

TJRJ

REVISTA DE
DIREITO

VOLUME 119

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

Contrato de Convivência

DOCTRINA

A Gognição Judicial - Notas

A Importância dos Precedentes Judiciais no Novo
Código de Processo Civil

Fake News e Democracia



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 119

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

TJRJ

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

2020
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

Solange Rezende Carvalho Duarte

DEPARTAMENTO DE GESTÃO E DISSEMINAÇÃO DO CONHECIMENTO – DECCO

Marcus Vinicius Domingues Gomes

DIVISÃO DE ORGANIZAÇÃO DE ACERVOS DO CONHECIMENTO – DICAC

Ana Claudia Elsuffi Buscacio

PROJETO GRÁFICO

Thais Gallart

EDITORAÇÃO

Hanna Kely Marques de Santana

ÍNDICE DA REVISTA DE DIREITO

www.tjrj.jus.br

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

sejur@tjrj.jus.br

34 (815.3)

R 454

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

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

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

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

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. Cláudio de Mello Tavares

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Des. Bernardo Moreira Garcez Neto

1º VICE-PRESIDENTE

Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho

2º VICE-PRESIDENTE

Des. Paulo de Tarso Neves

3º VICE-PRESIDENTE

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

REVISTA DE DIREITO

DIREÇÃO DA REVISTA

Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

EQUIPE TÉCNICA

Andréa de Assumpção Ramos Pereira (Chefe de Serviço)

Vera Lúcia Barbosa

Wanderlei Barreiro Lemos

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

ÓRGÃO ESPECIAL

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

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

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO E NORMAS

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

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

CÂMARAS CÍVEIS

1ª CÂMARA CÍVEL

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

2ª CÂMARA CÍVEL

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

3ª CÂMARA CÍVEL

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

4ª CÂMARA CÍVEL

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

5ª CÂMARA CÍVEL

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

6ª CÂMARA CÍVEL

Des. Nagib Slaibi Filho
Des. Benedicto Ultra Abicair
Des^a. Teresa de Andrade Castro Neves
Des^a. Inês da Trindade Chaves de Melo
Des^a. Cláudia Pires dos Santos Ferreira

7ª CÂMARA CÍVEL

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

8ª CÂMARA CÍVEL

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

9ª CÂMARA CÍVEL

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

10ª CÂMARA CÍVEL

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

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

11ª CÂMARA CÍVEL

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

12ª CÂMARA CÍVEL

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

13ª CÂMARA CÍVEL

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

14ª CÂMARA CÍVEL

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

15ª CÂMARA CÍVEL

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

16ª CÂMARA CÍVEL

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

17ª CÂMARA CÍVEL

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

18ª CÂMARA CÍVEL

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

19ª CÂMARA CÍVEL

Des. Ferdinando Nascimento
Des. Guaraci de Campos Vianna
Des^a. Valéria Dacheux Nascimento
Des. Lúcio Durante
Des^a. Lúcia Regina Esteves de Magalhães

20ª CÂMARA CÍVEL

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

21ª CÂMARA CÍVEL

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

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

22ª CÂMARA CÍVEL

Des^a. Odete Knaack de Souza
Des. Carlos Santos de Oliveira
Des. Rogério de Oliveira Souza
Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva
Des. Marcelo Lima Buhatem

23ª CÂMARA CÍVEL

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

24ª CÂMARA CÍVEL

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

25ª CÂMARA CÍVEL

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

26ª CÂMARA CÍVEL

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

27ª CÂMARA CÍVEL

Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres
Des^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

Reinaldo Pinto Alberto Filho
Mário Assis Gonçalves
Marília de Castro Neves Vieira
Agostinho Teixeira de Almeida Filho
Marcos Alcino de Azevedo Torres
Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara
Claudio Luis Braga Dell'orto
Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto
Claudia Pires dos Santos Ferreira
Maria Regina Fonseca Nova Alves
Marcelo Lima Buhatem
Claudia Telles de Menezes
André Emílio Ribeiro Von Melentovytsch
Gilberto Campista Guarino
Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho
Myriam Medeiros da Fonseca Costa
Valéria Dacheaux Nascimento
Flávia Romano de Rezende
Juarez Fernandes Folhes
José Roberto Portugal Compasso
Augusto Alves Moreira Júnior
Natacha Nascimento Gomes Tostes
Gonçalves de Oliveira
Luiz Henrique Oliveira Marques
Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes
Werson Franco Pereira Rêgo
José Acir Lessa Giordani
Marcos André Chut
André Luiz Cidra

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

CÂMARAS CRIMINAIS

1ª CÂMARA CRIMINAL

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

2ª CÂMARA CRIMINAL

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

3ª CÂMARA CRIMINAL

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

4ª CÂMARA CRIMINAL

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

5ª CÂMARA CRIMINAL

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

6ª CÂMARA CRIMINAL

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

7ª CÂMARA CRIMINAL

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

8ª CÂMARA CRIMINAL

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

SEÇÃO CRIMINAL

RESOLUÇÃO TJ/TP/RJ N° 01/2015

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

(...)

(Composição em 04 de maio de 2020)

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTO

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA

SUMÁRIO

Sumário

DOCTRINA

A Gognição Judicial - Notas	12
NAGIB SLAIBI FILHO	
A Importância dos Precedentes Judiciais no Novo Código de Processo Civil	22
KATIA MARIA AMARAL JANGUTTA	
<i>Fake News</i> e Democracia	31
BRUNO BODART	

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça	41
Temática – Contrato de Convivência	84
Cível	130
Criminal	197

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

Por Assunto	250
Por Relator	260
Por Ordem Numérica	262

A COGNIÇÃO JUDICIAL - NOTAS

NAGIB SLAIBI FILHO

Magistrado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Professor de Direito da Universidade Salgado de Oliveira

O conflito não é entre o bem e o mal, mas entre o conhecimento e a ignorância.

(Sidartha Gautama Buda. 566 a.C-486 a.C.)

1. Cognição

Cognição vem do latim *cognoscere*, do verbo conhecer, e é substantivo ou nome que designa o conhecimento, a Ciência, esta o conhecimento adjetivado ou qualificado pela organização ou sistematização.

Muitas vezes o termo é usado como sinônimo de Epistemologia, que vem da palavra grega *episteme*, e que também significa ciência ou conhecimento.

Mas, mais usualmente, denomina-se de Teoria do Conhecimento, também denominada Gnosiologia (que vem do grego *gnosis*, conhecimento), a parte da Filosofia que se dedica ao estudo sistemático do conhecimento, sendo por isso mesmo chamada de Filosofia da Ciência.

Da palavra *gnosis* vem a expressão agnóstico, aquele que se fundamenta na experiência de vida, no empirismo, e que, por isso, considera inútil discutir temas metafísicos, que seriam realidades não atingíveis através do conhecimento.

O *agnosticismo* é a corrente criada pelo inglês Thomas Henry Huxley (1825-1895), que reconheceu a sua dúvida sobre as crenças religiosas, do poder divino e respeito de algumas crenças religiosas, do poder atribuído a Deus e, em consequência, do sentido da vida e do universo.¹

Ateu é expressão que tem origem no grego “*atheos*”, que significa “sem Deus,

“A cognição não é uma conta de chegar, resulta de perseverante processo de perquirição da verdade, quanto ao fato, e, quanto aos profissionais do Direito, da norma ou regra de conduta aplicável em cada causa.”

1 BORGES, Jorge Luiz. *Revista Leia*, agosto de 1989: Eu não sei se tem alguém do outro lado da linha, mas ser um agnóstico significa que todas as coisas são possíveis, mesmo Deus. Este mundo é tão estranho, tudo pode acontecer, ou não acontecer. Ser um agnóstico permite-me viver num mundo mais amplo, num tipo mais futurístico de mundo. Faz-me mais tolerante.

que nega e abandona os deuses”. É formado pela partícula de negação “a” juntamente com o radical “*theos*” (deus).

O agnóstico nem sempre é ateu, pois alguns acreditam que Deus pode até existir, embora não se possa alcançar o conhecimento metafísico de sua existência pela falta de demonstração de sua existência, por inexistir meios materiais para tal.

Daí a distinção entre conhecimento e crença.

Somente chega a crença a ser considerada como conhecimento se a crença é verdadeira, pelo que pode perceber o crente, e se ele tem fundamento interno, como provas, afirmações e demais orientações razoáveis e plausíveis, para acreditar que tudo leva à verdade.

Ainda que sincera, a crença por si só não se transforma em conhecimento, como exemplificam com o crente da teoria da Terra plana, que ignora que a Terra não o é.

René Descartes diferenciou a crença da dúvida.

Ambas são estados da mente, distinguindo-se porque a dúvida é estado da mente insatisfatório, do qual lutamos para nos libertar; já a crença é suficiente para tranquilizar o espírito.

Ignorância, erro, dúvida, crença e conhecimento.

A ignorância é o desconhecimento da verdade, da realidade.

O erro é a inexata percepção da verdade.

A dúvida é ainda a crença sem a certeza.

A crença é o caminho para o conhecimento.

Naturalmente, há no espírito a necessidade de resolver a dúvida para alcançarmos a calma da crença. E, se chegamos a esta, lutamos para não lançar o espírito em dúvidas. A crença não expulsa a dúvida, por si só.

Nem a fé.

A fé não é estável. É uma chama bruxuleante como a da vela ao sabor do vento.

Fé (do Latim fide) é a adesão de forma incondicional a uma hipótese que a pessoa passa a considerar como sendo uma verdade sem qualquer tipo de prova ou critério objetivo de verificação, pela absoluta confiança que se deposita nesta ideia ou fonte de transmissão. A fé acompanha absoluta abstinência de dúvida pelo antagonismo inerente à natureza destes fenômenos psicológicos e da lógica conceitual. Ou seja, é impossível duvidar e ter fé ao mesmo tempo. A expressão se relaciona semanticamente como os verbos crer, acreditar, confiar e apostar, embora estes três últimos não necessariamente expressem o sentimento de fé, posto que podem embutir dúvida parcial como reconhecimento de um possível engano. A relação da fé com os outros verbos consiste em nutrir

*um sentimento de afeição, ou até mesmo amor, por uma hipótese a qual se acredita, ou confia, ou aposta ser verdadeira.*²

Aliás, lembre-se que o nome Ciência designa justamente o conhecimento sistematizado, organizado, que possa ser percebido para ser compreendido pelo ser humano.

Ao dissertar sobre a Teoria do Conhecimento, MIGUEL REALE³ se interessa pela investigação da natureza, das fontes e da validade do conhecimento.

Tenta responder as seguintes questões principais:

- o que é o conhecimento,
- como nós o alcançamos e
- se dispomos de meios para defender o conhecimento contra o desafio cético, isto é, proteger o conhecimento em face dos agnósticos, aqueles que não conhecem senão o que é físico e que consideram que é impossível conhecer qualquer coisa de forma suficiente.

A cognição é sempre um paradoxo.

Paradoxo vem do latim *para* (o contrário de) e *doxo* (opinião), significando uma ideia que traz dentro de si a própria contradição, ideia que parece contrária ao senso comum.

PONTES DE MIRANDA destacou o paradoxo de que o conhecimento do mundo exterior importa necessariamente em o agente ou sujeito da cognição se conhecer, o qual se vê, sem outro meio, compelido a fazer uma viagem de fora para dentro de si:

*A partir do sentir, do perceber, da consciência, e a acabar na sabedoria científica que é o máximo de liberdade ao real, às coisas, aos fatos, dentro de si. Um subir que é um lento descer em duas profundidades: a do mergulho na realidade e a do domínio de si mesmo.*⁴

Conhecer o mundo exterior, físico, exige naturalmente conhecer a si mesmo, o mundo interno, metafísico (o que está além do aparente, do físico).

Certamente por isso a decisão judicial geralmente é expressa pela palavra *sentença*, do latim *sententia*, a significar o que é percebido pelos sentidos.

No pátio do Templo de Apolo, em Delphos, na antiga Grécia, estaria escrita a expressão *conhece-te a ti mesmo*, expressão muito usada por Aristóteles ao descrever as lições de Sócrates.

2 RUSSELL, Bertrand. "Will Religious Faith Cure Our Troubles?". *Human Society in Ethics and Politics*. Ch 7. Pt 2.

3 REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 65 e ss.

4 PONTES DE MIRANDA. **O problema fundamental do conhecimento**. 2. ed. at. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2005, 326 p.

Em 1998, o Papa João Paulo II cita o termo na introdução da Encíclica *Fides et Ratio*. Nesta Encíclica, que discorre sobre a crise da Filosofia, o Papa cita o termo como “regra mínima de todo o homem que deseje distinguir-se”, isto é, um convite a pensar na verdade, pois, se nós não o fizermos, certamente outros pensarão por nós e, assim, nos dominarão.

A cognição não é uma conta de chegar, resulta de perseverante processo de perquirição da verdade, quanto ao fato, e, quanto aos profissionais do Direito, da norma ou regra de conduta aplicável em cada causa.

Tanto a cognição resulta de um processo, um lento desenvolver, que temos diversos níveis de conhecimento, a partir do momento em que só conhecemos o que for mais evidente aos sentidos e depois o que decorre da percepção do objeto com todas as suas consequências.

Jean Piaget, que criou a Teoria do Desenvolvimento, partiu do pressuposto de que a inteligência é auxiliar da adaptação ao ambiente. Assim, os meios de adaptação desenvolvem um processo que vai desde os meios mais simples, como os hábitos e os reflexos, para alcançar estágios mais elevados, como os que exigem *insight*, representação mental complexa e a manipulação mental de símbolos.

Na sua proposta, considera que a crescente aprendizagem e maturação, tanto a inteligência quanto suas manifestações tornam-se diferenciadas – mais altamente especializadas em vários domínios.

Diz-se que Deus é onisciente, tudo Ele conhece.

Suas criaturas, no entanto, somente podem conhecer o que permitem as limitações da mente de cada um.

Nunca o conhecimento da criatura abarcará tudo, desde o passado até o futuro, desde as profundezas até o alto do infinito.

O universo cognitivo de cada um tem as limitações naturais do ser humano.

2. Elementos da cognição

a) São elementos essenciais da cognição:

O *sujeito*, ou cognoscente, que é o agente que exerce a faculdade e o poder de conhecer. Sujeito vem do latim *sui jactum*, jogar para si. Na cognição judicial é, assim, o magistrado, aqui não importando sua instância ou competência. Mesmo atuando em órgãos colegiados, o julgamento sempre é individual, na antiga afirmação de que cada cabeça uma sentença. Neste sentido, a clássica afirmação de GIUSEPPE CHIOVENDA de que o julgamento colegiado resulta da coleta individual da sentença de cada juiz;

b) O *objeto*, o que se investiga para conhecer. Objeto vem do latim *ob jactum*,

jogar para fora. Na cognição judicial é a demanda, ou a causa, o que se manifesta perante o magistrado pelos atos processuais reproduzidos nos autos físicos ou eletrônicos com as questões a serem decididas. E não é só as demandas que se caracterizam pelas partes, pelo pedido, pela causa de pedir, mas também a cognição que se deve ter na decisão de incidentes ou questões preliminares, prejudiciais e de fundo; e

c) *opinião ou ideia*, a imagem mental que resulta da relação sujeito-objeto e que é apreendida pelo sujeito, ou seja, a impressão ou a ideia do magistrado sobre o objeto da cognição.

3. A Filosofia e seus ramos

Filosofia é palavra que vem do grego e significa, literalmente, o amor (*filo*) à sabedoria (*sofia*).

Seu objeto é o estudo dos problemas fundamentais relacionados à existência, ao conhecimento, à verdade, aos valores morais e estéticos, à mente e à linguagem.

Apresenta diversos campos de estudo que, evidentemente, não são estanques entre si, mas visceralmente conexos por representar perspectivas diversas sobre o mesmo objeto geral.

Adota-se, aqui, a terminologia mais usual neste início de século sobre tais ramos filosóficos, aliás decorrentes quase todos de Aristóteles, que os estruturou.

A Metafísica é o ramo que cuida do que transcende a realidade física. *Meta* é expressão grega e significa o que está além, o que transcende. Física, de *phisios*, expressa o que é sensível, existente.

Segundo Aristóteles, a Metafísica tem por objeto a investigação das realidades que transcendem a experiência sensível, capaz de fornecer um fundamento a todas as ciências por meio de reflexão a respeito da natureza primacial do ser. Inclui a relação entre o corpo e a mente, o que é substancial e o que é accidental, os eventos e o seu nexo de causalidade.

A Epistemologia, ou a Teoria do Conhecimento, ou Gnosiologia, incide sobre a natureza, etapas e limites do conhecimento humano, as relações que se estabelecem entre o sujeito e o objeto do conhecimento.

A Ética, também designada como Filosofia Moral, se dedica à conduta, o agir humano. Vem do grego *ethos*, a significar o caráter, a morada, a natureza. Distingue-se da moral, do latim *mores*, a indicar os costumes, o modo de agir. A despeito de uma indicar o conteúdo e a outra os costumes, como se exteriorizam as condutas, a Ética é também associada à ideia de moralidade.

Seus ramos principais são a meta-ética, o conjunto que leva à conduta, a Ética

Normativa, ou o Direito, que é a ciência das normas de conduta, e a Ética aplicada.

A Política ou Filosofia Política é o estudo do governo e da relação de indivíduos (ou famílias e clãs) para as comunidades, incluindo o Estado.

Polis vem do grego e expressa a comunidade. Do Latim é a cives, de onde resultam expressões como o Direito Civil, que dispõe sobre a vida da pessoa desde antes do seu nascimento com vida até depois da morte, quanto as relações jurídicas objeto de sua sucessão.

A Política investiga a justiça, a propriedade e o domínio das coisas, e os direitos e obrigações do cidadão. Política e Ética são tradicionalmente assuntos inter-relacionados, pois ambos discutem a questão do que é bom e honesto para a vida em comunidade e de como as pessoas deveriam viver.

A Estética é o ramo da Filosofia que estuda a natureza do que é belo e agradável aos sentidos, das características e fundamentos da Arte. Vem do grego *aisthesis*; que quer dizer percepção ou sensação. É o estudo da arte, em suma, seja ela a natural ou a criada pelo homem. A Estética estuda o julgamento frente ao belo, observando as percepções individuais e coletivas de uma reação gerada por um fenômeno estético, desde a admiração da natureza em si, até as obras criadas por mãos humanas.

A Lógica vem do grego *logos*, que significa pensamento, é a ciência do raciocínio, a parte da Filosofia que trata das formas do pensamento em geral (dedução, indução, hipótese, inferência etc.) e das operações intelectuais que visam à determinação do que é verdadeiro ou não.

A Filosofia da Mente é um ramo da filosofia que estuda a natureza da mente, os eventos mentais, as funções da mente, as propriedades da mente, da consciência e a sua relação com o corpo físico, especialmente o cérebro. Tal ramo filosófico tangencia a Psicologia, que é a ciência que trata dos estados e processos mentais, do comportamento do ser humano e de suas interações com um ambiente físico e social.

A Filosofia da linguagem ou Semiologia é o inquérito sobre a natureza, a origem e o uso da linguagem, os símbolos que expressam o pensamento. Trata da natureza do significado linguístico, do uso da linguagem e sua aprendizagem, da compreensão da linguagem, da interpretação, da tradução de aspectos linguísticos do pensamento e da experiência.

A Filosofia da Religião investiga a religião, etimologicamente a religação entre o Criador e a criatura, a origem e a importância da Religião para a humanidade. Também conhecida como Teologia, o estudo do Criador.

3.1. ESPECIFICAÇÃO DE TERMOS.

Percepção é a atividade de pesquisa (que é a ampliação do horizonte de conhecimento) pelo sujeito da cognição, o que vai resultar em sua mente como resultado da cognição.

A percepção pode se apresentar como a impressão ou como a ideia.

A impressão é a espécie de percepção que decorre do que sentimos pelas sensações externas, pelo que percebemos do momento exterior, do que vemos ou ouvimos, ou tudo aquilo que deflagra nossos sentimentos como as paixões, emoções, desejos.

Aliás, é muito comum o juiz dizer, geralmente em linguagem coloquial, que teve a impressão em tal ou qual sentido, principalmente ao estudar um documento ou ouvir uma testemunha.

Nesta Era Digital, cada vez mais a prova oral no processo é apreendida por gravação de mídia, o que se mostra superior ao antigo e medieval sistema de o Juiz ditar para o secretário o que vai compor a ata do depoimento ou da audiência; a superioridade decorre do simples fato de que se exclui um intermediário na cognição da prova oral.

Dessa época, vem o antigo comentário a seguir:

Como se sabe, não é correto o magistrado consignar em ata sua impressão pessoal valorativa sobre o relato testemunhal. Assim, temendo pela credibilidade do relato, a desconfiança do juiz deve tornar-se objetivada nos autos sob forma de contradições, exageros ou omissões que denotam a falta de isenção da testemunha. Veja-se: apesar de já estar convencido, o juiz ainda não está sentenciando, por isso precisa agir com arte para caracterizar seu convencimento no termo de audiência (mas repitamos, sem consignar impressão pessoal), pois ao sentenciar ele precisará de elementos concretos que embasem e comprovem sua impressão de descrédito no relato.⁵

*O juízo é o ato pelo qual o espírito afirma alguma coisa de outra coisa, como, por exemplo, o juízo expresso pela proposição de que Deus é imortal. JUÍZO. Do latim *judicium* (ação de julgar, julgamento, ofício do juiz), é tomado em duas acepções: Em sentido restrito, é tido na mesma significação de juizado, ou seja, o local em que o juiz exerce as suas funções ou funciona no exercício de sua jurisdição ou de seu próprio ofício. Em sentido mais amplo, significa a própria discussão da causa. Ou como definia Melo Freire: “*Judicium hodie definitur legitimae causae disceptatio et decisio a iudice competente facta.*” *Legitimae causae disceptatio*, discussão da legítima causa, pois é o sentido mais jurídico de juízo. É mais jurídico, porque nele está contido o sentido de juizado e o de própria instância, compreendida como o curso legal da causa, até final decisão. O juízo, compreendendo a discussão da causa, perante autoridade competente, abrange todas as operações necessárias ao movimento da causa, até que a sentença tenha passado em julgado, encerrando conceito mais amplo que o de mera discussão. Assim, implica a existência de uma instância. Mas, em verdade, não se confunde com a instância que, além de assinalar, como vimos, o curso da demanda, marca o grau de jurisdição.⁶*

5 PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992, p. 15.

6 PLACIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 32. ed. At. por NAGIB SALAIBI FILHO e PRISCILA PEREIRA VASQUEZ GOMES. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016.

A proposição é a expressão verbal do juízo.

A dúvida é a ausência de convicção ou certeza sobre determinado objeto. É uma impressão comum, quase sempre presente na mente de qualquer pessoa, principalmente quando se defronta com uma nova situação.

Como destacou Sócrates, a dúvida é sempre útil porque é a causa e o motor para esclarecer e averiguar com mais informações e reflexão o objeto a ser conhecido. Enfim, a dúvida é uma impressão do sujeito cognoscente, pois o que é duvidoso para alguém pode por outro ser interpretado como certeza.

A *contrario sensu*, a certeza que se planta na mente do sujeito da cognição, se tem o mérito de aliviá-lo quanto a ter chegado a uma conclusão, tem o demérito de bloquear maiores investigações sobre o objeto da cognição, o que dificulta a descoberta da verdade.

René Descartes (1596-1650) em suas *Meditações Científicas*, de 1641, bem colocou a questão, introduzindo o método da dúvida para alcançar níveis cognitivos mais elevados, o que implica sempre questionar as crenças e o conhecimento até então adquiridos.

Aliás, a indicar a imprescindível altaneria da cognição, disse Sócrates: O que sei é que nada sei. Saber disso me coloca em vantagem em face daqueles que acham que sabem tudo...

A dúvida quase sempre está presente no espírito de todas as pessoas, mas o juiz, por se tratar de Autoridade Pública, em suas manifestações não deve utilizar expressões que indiquem dúvida.

A dúvida deve ser levada em conta por ele de acordo com o caso que está julgando, como, por exemplo, na conhecida expressão *in dubio pro reo*, isto é, na dúvida, levar o que percebeu a favor do réu.

Já as ideias são as representações ou imagens no pensamento, ainda que já esmaecidas, como, por exemplo, a minha ideia sobre o que ocorreu em uma data importante ou, como na conhecida expressão, não tenho a mínima ideia, a indicar a ignorância ou o desconhecimento sobre determinado objeto.

A impressão é mais forte porque decorreu da percepção do objeto pelos sentimentos; a ideia é a impressão já mais esmaecida, desbotada, que perdeu a nitidez.

Vejo um quadro e dele recebo a impressão; fecho os olhos e dele tenho a ideia.

Por exemplo, no conhecido exemplo dos professores de Direito ao ensinar sobre a fragilidade da prova testemunhal, porque fundada na ideia do depoente, do que restou do que ele percebeu do fato. E o que é pior: que ele vai narrar no processo meses ou anos depois do que recebeu como impressão, quando já esmaecida a sua ideia.

Note-se que a ideia é o resultado da impressão e por isso necessariamente mais esmaecida, menos nítida, pois a impressão é contemporânea do que se conheceu e a ideia vem em momento posterior; não, em raras vezes, há um longo e acidentado trajeto ou caminho entre a impressão e a ideia.

E acresça-se ainda a eventual dificuldade de expressar a ideia. Neste sentido, o que está no art. 112 do Código Civil brasileiro: Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Não há ideia inata, isto é, uma ideia que impregnasse a pessoa desde o nascimento. Todas as ideias, assim, decorrem da experiência de vida, da impressão, do que foi percebido pelos sentidos, das características do sujeito da cognição. Por exemplo, quem nasceu surdo nunca terá a ideia de determinado som musical.

Sobre a impressão, a fundamentar a experiência ou o empirismo, veja-se o que estava no art. 335 do CