exibido o andamento de um processo aos mesmos. Um fato não desencadeia, logicamente, o outro, sendo necessário que, entre esses dois acontecimentos, tenha havido uma ação de vasculhar a galeria e as imagens de *WhatsApp* do aparelho. Ação essa que, naquele contexto, seguramente o paciente não teria motivos para permitir.

A narrativa do policial militar R.C.O. na Delegacia não contém a suposição feita pelo Procurador Geral de Justiça, como se depreende da transcrição a seguir:

Relata o comunicante que hoje 19/08/2020, por volta das 00h, estava em patrulhamento de rotina quando avistaram um táxi, TOYOTA COROLA na Av. Visconde de Niterói, em cima do Viaduto da Mangueira, placa AAA-xxx; Que o comunicante e a guarnição efetuaram a abordagem do veículo; Que após revista foram encontrados remédios para impotência sexual; Que dentro do veículo estava o condutor que se identificou como P.A.F.e, no banco do carona havia uma passageira que disse se chamar A. e que tinha 15 anos; Que A. não apresentou documento de identificação; Que A. relatou que entrou no táxi na Mangueira com destino ao Jacaré e ia pagar R\$ 20,00 reais pela corrida; Que segundo ela P. queria pagar R\$ 70,00 reais para fazer sexo com ela; Que A. disse que não faria e P. insistiu; Que ao ser indagado a esse respeito, P. disse que não fez nada disso; Que após sarq, verificou-se que P. tinha passagem

por estupro de vulnerável; Que P. disse que tinha o andamento do processo no celular e liberou o acesso ao declarante; Que o comunicante disse que havia algumas mensagens com fotos que pareciam ser adolescentes de calcinha e sutiã, aparentando ter conteúdo de pornografia, mas após o telefone bloquear, P. não quis liberar mais o acesso ao seu telefone; Que o comunicante conduziu P. e A. para a delegacia para as providências cabíveis.

(Declarações prestadas pelo policial militar – consulta às peças eletrônicas do inquérito 0164348-32.2020.8.19.0001 no sítio eletrônico deste Tribunal de Justiça)

Com a devida vênia, a legalidade da atuação estatal, no Estado Democrático de Direito, deve ser aferível de plano, diante da documentação dos atos, por simples análise. Não se pode acrescentar a documentos determinadas informações que, caso lá estivessem desde o princípio, tornariam legal o que, sem as mesmas, é de duvidosa legalidade.

Fato é que o policial militar em momento algum justificou o encontro das fotografias no aparelho de telefone. Não indicou os meios pelos quais chegou a elas. Não disse que elas apareceram na tela como “*pop-ups*”. Não mencionou que o paciente teria, jocosamente, tomado a iniciativa de comentar a respeito de sua existência. Não há qualquer informação nesse sentido.

Ao contrário, o que se conclui, a partir dos elementos que instruem o presente *habeas corpus*, é que o paciente foi objeto de uma “*fishing expedition*”, isto é, uma diligência policial que não partia de evidências da prática do crime de manter imagens de pornografia em dispositivo de informática, mas, ao contrário, que visava encontrar evidências do cometimento de algum crime, evidências essas que, até então, inexistiam.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou, reiteradas vezes, pela

ilegalidade do acesso ao conteúdo de *smartphones* por policiais, no momento da abordagem:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. ILICITUDE DAS PROVAS. FONTES AUTÔNOMAS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores entende serem ilícitas as provas obtidas a partir do exame de dados constantes de aparelho celular em mensagens de texto SMS e conversas por meio de programas ou aplicativos de troca instantânea de mensagens, como o *WhatsApp*, sem autorização.

2. Neste caso, verifica-se que o acesso às informações contidas no celular do agravante se deu sem prévia autorização judicial, tornando ilícita as provas obtidas a partir desse procedimento, de modo que devem ser desentranhadas dos autos, bem como as daí derivadas.

3. Entretanto, essa providência não repercute na condenação do agravante. Conforme destacaram as instâncias antecedentes, havia prévia investigação por parte da delegacia especializada, buscando apurar o envolvimento do agravante e do corréu com o comércio ilícito de entorpecentes. As autoridades policiais informaram que já detinham informações dando conta da prática conjunta do comércio de entorpecentes e, a partir dessas informações, os agentes policiais realizaram diligência e prenderam em flagrante os agentes.

4. Portanto, ainda que se reconheça a ilicitude das provas obtidas por meio do exame dos dados contidos no aparelho celular do agravante, não é possível, por esta via, invalidar o restante do conjunto probatório, obtido de maneira autônoma, antes mesmo do acesso indevido às informações protegidas armazenadas no dispositivo de telefonia móvel.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC nº 580.795/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020) (grifei)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO AOS DADOS DO APARELHO CELULAR DO CORRÉU. AUSÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL. ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DESSA MEDIDA. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior já se manifestaram que "É ilícita a prova obtida pelo acesso direto dos agentes policiais, sem prévia autorização judicial, a mensagens de texto SMS, conversas mantidas por meio de aplicativos (como é o caso do *whatsapp*) ou mensagens trocadas por correio eletrônico e registradas em aparelho celular".

2. Hipótese em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por decisão unânime, absolveu o paciente e corréu da imputação do delito de associação para o tráfico de drogas, uma vez que reconhecida a falta de comprovação do vínculo subjetivo entre os agentes e a ilicitude da prova colhida no celular do corréu, sem autorização judicial. Estando apoiada a condenação pelo delito do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, exclusivamente nessa prova reconhecidamente ilegal, impõe-se a absolvição do paciente.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC nº 516.857/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 12/05/2020, DJe 18/05/2020) (grifei)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR (MENSAGENS DO

APLICATIVO *WHATSAPP*) DURANTE A PRISÃO EM FLAGRANTE.

AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE DAS PROVAS.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. CONCESSÃO.

RECURSO PROVIDO.

I - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova oriunda do acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (*WhatsApp*), obtidos diretamente pela polícia no momento da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial.

II - *In casu*, os policiais civis obtiveram acesso aos dados (mensagens do aplicativo *WhatsApp*) armazenados no aparelho celular do corréu, no momento da prisão em flagrante, sem autorização judicial, o que torna a prova obtida ilícita, e impõe o seu desentranhamento dos autos, bem como dos demais elementos probatórios dela diretamente derivados.

III - As instâncias ordinárias fundamentaram a prisão preventiva do recorrente nos indícios de materialidade e autoria extraídos a partir das conversas encontradas no referido celular, indevidamente acessadas pelos policiais, prova evidentemente ilícita, o que impõe a concessão da liberdade provisória.

Recurso ordinário provido para determinar o desentranhamento dos autos das provas obtidas por meio de acesso indevido aos dados armazenados no aparelho celular, sem autorização judicial, bem como as delas diretamente derivadas, e para conceder a liberdade provisória ao recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão preventiva, desde que fundamentada em indícios de autoria válidos.

(RHC nº 92.009/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 16/04/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. FURTO E QUADRILHA.

APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO.

VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* PROVIDO.

1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei nº 9.296/1996 nem pela Lei nº 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - *WhatsApp*).

2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ.

3. Recurso em *habeas corpus* provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos.

(RHC nº 89.981/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 05/12/2017, DJe 13/12/2017) (grifei) PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.

NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO, TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. DADOS ARMAZENADOS NO APARELHO CELULAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI Nº 9.296/96.

PROTEÇÃO DAS COMUNICAÇÕES EM FLUXO. DADOS ARMAZENADOS. INFORMAÇÕES RELACIONADAS À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE. INVOLABILIDADE. ART. 5º, X, DA CARTA MAGNA. ACESSO E UTILIZAÇÃO. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DA LEI Nº 9.472/97 E DO ART. 7º DA LEI Nº 12.965/14.

TELEFONES CELULARES APREENDIDOS EM CUMPRIMENTO A ORDEM JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. DESNECESSIDADE DE NOVA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ANÁLISE E UTILIZAÇÃO DOS DADOS NELES ARMAZENADOS. REVOGAÇÃO OU RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA.

PREJUDICIALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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 - O sigilo a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição da República é em relação à interceptação telefônica ou telemática pro-

priamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos. Desta forma, a obtenção do conteúdo de conversas e mensagens armazenadas em aparelho de telefone celular ou smartphones não se subordina aos ditames da Lei nº 9.296/96.

III - Contudo, os dados armazenados nos aparelhos celulares decorrentes de envio ou recebimento de dados via mensagens SMS, programas ou aplicativos de troca de mensagens (dentre eles o "*WhatsApp*"), ou mesmo por correio eletrônico, dizem respeito à intimidade e à vida privada do indivíduo, sendo, portanto, invioláveis, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. Assim, somente podem ser acessados e utilizados mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.472/97 e do art. 7º da Lei nº 12.965/14.

IV - A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos ("*WhatsApp*"), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel.

V - No presente caso, contudo, não se trata de aparelhos celulares apreendidos no momento do flagrante, uma vez que os telefones móveis foram apreendidos em cumprimento a ordem judicial que autorizou a busca e apreensão nos endereços ligados ao paciente e aos demais corréus.

VI - Se ocorreu a busca e apreensão da base física dos aparelhos de telefone celular, ante a relevância para as investigações, *a fortiori*, não

há óbice para se adentrar ao seu conteúdo já armazenado, porquanto necessário ao deslinde do feito, sendo prescindível nova autorização judicial para análise e utilização dos dados neles armazenados.

VII - Tendo em vista que a prisão preventiva do paciente foi relaxada pelo d. Juízo de primeiro grau em 19/12/2016, resta prejudicado o pedido de revogação da custódia cautelar. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC nº 372.762/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017) (grifei)

Como se vê, o conteúdo do aparelho celular do paciente, consistente em mensagens de texto, imagens, documentos de texto e outros, constitui projeção do direito constitucional à intimidade, previsto no artigo 5º inciso X da Constituição da República, e não pode ser objeto de invasões não autorizadas, levadas a efeito no momento da abordagem policial – até porque, repita-se, o contexto em que se deu a abordagem não sugeria, de modo algum, que o paciente estivesse mantendo imagens pornográficas no aparelho.

A decisão que determinou a quebra do sigilo de dados telemáticos do paciente está, assim, contaminada pela ilegalidade da apreensão do aparelho, e até mesmo pela abordagem sem que houvesse uma fundada suspeita, porque a obtenção dos dados será uma prova derivada de uma conduta evidentemente abusiva. Nesse sentido vale citar arestos do Superior Tribunal de Justiça: (HC nº 459.824/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 22/04/2019); HC nº 442.363/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 02/08/2018, DJe 05/09/2018).

Some-se a isso que a decisão de quebra do sigilo de dados telemáticos está também eivada de ilegalidade pela não demonstração

da indispensabilidade da prova, ou seja, da impossibilidade de utilização de meios menos invasivos para a investigação do paciente. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: HC nº 191.378/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 15/09/2011, DJe 05/12/2011.

Aliás, toda e qualquer cautelar atualmente, desde que não seja urgente e que não haja perigo de perda da sua eficácia, deve merecer, antes do seu deferimento, a manifestação da parte contrária (artigo 282 § 3º do Código de Processo Penal com redação dada pela Lei nº 13.964/2019). No caso, os dados contidos no aparelho celular já apreendido não poderiam ser alterados, modificados ou deletados da memória do aparelho. Não haveria impedimento em se cumprir o dispositivo legal, que o Juiz contrariou, sem justificativa razoável, agindo, *data venia*, em ofensa ao sistema acusatório, decidindo sem ouvir previamente a defesa técnica, em prejuízo do réu, de forma a comprometer a prestação jurisdicional.

Consequentemente, restou demonstrado o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, consistente na apreensão do seu aparelho de telefone, a contaminar a prova dela derivada, a saber, a obtenção de dados armazenados na memória do *smartphone*.

Diante do exposto, voto pela concessão da ordem, consolidando-se a liminar deferida, anulando-se a decisão que decretou a quebra do sigilo de dados telemáticos do aparelho de telefone do paciente, porque derivada e motivada no acesso indevido aos dados armazenados no aparelho celular, sem autorização judicial, sem prejuízo da investigação por outros meios não invasivos ou restritos a decisão judicial prévia, conforme disposto na Constituição da República.

É como voto.

RIO DE JANEIRO, 25 DE FEVEREIRO DE 2021.
DES. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO
RELATOR

LICITAÇÃO PÚBLICA. SECRETARIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO RJ. DESVIO DE RECURSOS FINANCEIROS. “OPERAÇÃO PÃO NOSSO”. REMESSA DOS AUTOS DA AÇÃO PENAL PARA A JUSTIÇA FEDERAL. INCONFORMISMO. CORRETA DECISÃO. MANUTENÇÃO.

EMENTA

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – IRRESIGNAÇÃO COM O *DECISUM* QUE REMETEU OS AUTOS DA AÇÃO PENAL EM DESFAVOR DO RECORRENTE PARA O JUÍZO FEDERAL – ALEGAÇÃO DE QUE AS INVESTIGAÇÕES QUE RESULTARAM AS AÇÕES PENAIS NO JUÍZO ESTADUAL E FEDERAL SÃO DISTINTAS E QUE SE TRATAM DE CRIMES INDEPENDENTES – ARGUMENTAÇÃO DO RECORRENTE QUE NÃO MERECE ACOLHIDA – FATOS IMPUTADOS AO RECORRENTE E OUTROS 26 (VINTE E SEIS) CORRÉUS ATINENTES A FRAUDES EM LICITAÇÕES PÚBLICAS E DESVIO DE RECURSOS FINANCEIROS ORIUNDOS DE CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EMPRESAS PRIVADAS E A SECRETARIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, E QUE TAMBÉM ESTÃO RELACIONADOS A APURAÇÃO DE CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO, CORRUPÇÃO ATIVA/PASSIVA EM AÇÕES PENAIS TRAMITANDO NO JUÍZO FEDERAL – CONEXÃO PATENTE – NECESSIDADE DE SE EVITAR DUPLA ATIVIDADE PROBATÓRIA E DECISÕES CONFLITUOSAS – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 76 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA SÚMULA Nº 122 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PLEITO DE APLICABILIDADE DO ARTIGO 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE DEVE SER DEDUZIDO NO JUÍZO FEDERAL – DESPROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0200729-

39.2020.8.19.0001, em que é Recorrente Bernardo Safady Kaiuca e Recorridos Evandro Gonzalez Lima, Delisa de Sá Herdem Lima, Mônica de Sá Hardem e 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, na forma do voto do Des. Relator.

RELATÓRIO

Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Bernardo Safady Kaiuca (índex 02/03 e 49/50) irresignado com a sentença da MM. Juíza de Direito da 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ (índex 41/47) que julgou procedente a Exceção de Incompetência e Litispêndência e determinou a remessa dos autos da ação penal nº 0054184-68.2018.8.19.0001 para o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, em razão do reconhecimento da ocorrência de litispêndência com a ação penal nº 0055758-62.2018.4.02.5101 tramitando na esfera federal.

O Recorrente, em seu arrazoado (índex 51/61), sustenta, em síntese, que as investigações que resultaram as ações penais no Juízo Estadual e Federal são distintas e tratam de crimes independentes, inexistindo riscos de sentenças contraditórias, pelo que requer reformar a r. sentença mantendo a Justiça Estadual como competente para julgar e processar a ação penal nº 0054184-68.2018.8.19.0001 ou a aplicação da previsão contida no artigo 80 do Código de Processo Penal.

Os 1º, 2º e 3º Recorridos apresentaram suas contrarrazões (índex 64/66) no sentido da manutenção da sentença adversada.

O 4º Recorrido, o Ministério Público, apresentou suas contrarrazões (índex f. 95/113) opinou no sentido da manutenção do *decisum* combatido.

O juízo de retratação foi exercido (índex 123) e mantida a sentença recorrida pelos seus próprios fundamentos.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça a f. 261/266, no sentido de ser conhecido e desprovido o recurso interposto.

É o relatório.

VOTO

Inconformado com a sentença da MM. Juíza de Direito da 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ (índex 41/47) que julgou procedente a Exceção de Incompetência e Litispêndência e determinou a remessa dos autos da ação penal nº 0054184-68.2018.8.19.0001 para o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, em razão do reconhecimento da ocorrência de litispêndência com a ação penal nº 0055758-62.2018.4.02.5101 tramitando na esfera federal, interpõe Bernardo Safady Kaiuca, ora Recorrente, o presente Recurso em Sentido Estrito.

Alega o Recorrente que as investigações que resultaram as ações penais no Juízo Estadual e Federal são distintas e tratam de crimes independentes, inexistindo riscos de sentenças contraditórias, pelo que requer reformar a r. sentença mantendo a Justiça Estadual como competente para julgar e processar a ação penal nº 0054184-68.2018.8.19.0001 ou a aplicação da previsão contida no artigo 80 do Código de Processo Penal.

O *decisum* adversado foi posto nos seguintes termos (excertos), *in verbis*:

“... Inicialmente, verifica-se que a ação principal em trâmite neste Juízo (nº 0054187-68.2018.8.19.0001) foi fruto de investigação conduzida pelo Ministério Público Estadual (Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção, GA ECC/ RJ) iniciada em meados de 2017. A persecução criminal teve como escopo revelar indícios de fraude em licitações públicas e desvio de recursos financeiros oriundos de contratos celebrados entre empresas privadas e a SEAP. Tais con-

tratos (cujos detalhes constam da decisão de recebimento da inicial acusatória) tinham como objeto a utilização de mão de obra dos presos de determinadas unidades prisionais para fabricação de pão e derivados. Após a vinda das informações e continuidade das investigações pelo órgão acusador, o Ministério Público propôs a ação penal, cujos fatos e fundamentos dizem respeito, em síntese, a injustos penais de fraude à licitação e delitos contra a administração pública, cuja competência, na análise inicial deste Juízo, seria da justiça Estadual. Após a juntada das defesas de parte dos réus nos autos principais, restou convencido este Juízo que a investigação em sede estadual se trata de ramificação daquele iniciada nos autos nº 0055758-62.2018.4.02.5101 em trâmite na 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, havendo inclusive similaridade entre parte dos réus. Ainda que assim não fosse, analisando as condutas supostamente perpetradas pelo núcleo operador financeiro, em especial "Núcleo Evandro Lima", composto por Evandro Gonzales Lima, Delisa Herdem Lima e Monica Herdem (conforme consta da investigação, atuavam como responsáveis por coordenarem uma rede de pessoas naturais e jurídicas para desviar recursos transferidos da OSCIP INICIATIVA PRIMUS, cujo prejuízo girou em torno de R\$ 9.600.000,00) e "Núcleo Sérgio Roberto", composto pelos acusados Sérgio Roberto Pinto da Silva, Gabriela Paolla Marcelo Barreiros, Ivan Angelo Labanca Filho e Willian Antonio de Souza (lastreado documentação da investigação realizada, estes teriam desviados em conjunto com o 12º réu (Julio Cesar Ramos) com a ciência o 10º réu (Carlos Felipe da Costa Almeida de Paiva Nascimento) a quantia de aproximadamente R\$ 21.379.900,00 dos cofres da SEAP. Aponta a inicial que o valor

desviado corresponde a pagamentos realizados em favor de pessoas físicas que atuariam como "Iaranjas" do réu Sérgio Roberto Pinto da Silva e em favor também de pessoas jurídicas, como as empresas Wian Viagens e Turismo Ltda e Wian Intermediação Financeira Ltda, cujo sócio administrador aparece como sendo o réu Willian Antonio de Souza, sem que houvesse a devida contraprestação em bens ou serviços), percebe-se assim, diante de tais imputações, nítidas condutas buscando ocultar a origem ilícita dos recursos e o dolo específico em integrá-lo, como legítimo no sistema financeiro (através de serviços inexistentes). Nesse sentido, sobretudo após a apresentação das defesas e as informações da existência do referido processo na Justiça Federal, restou nítida a conexão com supostas condutas que se amoldariam à "lavagem" de capitais em face do sistema financeiro, cuja competência seria da Justiça Federal, nos termos do artigo 2º, III, "a" da Lei nº 9.613/98. Destaca-se ainda que ao consultar a classe do O processo dito como preventivo na Justiça Federal (nº 0055758-62.2018.4.02.5101) no portal eletrônico <http://procweb.jfri.ius.br/portal/consultairesconsproc.asp>, verifica-se a imputação de crime de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro nacional. ... *omissis* ... Em que pese a investigação apurar também outros crimes praticados por funcionários públicos, é certo que estes guardam conexão com o crime em face do sistema financeiro (cuja investigação estadual é ramificação do inquérito federal), logo, a competência da Justiça Federal atrai para si os demais crimes, neste sentido a Súmula nº 122 do STJ: "Compete a Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência Federal e Estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, "a", do Código de Processo Penal." Nessa linha de

pensamentos, reconheço a exceção, dando provimento para determinar a remessa dos autos principais e seus anexos para o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. ..." (índex 41/47).

Da leitura do *decisum* acima, bem como revolvendo os autos, extrai-se que o ora Recorrente e outros 26 (vinte e seis) corréus foram denunciados, em razão de investigações realizadas pelo Ministério Público Estado do Rio de Janeiro em conjunto com o Ministério Público Federal, na denominada "Operação Pão Nosso", imputando a eles supostas práticas criminosas realizadas nas etapas de licitação e de execução do Termo de Parceria nº 01/2010 entre a Secretaria Estadual de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro (SEAP) e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público OSCIP – INICIATIVA PRIMUS.

Na esfera estadual, a persecução criminal teve como escopo revelar indícios de fraude em licitações públicas e desvio de recursos financeiros oriundos.

De outra banda, na esfera federal foram ofertadas duas denúncias relativas aos fatos descritos na denominada "operação pão nosso", uma buscando a apuração de delitos de lavagem de dinheiro e outra englobando, além do crime de lavagem de dinheiro, os crimes de corrupção ativa/passiva e de organização criminosa, todas oriundas, repita-se, dos fatos investigados na mencionada "operação pão nosso".

Em que pese o esforço argumentativo do Recorrente, certo é que os fatos que originaram a outrora ação penal que se julgava na esfera estadual e as ações que tramitam na Justiça Federal dizem respeito ao mesmo ocorrido, sendo que a circunstância de o nome do ora Recorrente não ter constado nas peças inaugurais do *parquet* federal resta desimportante para afastar a conexão entre eles.

A bem da verdade, os fatos ensejadores da persecução penal, quer na esfera estadual, quer

na federal, inequivocamente, são provenientes da mesma “fonte”, se me afigurando cristalina a conexão entre os fatos a serem apurados, na forma preconizada pelo artigo 76 do Código de Processo Penal.

Veja-se que os crimes de lavagem de dinheiro em apuração na esfera federal, ainda que seu julgamento independa do crime antecedente, ex vi artigo 2º da Lei nº 9.613/98, certo é que necessitar-se-ia, ao menos, uma prova convincente do delito antecedente, para que pudesse lastrear o juízo de reprovação e, neste sentido, a produção de provas por juízos distintos ensejaria além de uma dupla atividade probatória, uma na justiça estadual e outra na federal, a possibilidade inequívoca de decisões conflitantes.

Sobre a *quaestio*, leciona o Professor Renato Brasileiro¹, *in verbis*:

“... Em determinadas circunstâncias, em virtude da íntima ligação entre dois ou mais fatos delituosos, ou entre duas ou mais pessoas que praticaram um mesmo crime, apresenta-se conveniente a reunião de todos eles em um só processo, com julgamento único (*simultaneus processus*). Além de possibilitar a existência de um processo único, contribuindo para a celeridade e economia processual, a conexão e a continência permitem que o órgão jurisdicional tenha uma perfeita visão do quadro probatório, evitando-se, ademais, a existência de decisões contraditórias...”

Ademais, como bem posto na decisão adversada, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sumulado sobre a questão, rememore-se:

Súmula nº 122 do STJ: "Compete a Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência Federal e Estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, "a", do Código de Processo Penal."

1 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8 ed. Salvador. Ed. JusPodivm, 2020. p. 638

No que concerne à aplicação da previsão do artigo 80 do Código de Processo Penal, resta incabível neste recurso o acolhimento desta pretensão do Recorrente, visto que diante da remessa dos autos ao Juízo Federal é este o competente para apreciação da conveniência da separação dos processos.

Deste modo, não merece acolhida o recurso interposto.

Voto, pois, em conhecendo do recurso, no sentido de a ele negar provimento.

RIO DE JANEIRO, 18 DE MARÇO DE 2021.
DES. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO
RELATOR

ROUBO MAJORADO. EXTORSÃO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. LEI Nº 13.964/2019. AUSÊNCIA DE REAVALIAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DENTRO DO PRAZO DE 90 DIAS NÃO ACARRETA ILEGALIDADE E RELAXAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO, EXTORSÃO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ARTIGOS 157, § 2º, II, V, § 2ª-A, I E 158 C/C 288, TODOS DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONSUBSTANCIADO NA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E NO EXCESSO DE PRAZO DA INSTRUÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. ERGASTULO QUE SE ENCONTRA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. *HABEAS CORPUS* ANTERIORES, RELATIVOS AOS CORRÉUS, QUE JÁ APRECIARAM E VALIDARAM OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO. PRISÃO QUE SE ENCONTRA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PRESENÇA DE *FUMUS COMISSI DELICTI* E *PERICULUM LIBERTATIS*. REVISÃO DO JULGADO ERGASTULAR NO PRAZO DE NOVENTA DIAS. PRAZO QUE NÃO É PEREMPTÓRIO. NECESSIDADE DE SE INSTAR O JUÍZO À REVISÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS RECENTÍSSIMOS.

EXCESSO DE PRAZO INOCORRENTE. EFEITOS DA PANDEMIA SOBRE O ANDAMENTO DO PROCESSO QUE NÃO PODEM SER IMPUTADOS AO ESTADO-JUIZ. PRECEDENTES DE NOSSAS CORTES SUPERIORES. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. ENUNCIADO 52 DAS SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0006205-11.2021.8.19.0000, em que é Impetrante o Dr. Félix Oliveira dos Santos – OAB/RJ e, paciente Lucilene da Silva Thomaz e Autoridade Coatora o Juízo de Direito 3ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias,

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõem a Colenda Quarta Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, mencionados na minuta de julgamento, por unanimidade, em conhecer e denegar a ordem, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor da paciente acima nominada, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias (indexador 00002 do processo eletrônico).

Aduz o impetrante, em síntese, que a paciente foi denunciada por suposta infração à norma do artigo 157, § 2º, II, V, § 2ª-A, I e 158 c/c 288, todos do Código Penal. Inicialmente, a paciente teve sua prisão temporária decretada. Posteriormente, a prisão preventiva foi decretada em decisão datada de 27/11/2019, de lavra da i. Dra. DANIELLE LIMA PIRES BARBOSA, assim grafada:

“1 - O Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor dos acusados Wallace da Silva, Jefferson Nascimento Filho, Luciene da Silva

Thomaz, Cleber Vinicius Moraes Agapito, Diego da Silva Santos, André Porciano de Melo, Christian Pinheiro Santos, Vandecir da Silva, Josilaine Maria da Silva, Kelson Aleff Honorato da Silva, Iago Vieira do Nascimento, Maurício Tiengo, William Monteiro de França. Foi imputado aos acusados Wallace da Silva, Jefferson Nascimento Filho, Cleber Vinicius Moraes Agapito, Diego da Silva Santos, André Porciano de Melo, Vandecir da Silva, Josilaine Maria da Silva e Christian Pinheiro Santos a prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, II, V e § 2ª-A, I, artigo 159, todos do Código Penal. Foi imputado aos acusados Jefferson Nascimento Filho e Luciene da Silva Thomaz a prática do crime previsto no artigo 158 do Código Penal. Foi imputado aos acusados Wallace da Silva, Jefferson Nascimento Filho, Cleber Vinicius Moraes Agapito, Luciene da Silva Thomaz, Diego da Silva Santos, André Porciano de Melo, Kelson Aleff Honorato da Silva, Iago Vieira do Nascimento, Maurício Tiengo, Vandecir da Silva, Josilaine Maria da Silva, William Monteiro de França e Christian Pinheiro Santos a prática do crime previsto no artigo 288 do Código Penal. Inicialmente é certo que estão presentes os pressupostos de validade do processo, bem como as condições da ação, inclusive a justa causa, consubstanciada em prova da materialidade e indícios mínimos de autoria, que emergem dos elementos informativos colhidos em sede inquisitorial (art. 395, II e III, CPP). Outrossim, o órgão ministerial logrou expor o fato criminoso de forma circunstanciada, de modo a permitir aos acusados o exercício de seu direito constitucional à ampla defesa, previsto no artigo 5º, LV da Constituição da República, conforme determina o artigo 41 do Código de Processo Penal (art. 395, I, do CPP). Sendo assim, não havendo fundamento para a rejeição da peça acusatória (art. 395, CPP), recebo a denúncia oferecida pelo Ministério

Público, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal. Cite-se o acusado para que apresente resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias, nos termos dos artigos 406 do Código de Processo Penal. Caso o acusado não apresente a referida defesa no prazo legal, mesmo tendo sido citado pessoalmente, fica nomeada, desde já, a Defensoria Pública para fazê-lo, na forma do art. 408 do CPP, em novo prazo de 10 (dez) dias. Indefiro, por ora, o requerimento do MP, quanto à FAC, eis que se trata de diligência possível ao referido órgão. Defiro as demais diligências requeridas. 2 - Requer o Ministério Público, a f. 673/674, pela decretação da prisão preventiva dos acusados, com escopo nos artigos 311 e 312 do CPP. Impende ressaltar que para a decretação da segregação cautelar é necessária a presença dos requisitos previstos nos artigos 282, § 6º, 312 e 313 do Código de Processo Penal, bem como do Princípio da Homogeneidade entre a prisão cautelar e a pena privativa de liberdade. A presente denúncia narra a dinâmica dos crimes de roubo majorado, extorsão e extorsão mediante sequestro, previstos nos artigos 157, § 2º, II e § 2º-A, I e artigo 158 e artigo 159 todos do Código Penal, praticados contra a vítima Jorge Inácio da Cunha Pacheco, proprietário de lojas de fornecimento de comidas para animais, descrevendo a conduta e envolvimento de cada um dos réus. Sendo certo que a vítima teria sido sequestrada no dia 05/09/2019 pelos denunciados André Porciano, Diego da Silva, Christian Pinheiro, Wallace da Silva, Jefferson Nascimento, Cleber Vinicius, Vandecir da Dilva e Josilaine Maria, passando a ameaçá-la e exigir a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) como condição ou preço de resgate, oportunidade em que os denunciados subtraíram, com o emprego de arma de fogo, bens de propriedade da vítima. Segundo a exordial, a vítima, após ser liberada por seus

sequestradores, passou a ser constrangida pelos denunciados Jefferson Nascimento e Luciene da Silva, mediante grave ameaça de morte a efetuar o pagamento da quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais). Por fim, de acordo com o Ministério Público, os denunciados estariam, de forma estável e permanente associados para a prática de crimes. Desta forma, há veementes indícios (*Fumus Commisii Delicti*) de que os indiciados teriam praticado os crimes descritos na denúncia. Por sua vez, o perigo de se colocar ou manter os denunciados em liberdade (*Periculum Libertatis*) consubstancia-se na possibilidade de afronta à ordem pública (art. 312, CPP), uma vez que a ausência de acautelamento dos acusados pode causar prejuízos à instrução processual. Ressalta-se que a custódia preventiva dos acusados é conveniente, visando prevenir ameaças à colheita de provas, uma vez que, ante os fatos relatados, poderão influenciar no ânimo das testemunhas, inviabilizando a plena realização da justiça. Além disso, deve ser ressaltado que a vítima foi ameaçada durante todo o curso da investigação, sofrendo inclusive nova tentativa de sequestro, sendo evidente a possibilidade de reiteração criminosa, o que justifica, portanto, a segregação cautelar. Por fim, encontra-se presente o requisito previsto no inciso I do artigo 313 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o crime em epígrafe possui pena máxima superior em muito a 4 anos. Frise-se, ainda, que, analisando atentamente o rol das medidas cautelares diversas da prisão constante do artigo 319 do Código de Processo Penal, não há, neste momento e neste caso, qualquer medida a ser imposta com efetividade. Pelas razões alinhadas, decreto a prisão preventiva dos denunciados Wallace da Silva, Jefferson Nascimento Filho, Luciene da Silva Thomaz, Cleber Vinicius Moraes Agapito, Diego da Silva Santos, André Porciano de Melo,

Christian Pinheiro Santos, Vandecir da Silva, Josilaine Maria da Silva, Kelson Aleff Honorato da Silva, Iago Vieira do Nascimento, Maurício Tiengo, William Monteiro de França, na forma do art. 282, § 6º, c.c. artigos 312 e 313, I, todos do CPP. Expeça-Se o Mandado de Prisão, comunicando-se imediatamente à Polinter e ao CNJ para registro e assentamento. Fica consignado, para fins do disposto no inciso XII, do art. 3º da Resolução nº 137 do CNJ, que a data limite presumida para o cumprimento da ordem prisional será de 20 anos.”

Informa o impetrante, confusamente, que a paciente foi presa no dia 03/11/2019, e depois “em 07/10/2019, quando foi conduzido à sede da Delegacia Antissequestro (DAS)”. Adiciona que “no dia 27 de novembro de 2019, teve sua Prisão Temporária decretada. Contudo, no dia 26 de abril de 2019, convolou a Prisão Temporária em Prisão Preventiva” (*sic*).

Afirma o impetrante que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal por estar presa preventivamente há mais de 429 dias, por mais tempo que a lei permite. Argumenta ainda que a Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, deu nova redação ao artigo 316 do Código de Processo Penal, determinando que o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de manutenção a cada 90 dias, sob pena de tornar a prisão ilegal, caso dos autos, pois a última reavaliação da enxovia foi na citada data de 23/10/2019.

Sustenta que não há base para a manutenção do cárcere da paciente, já que esta cumpre exigências legais para a concessão da liberdade provisória, sendo tal agir “um direito e não uma faculdade do juízo”.

Giza que, a seu ver, não se encontram presentes os requisitos autorizadores da constrição ergastular elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, seja para garantia da ordem

pública, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, faltando, pois, fundamentação idônea ao ergástulo

Rememora que a paciente é primária e de bons antecedentes, além de ser mãe com filhos menores de 12 (doze) anos de idade.

Requer a concessão liminar da ordem para revogar-se a prisão preventiva imposta à paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura. Subsidiariamente, requer a substituição da prisão cautelar pelas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Inicial acompanhada dos documentos eletrônicos que a instruem.

A liminar foi indeferida nos termos da decisão de f. 14/18 do processo eletrônico.

Informações prestadas pela autoridade dita como coatora, conforme ofício de f. 20/24 do processo eletrônico, no qual fez detalhadíssima explanação do caso dos autos, informando que o feito se encontra no aguardo da apresentação das alegações finais de quatro réus, já tendo se encerrada a instrução criminal.

A douta Procuradoria de Justiça exarou parecer de lavra da Exma. Dra. ANA CÍNTIA LAZARY SEROUR, a f. 28/35 do processo eletrônico, manifestando-se pelo conhecimento e denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Presentes as condições da ação (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica) e pressupostos legais (órgão investido de jurisdição, capacidade recursal das partes e regularidade formal - forma escrita, fundamentação e tempestividade), a *habeas corpus* deve ser conhecido.

Aduz o impetrante, em resumo, a ocorrência de constrangimento ilegal consubstanciado na desnecessidade da prisão do paciente, denunciado por associação criminosa, ao argumento de ausência dos requisitos legais e excesso de prazo. Aponta como autoridade coatora o Juízo

de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias.

Entendo que não assiste razão ao impetrante.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a validade e legalidade do ergástulo já foram apreciadas por esta Corte no julgamento de vários Habeas Corpus referentes ao próprio paciente e aos corréus (nº 0081811-16.2019.8.19.0000, 0082618-36.2019.8.19.0000, entre outros) nos quais a ordem foi denegada, à unanimidade. Àqueles julgamentos nos reportamos, em fundamentação *per relationem*, a fim de evitar desnecessária e cansativa repetição.

Assim, presentes tanto o *fumus commissi delicti* quanto o *periculum libertatis*, não há qualquer ilegalidade na manutenção da prisão cautelar, sendo descabida a argumentação do impetrante de ausência dos requisitos ensejadores da prisão preventiva.

Além disso, diversamente do que parece entender o d. impetrante, o parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/19, apenas determina que o Juiz reexamine a permanência dos pressupostos fáticos que justificaram imposição da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias e não um prazo máximo para sua manutenção.

Desse modo, a ausência de reavaliação da medida cautelar extrema dentro do prazo de 90 (noventa) dias não acarreta, automaticamente, sua ilegalidade e conseqüente relaxamento da prisão.

Nesse sentido, o Enunciado nº 35 do CNPG (Conselho Nacional dos Procuradores Gerais): “O esgotamento do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 não gera direito ao preso de ser posto imediatamente em liberdade, mas direito ao reexame dos pressupostos fáticos da prisão preventiva. A eventual ilegalidade da prisão por transcurso do prazo não é automática, devendo ser avaliada judicialmente.”.

Igualmente, a Corte Superior de Justiça assim decidiu:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. POSSÍVEL LÍDER DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DE REAVALIAR A PRISÃO CAUTELAR A CADA 90 DIAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. PRAZO NÃO PEREMPTÓRIO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INDEFERIDO PLEITO LIMINAR NO *WRIT* ORIGINÁRIO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO LIMINARMENTE NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 691/STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. RECOMENDAÇÃO.

1. Firme o entendimento desta Corte Superior no sentido de não caber habeas corpus contra decisão que indefere liminar, a menos que fique demonstrada flagrante ilegalidade, nos termos do enunciado 691 da Súmula do STF.

2. Não sendo possível a verificação, de plano, de qualquer ilegalidade na decisão recorrida, deve-se aguardar a manifestação de mérito do Tribunal de origem, sob pena de se incorrer em supressão de instância e em patente desprestígio às instâncias ordinárias.

3. De todo modo, com o fim de assegurar que a prisão não se estenda por período superior ao necessário, configurando verdadeiro cumprimento antecipado da pena, a alteração promovida pela Lei nº 13.964/19 ao art. 316 do Código Penal estabeleceu que o magistrado revisará a cada 90 dias a necessidade da manutenção da prisão, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal.

4. Necessário, porém, assim como se deve proceder em relação a um ocasional excesso de prazo na formação da culpa, considerar que para o reconhecimento de eventual constrangimento ilegal pela demora no reexame obrigatório da custódia cautelar, exige-se uma

aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional.

5. Ora, é certo que em respeito ao princípio da dignidade humana, bem como ao da presunção de não culpabilidade, o reexame da presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva deve ser realizado a cada 90 dias, nos termos da novel norma processual. Contudo, não se trata de termo peremptório, isto é, eventual atraso na execução deste ato não implica automático reconhecimento da ilegalidade da prisão, tampouco a imediata colocação do custodiado cautelar em liberdade.

6. Agravo regimental não provido. Recomenda-se, entretanto, ao Juízo processante, que revise, imediatamente, a necessidade da manutenção da prisão, nos termos do que determina o art. 316 do Código de Processo Penal, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019. (AgRg no *Habeas Corpus* nº 577.645/MA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 26/05/2020, DJe 02/06/2020)

Tal posicionamento foi corroborado recentemente no alardeado caso da soltura do traficante “André do Rap”, no qual o colegiado do Supremo Tribunal Federal afirmou, à quase unanimidade (9 votos a um), que a violação ao artigo 316 do Código de Processo Penal não gera o direito automático a liberdade do réu, se presentes os requisitos da prisão. Deve-se, sim, instar o magistrado à reavaliação do ergástulo.

Quanto ao excesso de prazo alegado, também não assiste razão à defesa.

Como se sabe, os prazos impostos para a realização dos atos processuais não são absolutos. Ao contrário, são suscetíveis de algum alargamento, sem que isso caracterize constrangimento ilegal.

Afinal, esses prazos devem ser adequados não só à realidade atual, mas principalmente às peculiaridades de cada processo, a ponto de ser tolerável alguma demora na finalização da instrução.

Neste diapasão, o que torna ilegal a manutenção da prisão por tempo superior ao desejado é a demora injustificada na conclusão da instrução processual, ou na prolação da sentença. É a demora causada por ato negligente da autoridade judiciária, que não acontece por ato da própria parte, ou causado por providência que era do interesse dela, de sua defesa e do devido processo legal.

Nesse sentido se encaminha nossa jurisprudência:

0001169-56.2019.8.19.0000 - *HABEAS CORPUS* - Des(a). ANTONIO EDUARDO FERREIRA DUARTE - Julgamento: 29/01/2019 - QUARTA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, CONSUMADO E TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR E EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PREVISTAS NO ARTIGO 319 DA LEI PROCESSUAL PENAL. Deferimento. Inviabilidade. O decreto da prisão preventiva está devidamente fundamentado, tendo sido a custódia determinada para a garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da Lei Penal. A custódia cautelar foi mantida, igualmente de forma fundamentada, porque íntegros e inalterados os motivos que a justificaram. Ressalte-se que a ação penal vem tramitando regularmente, sem qualquer paralisação indevida, não havendo excesso de prazo a autorizar a soltura do paciente. Cabe destacar que a avaliação do excesso de prazo não pode ser feita através de mero cálculo aritmético, devendo o julgador exami-

nar as circunstâncias no caso concreto, sob o prisma da razoabilidade. Ademais, embora os prazos processuais, em regra, sejam absolutos, tal circunstância, entretanto, sucumbe diante da complexidade da causa e das dificuldades e peculiaridades de cada caso, exigindo-se, assim, maior flexibilidade quanto ao lapso temporal necessário para a instrução do feito, sendo este o caso dos presentes autos. Portanto, estando presentes indícios suficientes da materialidade e da autoria, nenhuma irregularidade existe na manutenção da prisão do paciente, especialmente quando regular e legalmente segregado. O eventual fato de o paciente ser primário, possuir bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, não é, por si só, fundamento para a sua pronta colocação em liberdade, notadamente em se tratando do delito de homicídio qualificado, crime extremamente grave, que tem causado repulsa e intranquilidade na sociedade e abalo na ordem pública. As demais questões suscitadas pela Defesa, relativas à prova, referem-se ao mérito da ação penal, exigindo a análise aprofundada dos autos, o que se revela inviável no âmbito do presente remédio constitucional, no qual não é permitida a dilação probatória. Cabe ressaltar que a hipótese não comporta a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, eis que a custódia do paciente se faz plenamente necessária, sendo adequada à gravidade dos crimes e às circunstâncias dos fatos. Por fim, a prestação jurisdicional se avizinha, não havendo justificativa para a soltura do paciente neste momento. Ordem denegada.

Em igual entendimento:

0063615-32.2018.8.19.0000 - *HABEAS CORPUS* - Des(a). ANTONIO JAYME BOENTE - Julgamento: 18/12/2018 - Primeira Câmara Criminal; 0016870-91.2018.8.19.0000 - *HABEAS CORPUS* - Des(a). MARIA ANGÉLICA GUIMARÃES GUERRA GUEDES - Julgamen-

to: 26/04/2018 - Sétima Câmara Criminal; 0069627-96.2017.8.19.0000 - *HABEAS CORPUS* - Des(a). SIRO DARLAN DE OLIVEIRA - Julgamento: 23/01/2018 - Sétima Câmara Criminal

Na mesma senda se firmou a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

HC N° 164.244 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL
AG.REG. NO *HABEAS CORPUS*

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 14/12/2018 Órgão Julgador: Primeira Turma Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. SUPOSTO EXCESSO DE PRAZO NO JULGAMENTO DE RECURSO. IMPROCEDÊNCIA. 1. Não há violação ao princípio da colegialidade quando o relator, utilizando-se da faculdade conferida pelo art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nega seguimento a pedido manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a razoável duração do processo deve ser aferida à luz da complexidade da causa, da atuação das partes e do Estado-Juiz. 3. Ação penal que tem tramitado de maneira regular, se consideradas as peculiaridades da causa pontuadas pelo Superior Tribunal de Justiça, com destaque para a natureza do processo, que envolve a condenação do paciente à pena de 13 anos e 6 meses de reclusão pela prática dos crimes de tráfico transnacional de drogas (21,78 Kg de cocaína) e associação para o tráfico, majorada pelo financiamento internacional da mercancia ilícita, circunstâncias que tornam razoável a dilação do prazo. 4. Inexistência de mora processual imputável ao

Poder Judiciário. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

Também: HC nº 163.661 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL - AG.REG. NO *HABEAS CORPUS* Relator(a): Min. LUIZ FUX - Julgamento: 30/11/2018 Órgão Julgador: Primeira Turma; HC nº 466.721 / PE *HABEAS CORPUS* - 2018/0222195-8 - Relator(a) Ministro NEFI CORDEIRO - Órgão Julgador - T6 - Sexta Turma - Data do Julgamento 13/12/2018.

A autoridade apontada como coatora vem conduzindo o processo com a celeridade possível, na medida em que o feito aguarda diligências que buscam o atingimento da Verdade Real, princípio do processo penal que, além de ser uma garantia de aplicação da Justiça, colabora, de certo aspecto, para a própria defesa

Ao compulsar o andamento processual, verifica-se que inexistem “períodos mortos”, estando o magistrado conduzindo de maneira absolutamente normal a marcha processual.

Não se pode perder de vista que a suspensão dos prazos processuais se deu em virtude da pandemia do COVID-19, situação excepcionalíssima e que, por certo, não pode ser imputada ao Juízo.

Assim tem decidido nossas Cortes Superiores.
In verbis:

HC 184622/CE

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 28/04/2020

Decisão

DECISÃO: Ementa: Processual penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Excesso de prazo. Óbice da Súmula nº 691/STF 1. (...) 11. Quanto ao mais, o STF já decidiu que a aferição de eventual demora injustificada na tramitação da ação penal depende das condições objetivas da causa (complexidade da causa, número de acusados e a necessidade de expedição de

cartas precatórias, por exemplo). 12. No caso, assim afirmou o TJ/CE: [...] “inicialmente cabe gizar que diante da situação de pandemia do novo coronavírus, COVID-19, decretada pela Organização Mundial de Saúde-OMS, em 11/03/2020, bem como da declaração das autoridades sanitárias acerca da existência da transmissão comunitária em todas as unidades da Federação, houve a necessidade de adoção de medidas extremas como o isolamento social e como consequência desta circunstância foram editadas resoluções tanto do Conselho Nacional de Justiça sob nº 313, de 19/03/2020, bem como a Portaria sob nº 514/2020 desta e. Corte adotando medidas como recomendação de sessões virtuais, regime de plantão extraordinário nos dias úteis, atendimento remoto na Unidade Judiciária e o teletrabalho num esforço de manter a prestação jurisdicional neste período, com validade até 30/04/2020. Desta forma, em análise aos atos processuais praticados antes desta situação de emergência sanitária, verifica-se que o processo encontrava-se com audiência de instrução designada para o dia 15/04/2020, contudo diante deste evento de força maior (Pandemia do COVID-19), ainda que a audiência de instrução não se realize, não se pode entender que haja alguma responsabilidade do Estado, já que a força maior é excludente de responsabilidade. Nessa esteira não há como reconhecer o excesso de prazo em decorrência do atual momento (sem previsão para nova audiência) pois estamos diante de um evento de força maior, não podendo, neste momento, eventual demora na realização da instrução processual, ser atribuída a culpa ao Estado/Juiz, uma vez que se trata de situação excepcionalíssima, que foge ao controle dos órgãos jurisdicionais, os quais vem adotando medidas emergenciais visando impulsionar os atos processuais, na medida

que as circunstâncias exigem, não podendo imputar ao Estado/Juiz desídia na condução do processo e por conseguinte não resta caracterizado o excesso de prazo na formação da culpa.” 13. Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao *habeas corpus*.

HC 184245 / GO - GOIÁS

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 23/04/2020

Decisão: (...). Quanto ao excesso de prazo, a própria defesa faz uma narrativa a evidenciar o natural curso do processo, sobretudo quando afirma que já havia sessão plenária designada. A suspensão da sessão em virtude da pandemia não gera, automaticamente, o direito de revogação da prisão por excesso de prazo, como quer a defesa. Quanto à alegação de pandemia provocada pelo COVID-19, frise-se que o Plenário do STF na ADPF 347, de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, negou referendo à medida liminar por ele concedida, nos termos do voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES. Dessa forma, a análise deverá ser feita caso a caso segundo a Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça. Ante o exposto, nego seguimento ao *habeas corpus* (art. 21, § 1º, RISTF), mas determino ao Juízo de primeiro grau que reavalie, se ainda não reavaliou, a prisão preventiva do paciente, à luz da recomendação nº 62/2020 do CNJ, consideradas as peculiaridades do caso concreto. Publique-se. Comunique-se ao TJGO e ao Juízo de primeiro grau. Brasília, 23 de abril de 2020. Ministro GILMAR MENDES Relator Documento assinado digitalmente

No mesmo sentido: HC nº 183.359 AgR/SP - Relator(a): Min. LUIZ FUX - Julgamento: 29/05/2020 - Órgão julgador: Primeira Turma;

HC nº 184.102/RJ - RIO DE JANEIRO - *HABEAS CORPUS* - Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA - Julgamento: 17/04/2020

Considerando-se, também, que já houve o encerramento da instrução criminal, não há que se falar em ilegalidade na manutenção da prisão, conforme entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência, consolidado no enunciado nº 52 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo.”

Portanto, não se verificando atuação negligente ou excesso de prazo injustificado para o encerramento da instrução, inexistente constrangimento ilegal capaz de justificar a concessão da ordem.

Como se vê, não suporta o paciente qualquer constrangimento ilegal a ser repellido por esta ação impugnativa autônoma, daí a denegação da ordem, que se impõe.

À conta de tais considerações, dirijo meu voto no sentido de conhecer e denegar a ordem impetrada, nos termos da fundamentação supra.

RIO DE JANEIRO, 16 DE MARÇO DE 2021.
DES. JOÃO ZIRALDO MAIA
RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

ABONO DE PERMANÊNCIA**188****0001417-56.2020.8.19.0042**

96638 / 2020 - TJ - (AC) - Servidor público. Abono de permanência. Pagamento de atrasados. Município. Alegação de falta de requisitos necessários. Acolhimento da tese defensiva. Tempo completado durante o trâmite da demanda. Teoria do venire contra factum proprium. Cumprimento de tempo adicional. Concessão do benefício. Recurso desprovido.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA**138****0059201-19.2017.8.19.0002**

69875 / 2020 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Risco de deslizamento de terra. Necessidade de obras urgentes. Configuração de omissão específica do poder público quanto à via com riscos de desmoronamento. Apelo parcialmente provido quanto ao pagamento de honorários advocatícios.

192**0008334-91.2020.8.19.0042**

88595 / 2020 - TJ - (AC) - Servidoras públicas do Município de Petrópolis. Reajuste salarial. Demanda individual. Existência de demandas coletivas com objeto idêntico. Ações Cíveis Públicas para tutela de direitos coletivos não impede o ajuizamento individual. Recurso provido.

ACESSÃO**146****0075048-43.2013.8.19.0021**

7790 / 2021 - TJ - (AC) - Acesso. Construção de imóvel nos fundos do terreno de propriedade da avó da autora. Consentimento. Prova nos autos. Boa-fé. Indenização dos valores despendidos com a construção. Vedação ao enriquecimento ilícito. Sentença parcialmente reformada.

ACESSIBILIDADE**178****0027596-60.2019.8.19.0204**

10626 / 2021 - TJ - (AC) - Obrigação de Fazer. Danos morais. Autor portador de doença grave

e dependente dos serviços de transporte público coletivo da concessionária Supervia para se locomover. Estação de trem com obstáculo de acessibilidade. Dano moral individual. Existência de processo coletivo não induz litispendência para o dano moral individual, apenas com a obrigação de fazer. Apelo parcialmente provido.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**112****0086033-90.2020.8.19.0000**

75 / 2020 - TJ - (-----) - Reclamação. Ministério Público. Acordo de não persecução penal. Não oferecimento. Conduta criminosa habitual e reiterada. Ciência ao Procurador Geral de Justiça. Intimação do investigado. Reexame da decisão. Faculdade.

120**0327242-86.2019.8.19.0001**

12024 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Tráfico de drogas. Acervo probatório. Confissão do recorrente. Acordo de não persecução penal. Impossibilidade. Requisito. Ausência. Pena mínima do delito é de 05 anos.

94**0072489-35.2020.8.19.0000**

37946 / 2020 - TJ - (HC) - Habeas Corpus. Prisão preventiva. Lei nº 11.343/2006. Alegado constrangimento ilegal. Oferecimento de acordo de não persecução penal. Impossibilidade. Imprescindibilidade da prisão. Ordem pública. Denegação da ordem.

88**0080305-88.2020.8.19.0000**

40769 / 2020 - TJ - (HC) - Acordo de não persecução penal. Não oferecimento. Alegação de constrangimento ilegal. Requerimento de concessão da liminar para sobrestamento da ação. Art. 28-A, § 14 do CPP. Recebimento da denúncia. Impossibilidade do acordo. Ordem denegada.

91**0081011-51.2020.8.19.0000**

40972 / 2020 - TJ - (HC) - Descumprimento de missão. Código penal militar. Não oferecimento de acordo de não persecução penal. Intimação não realizada. Ausência de notificação do Ministério

Público. Concessão da ordem. Remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça para se manifestar.

ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA

229

0200729-39.2020.8.19.0001

733 / 2020 - TJ - (RSE) - Licitação pública. Secretaria Estadual de Administração Penitenciária do RJ. Desvio de recursos financeiros. "Operação Pão Nosso". Remessa dos autos da ação penal para a justiça federal. Inconformismo. Correta decisão. Manutenção.

ADOÇÃO

152

0317864-82.2014.8.19.0001

60378 / 2019 - TJ - (AC) - Adoção. Enteadada. Inconformismo da filha biológica. Alegação de interesse meramente patrimonial. Testamento público. Atestado de gozo pleno das faculdades mentais. Registro da intenção em adotar. Manutenção da sentença.

AGÊNCIA REGULADORA

44

1356452 / 2018 - STJ - (RESP) - Agência Reguladora - ANP. Inspeção de unidade de produção de óleo e gás natural. Lavratura de auto de infração. Multiplicidade de irregularidades. Infração continuada. Multas diversas. Reforma parcial. Uma única penalidade para cada conjunto de violações de mesma natureza.

ALUGUEL SOCIAL

142

0068771-64.2019.8.19.0000

89688 / 2019 - TJ - (AI) - Ação de Obrigação de Fazer. Tutela provisória de urgência. Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro. Determinação de reassentamento de moradores atingidos em localidades próximas sem prejuízo ao aluguel social. Recursos da referida companhia podem ser utilizados para atendimento social da população afetada. Agravo desprovido.

BANCO DE DADOS

217

0072349-98.2020.8.19.0000

37886 / 2020 - TJ - (HC) - Inquérito policial. Taxista. Abordagem de policiais militares abusiva. Acesso não autorizado a banco de dados do telefone celular do paciente. Quebra do sigilo dos dados telemáticos. Sustação. Concessão da ordem.

CNH

184

0067069-88.2017.8.19.0021

66366 / 2020 - TJ - (AC) - Processo administrativo. Nulidade da suspensão da CNH por ausência de notificação prévia. Imposição de penalidade depende de notificação do condutor. Sentença de improcedência reformada. Apelação provida.

CÓDIGO PENAL MILITAR

91

0081011-51.2020.8.19.0000

40972 / 2020 - TJ - (HC) - Descumprimento de missão. Código penal militar. Não oferecimento de acordo de não persecução penal. Intimação não realizada. Ausência de notificação do Ministério Público. Concessão da ordem. Remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça para se manifestar.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL

94

0072489-35.2020.8.19.0000

37946 / 2020 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Prisão preventiva. Lei nº 11.343/2006. Alegado constrangimento ilegal. Oferecimento de acordo de não persecução penal. Impossibilidade. Imprescindibilidade da prisão. Ordem pública. Denegação da ordem.

88

0080305-88.2020.8.19.0000

40769 / 2020 - TJ - (HC) - Acordo de não persecução penal. Não oferecimento. Alegação de constrangimento ilegal. Requerimento de concessão da liminar para sobrestamento da ação. Art. 28-A, § 14 do CPP. Recebimento da denúncia. Impossibilidade do acordo. Ordem denegada.

232**0006205-11.2021.8.19.0000**

3305 / 2021 - TJ - (HC) - Roubo majorado. Extorsão e Associação Criminosa. Lei nº 13.964/2019. Ausência de reavaliação da medida cautelar dentro do prazo de 90 dias não acarreta ilegalidade e relaxamento da prisão preventiva. Constrangimento ilegal não verificado. Denegação da ordem.

DANO AMBIENTAL**50**

1515962 / 2019 - STJ - (RESP) - Ação Civil Pública. Administrativo. Danos morais coletivos. Município do Rio de Janeiro. Poder de polícia. Riotur, Ambev e Banco Itáu. Tutela preventiva. Carnaval de 2010. Bairro de Ipanema. Pedido de interdição irregular. Dano ambiental. Falta de infraestrutura necessária para enfrentar a aglomeração de pessoas. Agravo interno não provido.

DANO MORAL**153****0010440-45.2010.8.19.0052**

1713 / 2021 - TJ - (AC) - Falha na prestação de serviço público. Erro médico. Inércia no atendimento e medicação inadequada no momento do parto. Morte da mãe. Dano moral. Sequelas permanentes na filha da autora por asfixia neonatal. Possibilidade de trabalhos futuros prejudicados. Pensionamento vitalício.

178**0027596-60.2019.8.19.0204**

10626 / 2021 - TJ - (AC) - Obrigação de Fazer. Danos morais. Autor portador de doença grave e dependente dos serviços de transporte público coletivo da concessionária Supervia para se locomover. Estação de trem com obstáculo de acessibilidade. Dano moral individual. Existência de processo coletivo não induz litispendência para o dano moral individual, apenas com a obrigação de fazer. Apelo parcialmente provido.

DANO MORAL COLETIVO**125****0029717-08.2015.8.19.0001**

1501 / 2020 - TJ - (-----) - Ação Civil Pública. Loteamento irregular. Efeitos danosos ao meio

ambiente. Município. Dever de fiscalizar. Responsabilidade solidária. Dano moral coletivo. Restabelecimento do meio ambiente.

DÉBITO FISCAL**60**

1889641 / 2019 - STJ - (RESP) - Ação anulatória de débito fiscal. ISS. Locação mista de bens móveis. Ação anulatória de crédito tributário. Locação de ar condicionado, assistência técnica e manutenção dos aparelhos. Deve ser mantida uma única penalidade para cada conjunto de violações. Recurso não provido.

DEFEITO DO PRODUTO**159****0009178-61.2017.8.19.0037**

66666 / 2020 - TJ - (AC) - Indenização. Celular recém adquirido. Produto com defeito. Assistência técnica que não soluciona o problema e também não restitui o valor. Bem indispensável para a comunicação. Código de Defesa do Consumidor. Recurso provido. Dano moral. Juros de mora a partir do arbitramento.

DEFENSORIA PÚBLICA**171****0026353-47.2015.8.19.0002**

97526 / 2020 - TJ - (AC) - Interdição de filha maior de idade. Transtorno de humor e deficit cognitivo. Filha soropositiva sem condições de promover tratamento adequado por conta própria. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Excepcionalidade. Alegação de nulidade pela curatelada. Contestação pela negativa por parte da Defensoria Pública. Prejuízo não mencionado. Recurso desprovido.

DENÚNCIA**88****0080305-88.2020.8.19.0000**

40769 / 2020 - TJ - (HC) - Acordo de não persecução penal. Não oferecimento. Alegação de constrangimento ilegal. Requerimento de concessão da liminar para sobrestamento da ação. Art. 28-A, § 14 do CPP. Recebimento da denúncia. Impossibilidade do acordo. Ordem denegada.

244

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTOÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATORÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

DIREITOS FUNDAMENTAIS**163****0127334-53.2016.8.19.0001**

49866 / 2019 - TJ - (AC) - Indenização. Direitos fundamentais. Direito à intimidade e à imagem. Direito à liberdade de informação. Ponderação. Abuso do direito de informar. Prova. Reportagem que afirma ser o autor suspeito de envolvimento com mílicia. Notícia sensacionalista. Danos à honra e à imagem. Danos morais mantidos. Recurso não provido.

EMBARGOS INFRINGENTES**186****0180941-93.2007.8.19.0001**

291 / 2010 - TJ - (EI) - Recurso extraordinário. Embargos Infringentes. Devolução dos valores descontados como excedentes de teto remuneratório. Fiscais de Renda do Estado. EC. 41/03. Temas 257 e 480 STF. Improcedência.

ERRO MÉDICO**153****0010440-45.2010.8.19.0052**

1713 / 2021 - TJ - (AC) - Falha na prestação de serviço público. Erro médico. Inércia no atendimento e medicação inadequada no momento do parto. Morte da mãe. Dano moral. Sequelas permanentes na filha da autora por asfixia neonatal. Possibilidade de trabalhos futuros prejudicados. Pensionamento vitalício.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL**196****0168844-12.2017.8.19.0001**

519 / 2021 - TJ - (RA) - Estupro de vulnerável. Visitação periódica ao lar. Benefício indeferido. Vara de Execuções Penais. Requisito subjetivo não preenchido. Faculdade confiada ao arbítrio do Juiz da VEP. Recurso de agravo desprovido.

EXECUÇÃO PENAL**201****0161870-85.2019.8.19.0001**

450 / 2020 - TJ - (RA) - Execução penal. Extinção da punibilidade pela prescrição. Inocorrência. Cálculo equivocados. Prosseguimento da execução.

FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO**153****0010440-45.2010.8.19.0052**

1713 / 2021 - TJ - (AC) - Falha na prestação de serviço público. Erro médico. Inércia no atendimento e medicação inadequada no momento do parto. Morte da mãe. Dano moral. Sequelas permanentes na filha da autora por asfixia neonatal. Possibilidade de trabalhos futuros prejudicados. Pensionamento vitalício.

FEMINICÍDIO**205****0083855-71.2020.8.19.0000**

41991 / 2020 - TJ - (HC) - Femicídio. Tentativa. Audiência de custódia. Prisão preventiva decretada. Declínio de competência do VI Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e redistribuição ao III Tribunal do Júri. Sentença de Pronúncia. Revogação da prisão. Pandemia. Indeferimento.

75

1773611 / 2020 - STJ - (RESP) - Femicídio. Morte frívola. Vítima atingida por diversos golpes na cabeça após desentendimento decorrente da separação do casal. Meação da divisão de parcela mínima dos bens comuns. Penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito. Inexistência de desproporção. Agravo conhecido. Negado provimento ao recurso especial.

FISCAL DE RENDA**186****0180941-93.2007.8.19.0001**

291 / 2010 - TJ - (EI) - Recurso extraordinário. Embargos Infringentes. Devolução dos valores descontados como excedentes de teto remuneratório. Fiscais de Renda do Estado. EC. 41/03. Temas 257 e 480 STF. Improcedência.

FURTO**213****0012952-37.2018.8.19.0014**

7856 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Furto qualificado. Pleito ministerial de reconhecimento da qualificadora da fraude. Não caracterização. Necessário

que a manobra do agente gere um engano na vítima. Desprovemento do recurso. Redimensionamento da dosimetria penal.

INDENIZAÇÃO

163

0127334-53.2016.8.19.0001

49866 / 2019 - TJ - (AC) - Indenização. Direitos fundamentais. Direito à intimidade e à imagem. Direito à liberdade de informação. Ponderação. Abuso do direito de informar. Prova. Reportagem que afirma ser o autor suspeito de envolvimento com milícia. Notícia sensacionalista. Danos à honra e à imagem. Danos morais mantidos. Recurso não provido.

159

0009178-61.2017.8.19.0037

66666 / 2020 - TJ - (AC) - Indenização. Celular recém adquirido. Produto com defeito. Assistência técnica que não soluciona o problema e também não restitui o valor. Bem indispensável para a comunicação. Código de Defesa do Consumidor. Recurso provido. Dano moral. Juros de mora a partir do arbitramento.

146

0075048-43.2013.8.19.0021

7790 / 2021 - TJ - (AC) - Acesso. Construção de imóvel nos fundos do terreno de propriedade da avó da autora. Consentimento. Prova nos autos. Boa-fé. Indenização dos valores despendidos com a construção. Vedação ao enriquecimento ilícito. Sentença parcialmente reformada.

INTERDIÇÃO

171

0026353-47.2015.8.19.0002

97526 / 2020 - TJ - (AC) - Interdição de filha maior de idade. Transtorno de humor e deficit cognitivo. Filha soropositiva sem condições de promover tratamento adequado por conta própria. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Excepcionalidade. Alegação de nulidade pela curatelada. Contestação pela negativa por parte da Defensoria Pública. Prejuízo não mencionado. Recurso desprovido.

INTIMAÇÃO

91

0081011-51.2020.8.19.0000

40972 / 2020 - TJ - (HC) - Descumprimento de missão. Código penal militar. Não oferecimento de acordo de não persecução penal. Intimação não realizada. Ausência de notificação do Ministério Público. Concessão da ordem. Remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça para se manifestar.

ISS

60

1889641 / 2019 - STJ - (RESP) - Ação anulatória de débito fiscal. ISS. Locação mista de bens móveis. Ação anulatória de crédito tributário. Locação de ar condicionado, assistência técnica e manutenção dos aparelhos. Deve ser mantida uma única penalidade para cada conjunto de violações. Recurso não provido.

JÚRI

205

0083855-71.2020.8.19.0000

41991 / 2020 - TJ - (HC) - Femicídio. Tentativa. Audiência de custódia. Prisão preventiva decretada. Declínio de competência do VI Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e redistribuição ao III Tribunal do Júri. Sentença de Pronúncia. Revogação da prisão. Pandemia. Indeferimento.

JUSTIÇA FEDERAL

229

0200729-39.2020.8.19.0001

733 / 2020 - TJ - (RSE) - Licitação pública. Secretaria Estadual de Administração Penitenciária do RJ. Desvio de recursos financeiros. "Operação Pão Nosso". Remessa dos autos da ação penal para a justiça federal. Inconformismo. Correta decisão. Manutenção.

LICITAÇÃO PÚBLICA

229

0200729-39.2020.8.19.0001

733 / 2020 - TJ - (RSE) - Licitação pública. Secretaria Estadual de Administração Penitenciária

do RJ. Desvio de recursos financeiros. "Operação Pão Nosso". Remessa dos autos da ação penal para a justiça federal. Inconformismo. Correta decisão. Manutenção.

LOCAÇÃO

60

1889641 / 2019 - STJ - (RESP) - Ação anulatória de débito fiscal. ISS. Locação mista de bens móveis. Ação anulatória de crédito tributário. Locação de ar condicionado, assistência técnica e manutenção dos aparelhos. Deve ser mantida uma única penalidade para cada conjunto de violações. Recurso não provido.

LOTEAMENTO

125

0297917-08.2015.8.19.0001

1501 / 2020 - TJ - (-----) - Ação Civil Pública. Loteamento irregular. Efeitos danosos ao meio ambiente. Município. Dever de fiscalizar. Responsabilidade solidária. Dano moral coletivo. Restabelecimento do meio ambiente.

MEACÃO

75

1773611 / 2020 - STJ - (RESP) - Femicídio. Morte frívola. Vítima atingida por diversos golpes na cabeça após desentendimento decorrente da separação do casal. Meação da divisão de parcela mínima dos bens comuns. Penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito. Inexistência de desproporção. Agravo conhecido. Negado provimento ao recurso especial.

MEDIDA CAUTELAR

232

0006205-11.2021.8.19.0000

3305 / 2021 - TJ - (HC) - Roubo majorado. Extorsão e Associação Criminosa. Lei nº 13.964/2019. Ausência de reavaliação da medida cautelar dentro do prazo de 90 dias não acarreta ilegalidade e relaxamento da prisão preventiva. Constrangimento ilegal não verificado. Denegação da ordem.

MEIO AMBIENTE

125

0297917-08.2015.8.19.0001

1501 / 2020 - TJ - (-----) - Ação Civil Pública. Loteamento irregular. Efeitos danosos ao meio ambiente. Município. Dever de fiscalizar. Responsabilidade solidária. Dano moral coletivo. Restabelecimento do meio ambiente.

MINISTÉRIO PÚBLICO

112

0086033-90.2020.8.19.0000

75 / 2020 - TJ - (-----) - Reclamação. Ministério Público. Acordo de não persecução penal. Não oferecimento. Conduta criminosa habitual e reiterada. Ciência ao Procurador Geral de Justiça. Intimação do investigado. Reexame da decisão. Faculdade.

MULTA

44

1356452 / 2018 - STJ - (RESP) - Agência Reguladora - ANP Inspeção de unidade de produção de óleo e gás natural. Lavratura de auto de infração. Multiplicidade de irregularidades. Infração continuada. Multas diversas. Reforma parcial. Uma única penalidade para cada conjunto de violações de mesma natureza.

MUNICÍPIO

50

1515962 / 2019 - STJ - (RESP) - Ação Civil Pública. Administrativo. Danos morais coletivos. Município do Rio de Janeiro. Poder de polícia. Riotur, Ambev e Banco Itáú. Tutela preventiva. Carnaval de 2010. Bairro de Ipanema. Pedido de interdição irregular. Dano ambiental. Falta de infraestrutura necessária para enfrentar a aglomeração de pessoas. Agravo interno não provido.

192

0008334-91.2020.8.19.0042

88595 / 2020 - TJ - (AC) - Servidoras públicas do Município de Petrópolis. Reajuste salarial. Demanda individual. Existência de demandas coletivas com objeto idêntico. Ações Cíveis Públicas.

cas para tutela de direitos coletivos não impede o ajuizamento individual. Recurso provido.

188

0001417-56.2020.8.19.0042

96638 / 2020 - TJ - (AC) - Servidor público. Abono de permanência. Pagamento de atrasados. Município. Alegação de falta de requisitos necessários. Acolhimento da tese defensiva. Tempo completado durante o trâmite da demanda. Teoria do venire contra factum proprium. Cumprimento de tempo adicional. Concessão do benefício. Recurso desprovido.

NOTIFICAÇÃO

184

0067069-88.2017.8.19.0021

66366 / 2020 - TJ - (AC) - Processo administrativo. Nulidade da suspensão da CNH por ausência de notificação prévia. Imposição de penalidade depende de notificação do condutor. Sentença de improcedência reformada. Apelação provida.

OBRIGAÇÃO DE FAZER

142

0068771-64.2019.8.19.0000

89688 / 2019 - TJ - (AI) - Ação de Obrigação de Fazer. Tutela provisória de urgência. Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro. Determinação de reassentamento de moradores atingidos em localidades próximas sem prejuízo ao aluguel social. Recursos da referida companhia podem ser utilizados para atendimento social da população afetada. Agravo desprovido.

181

0175706-28.2019.8.19.0001

36076 / 2020 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer e indenização. Danos materiais. Desinternação hospitalar. Idosa que permanece no hospital após a alta médica. Falecimento no curso do processo. Perda superveniente da obrigação de fazer. Inaceitável incerteza do pedido. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido.

178

0027596-60.2019.8.19.0204

10626 / 2021 - TJ - (AC) - Obrigação de Fazer. Danos morais. Autor portador de doença grave e dependente dos serviços de transporte público coletivo da concessionária Supervia para se locomover. Estação de trem com obstáculo de acessibilidade. Dano moral individual. Existência de processo coletivo não induz litispendência para o dano moral individual, apenas com a obrigação de fazer. Apelo parcialmente provido.

OMISSÃO

138

0059201-19.2017.8.19.0002

69875 / 2020 - TJ - (AC) - Ação Civil Pública. Risco de deslizamento de terra. Necessidade de obras urgentes. Configuração de omissão específica do poder público quanto à via com riscos de desmoronamento. Apelo parcialmente provido quanto ao pagamento de honorários advocatícios.

PENA

213

0012952-37.2018.8.19.0014

7856 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Furto qualificado. Pleito ministerial de reconhecimento da qualificadora da fraude. Não caracterização. Necessário que a manobra do agente gere um engano na vítima. Desprovisionamento do recurso. Redimensionamento da dosimetria penal.

75

1773611 / 2020 - STJ - (RESP) - Femicídio. Morte frívola. Vítima atingida por diversos golpes na cabeça após desentendimento decorrente da separação do casal. Meação da divisão de parcela mínima dos bens comuns. Penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito. Inexistência de desproporção. Agravo conhecido. Negado provimento ao recurso especial.

PENSIONAMENTO VITALÍCIO

153

0010440-45.2010.8.19.0052

1713 / 2021 - TJ - (AC) - Falha na prestação de serviço público. Erro médico. Inércia no atendi-

mento e medicação inadequada no momento do parto. Morte da mãe. Dano moral. Sequelas permanentes na filha da autora por asfixia neonatal. Possibilidade de trabalhos futuros prejudicados. Pensionamento vitalício.

PODER DE POLÍCIA

50

1515962 / 2019 - STJ - (RESP) - Ação Civil Pública. Administrativo. Danos morais coletivos. Município do Rio de Janeiro. Poder de polícia. Riotur, Ambev e Banco Itáú. Tutela preventiva. Carnaval de 2010. Bairro de Ipanema. Pedido de interdição irregular. Dano ambiental. Falta de infraestrutura necessária para enfrentar a aglomeração de pessoas. Agravo interno não provido.

POLICIAL MILITAR

217

0072349-98.2020.8.19.0000

37886 / 2020 - TJ - (HC) - Inquérito policial. Taxista. Abordagem de policiais militares abusiva. Acesso não autorizado a banco de dados do telefone celular do paciente. Quebra do sigilo dos dados telemáticos. Sustação. Concessão da ordem.

PRESCRIÇÃO

201

0161870-85.2019.8.19.0001

450 / 2020 - TJ - (RA) - Execução penal. Extinção da punibilidade pela prescrição. Inocorrência. Cálculo equivocado. Prosseguimento da execução.

PRISÃO

69

542637 / 2019 - STJ - (HC) - Tráfico de drogas. Prisão em flagrante do paciente. Sigilo de comunicações. Aplicativo instantâneo de conversas. WhatsApp. Acesso franqueado pelo usuário. Garantia constitucional não violada. Pedido de nulidade de provas. STF e STJ decidiram que não cabe a utilização da via leita como substitutivo de Recurso Especial. HC não conhecido.

PRISÃO PREVENTIVA

94

0072489-35.2020.8.19.0000

37946 / 2020 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Prisão preventiva. Lei nº 11.343/2006. Alegado constrangimento ilegal. Oferecimento de acordo de não persecução penal. Impossibilidade. Imprescindibilidade da prisão. Ordem pública. Denegação da ordem.

PROVA

163

0127334-53.2016.8.19.0001

49866 / 2019 - TJ - (AC) - Indenização. Direitos fundamentais. Direito à intimidade e à imagem. Direito à liberdade de informação. Ponderação. Abuso do direito de informar. Prova. Reportagem que afirma ser o autor suspeito de envolvimento com milícia. Notícia sensacionalista. Danos à honra e à imagem. Danos morais mantidos. Recurso não provido.

QUALIFICADORA

213

0012952-37.2018.8.19.0014

7856 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Furto qualificado. Pleito ministerial de reconhecimento da qualificadora da fraude. Não caracterização. Necessário que a manobra do agente gere um engano na vítima. Desprovemento do recurso. Redimensionamento da dosimetria penal.

REASSENTAMENTO

142

0068771-64.2019.8.19.0000

89688 / 2019 - TJ - (AI) - Ação de Obrigação de Fazer. Tutela provisória de urgência. Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro. Determinação de reassentamento de moradores atingidos em localidades próximas sem prejuízo ao aluguel social. Recursos da referida companhia podem ser utilizados para atendimento social da população afetada. Agravo desprovido.

RECLAMAÇÃO

112

0086033-90.2020.8.19.0000

75 / 2020 - TJ - (-----) - Reclamação. Ministério Público. Acordo de não persecução penal.

Não oferecimento. Conduta criminosa habitual e reiterada. Ciência ao Procurador Geral de Justiça. Intimação do investigado. Reexame da decisão. Faculdade.

ROUBO MAJORADO

232

0006205-11.2021.8.19.0000

3305 / 2021 - TJ - (HC) - Roubo majorado. Extorsão e Associação Criminosa. Lei nº 13.964/2019. Ausência de reavaliação da medida cautelar dentro do prazo de 90 dias não acarreta ilegalidade e relaxamento da prisão preventiva. Constrangimento ilegal não verificado. Denegação da ordem.

SERVIDOR PÚBLICO

192

0008334-91.2020.8.19.0042

88595 / 2020 - TJ - (AC) - Servidoras públicas do Município de Petrópolis. Reajuste salarial. Demanda individual. Existência de demandas coletivas com objeto idêntico. Ações Cíveis Públicas para tutela de direitos coletivos não impede o ajuizamento individual. Recurso provido.

SIGILO

69

542637 / 2019 - STJ - (HC) - Tráfico de drogas. Prisão em flagrante do paciente. Sigilo de comunicações. Aplicativo instantâneo de conversas. WhatsApp. Acesso franqueado pelo usuário. Garantia constitucional não violada. Pedido de nulidade de provas. STF e STJ decidiram que não cabe a utilização da via leita como substitutivo de Recurso Especial. HC não conhecido.

217

0072349-98.2020.8.19.0000

37886 / 2020 - TJ - (HC) - Inquérito policial. Taxista. Abordagem de policiais militares abusiva. Acesso não autorizado a banco de dados do telefone celular do paciente. Quebra do sigilo dos dados telemáticos. Sustação. Concessão da ordem.

SUCUMBÊNCIA

181

0175706-28.2019.8.19.0001

36076 / 2020 - TJ - (AC) - Obrigação de fazer e indenização. Danos materiais. Desinternação hospitalar. Idosa que permanece no hospital após a alta médica. Falecimento no curso do processo. Perda superveniente da obrigação de fazer. Inaceitável incerteza do pedido. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido.

TENTATIVA

205

0083855-71.2020.8.19.0000

41991 / 2020 - TJ - (HC) - Femicídio. Tentativa. Audiência de custódia. Prisão preventiva decretada. Declínio de competência do VI Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e redistribuição ao III Tribunal do Júri. Sentença de Pronúncia. Revogação da prisão. Pandemia. Indeferimento.

TESTAMENTO

152

0317864-82.2014.8.19.0001

60378 / 2019 - TJ - (AC) - Adoção. Enteada. Inconformismo da filha biológica. Alegação de interesse meramente patrimonial. Testamento público. Atestado de gozo pleno das faculdades mentais. Registro da intenção em adotar. Manutenção da sentença.

TETO REMUNERATÓRIO

186

0180941-93.2007.8.19.0001

291 / 2010 - TJ - (EI) - Recurso extraordinário. Embargos Infringentes. Devolução dos valores descontados como excedentes de teto remuneratório. Fiscais de Renda do Estado. EC. 41/03. Temas 257 e 480 STF. Improcedência.

TRÁFICO DE DROGAS

69

542637 / 2019 - STJ - (HC) - Tráfico de drogas. Prisão em flagrante do paciente. Sigilo de comunicações. Aplicativo instantâneo de conversas.

WhatsApp. Acesso franqueado pelo usuário. Garantia constitucional não violada. Pedido de nulidade de provas. STF e STJ decidiram que não cabe a utilização da via leita como substitutivo de Recurso Especial. HC não conhecido.

120**0327242-86.2019.8.19.0001**

12024 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Tráfico de drogas. Acervo probatório. Confissão do recorrente. Acordo de não persecução penal. Impossibilidade. Requisito. Ausência. Pena mínima do delito é de 05 anos.

VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO**146****0075048-43.2013.8.19.0021**

7790 / 2021 - TJ - (AC) - Acesso. Construção de imóvel nos fundos do terreno de propriedade da avó da autora. Consentimento. Prova nos autos. Boa-fé. Indenização dos valores despendidos com a construção. Vedação ao enriquecimento ilícito. Sentença parcialmente reformada.

VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM**188****0001417-56.2020.8.19.0042**

96638 / 2020 - TJ - (AC) - Servidor público. Abono de permanência. Pagamento de atrasados. Município. Alegação de falta de requisitos necessários. Acolhimento da tese defensiva. Tempo completado durante o trâmite da demanda. Teoria do *venire contra factum proprium*. Cumprimento de tempo adicional. Concessão do benefício. Recurso desprovido.

VISITAÇÃO PERIÓDICA AO LAR**196****0168844-12.2017.8.19.0001**

519 / 2021 - TJ - (RA) - Estupro de vulnerável. Visitação periódica ao lar. Benefício indeferido. Vara de Execuções Penais. Requisito subjetivo não preenchido. Faculdade confiada ao arbítrio do Juiz da VEP. Recurso de agravo desprovido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MIN. FRANCISCO FALCÃO

50(1515962/2019) - STJ
RECURSO ESPECIAL - CÍVEL

MIN. HERMAN BENJAMIN

60(1889641/2019) - STJ
RECURSO ESPECIAL - CÍVEL

MIN. REYNALDO SOARES DA FONSECA

69(542637/2019) - STJ
HABEAS CORPUS

MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

75(1773611/2020) - STJ
RECURSO ESPECIAL - CRIMINAL

MIN. SÉRGIO KUKINA

44(1356452/2018) - STJ
RECURSO ESPECIAL - CÍVELTRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO

DES. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO

152**0317864-82.2014.8.19.0001**
(60378/2019) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO

217**0072349-98.2020.8.19.0000**
(37886/2020) - TJ
HABEAS CORPUS

DES. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO

229**0200729-39.2020.8.19.0001**
(733/2020) - TJ
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

DES. CELSO FERREIRA FILHO

88**0080305-88.2020.8.19.0000**
(40769/2020) - TJ
HABEAS CORPUS

DES. CÉZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA

192**0008334-91.2020.8.19.0042**
(88595/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. CLÁUDIO BRANDÃO

186**0180941-93.2007.8.19.0001**
(291/2010) - TJ
EMBARGOS INFRINGENTESDES^a. DENISE VACCARI MACHADO PAES**112****0086033-90.2020.8.19.0000**
(75/2020) - TJ
EMBARGOS DO ACUSADO

DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA

178**0027596-60.2019.8.19.0204**
(10626/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVELDES. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO
NETO**181****0175706-28.2019.8.19.0001**
(36076/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVELDES^a. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR**94****0072489-35.2020.8.19.0000**
(37946/2020) - TJ
HABEAS CORPUS

DES. FERNANDO ANTÔNIO DE ALMEIDA

213**0012952-37.2018.8.19.0014**
(7856/2019) - TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS

125**0297917-08.2015.8.19.0001**
(1501/2020) - TJ
REEXAME NECESSÁRIO - CRIMINAL

DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

120**0327242-86.2019.8.19.0001**

(12024/2020) - TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. JAIME DIAS PINHEIRO FILHO

153

0010440-45.2010.8.19.0052

(1713/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. JOÃO ZIRALDO MAIA

232

0006205-11.2021.8.19.0000

(3305/2021) - TJ
HABEAS CORPUS

DES. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI

159

0009178-61.2017.8.19.0037

(66666/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. JOSÉ ROBERTO LAGRANHA TÁVORA

196

0168844-12.2017.8.19.0001

(519/2021) - TJ
RECURSO DE AGRAVO (LEI 7210 DE 84)

DES. JOSE ROBERTO PORTUGAL COMPASSO

184

0067069-88.2017.8.19.0021

(66366/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES^a. KATIA MARIA AMARAL JANGUTTA

91

0081011-51.2020.8.19.0000

(40972/2020) - TJ
HABEAS CORPUS

DES. LUCIANO SILVA BARRETO

201

0161870-85.2019.8.19.0001

(450/2020) - TJ
RECURSO DE AGRAVO (LEI 7210 DE 84)

DES. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO

163

0127334-53.2016.8.19.0001

(49866/2019) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES^a. MARIA HELENA PINTO MACHADO MARTINS

146

0075048-43.2013.8.19.0021

(7790/2021) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES^a. MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO

205

0083855-71.2020.8.19.0000

(41991/2020) - TJ
HABEAS CORPUS

DES. MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA

188

0001417-56.2020.8.19.0042

(96638/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO

142

0068771-64.2019.8.19.0000

(89688/2019) - TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA

138

0059201-19.2017.8.19.0002

(69875/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO

171

0026353-47.2015.8.19.0002

(97526/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

44

(1356452/2018) - STJ (RESP)

Min. SÉRGIO KUKINA

69

(542637/2019) - STJ (HC)

Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA

50

(1515962/2019) - STJ (RESP)

Min. FRANCISCO FALCÃO

60

(1889641/2019) - STJ (RESP)

Min. HERMAN BENJAMIN

75

(1773611/2020) - STJ (RESP)

Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

186

(291/2010) - TJ (EI)

0180941-93.2007.8.19.0001

REL. DES. CLÁUDIO BRANDÃO

213

(7856/2019) - TJ (ACRIM)

0012952-37.2018.8.19.0014

REL. DES. FERNANDO ANTÔNIO DE ALMEIDA

163

(49866/2019) - TJ (AC)

0127334-53.2016.8.19.0001

REL. DES. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO

152

(60378/2019) - TJ (AC)

0317864-82.2014.8.19.0001

REL. DES. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO

142

(89688/2019) - TJ (AI)

0068771-64.2019.8.19.0000

REL. DES. PLÍNIO PINTO COELHO FILHO

112

(75/2020) - TJ (-----)

0086033-90.2020.8.19.0000

REL. DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES

201

(450/2020) - TJ (RA)

0161870-85.2019.8.19.0001

REL. DES. LUCIANO SILVA BARRETO

229

(733/2020) - TJ (RSE)

0200729-39.2020.8.19.0001

REL. DES. ANTÔNIO JOSÉ FERREIRA CARVALHO

125

(1501/2020) - TJ (-----)

0297917-08.2015.8.19.0001

REL. DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS

120

(12024/2020) - TJ (ACRIM)

0327242-86.2019.8.19.0001

REL. DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

181

(36076/2020) - TJ (AC)

0175706-28.2019.8.19.0001

REL. DES. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO

217

(37886/2020) - TJ (HC)

0072349-98.2020.8.19.0000

REL. DES. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO

94

(37946/2020) - TJ (HC)

0072489-35.2020.8.19.0000

REL. DES. ELIZABETE ALVES DE AGUIAR

88

(40769/2020) - TJ (HC)

0080305-68.2020.8.19.0000

REL. DES. CELSO FERREIRA FILHO

91

(40972/2020) - TJ (HC)

0081011-51.2020.8.19.0000

REL. DES. KATIA MARIA AMARAL JANGUTTA

205

(41991/2020) - TJ (HC)

0083855-71.2020.8.19.0000

REL. DES. MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO

184

(66366/2020) - TJ (AC)

0067069-88.2017.8.19.0021

REL. DES. JOSÉ ROBERTO PORTUGAL COMPASSO

159

(66666/2020) - TJ (AC)

0009178-61.2017.8.19.0037

REL. DES. JOSÉ ACIR LESSA GIORDANI

138

(69875/2020) - TJ (AC)

0059201-19.2017.8.19.0002

REL. DES. ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA

192

(88595/2020) - TJ (AC)

0008334-91.2020.8.19.0042

REL. DES. CÉZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA

188

(96638/2020) - TJ (AC)

0001417-56.2020.8.19.0042

REL. DES. MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA

171

(97526/2020) - TJ (AC)

0026353-47.2015.8.19.0002

REL. DES. WERSON FRANCO PEREIRA RÊGO

196

(519/2021) - TJ (RA)

0168844-12.2017.8.19.0001

REL. DES. JOSÉ ROBERTO LAGRANHA TÁVORA

153

(1713/2021) - TJ (AC)

0010440-45.2010.8.19.0052

REL. DES. JAIME DIAS PINHEIRO FILHO

232

(3305/2021) - TJ (HC)

0006205-11.2021.8.19.0000

REL. DES. JOÃO ZIRALDO MAIA

146

(7790/2021) - TJ (AC)

0075048-43.2013.8.19.0021

REL. DES. MARIA HELENA PINTO MACHADO MARTINS

178

(10626/2021) - TJ (AC)

0027596-60.2019.8.19.0204

REL. DES. EDUARDO DE AZEVEDO PAIVA

REVISTA DE
DIREITO



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO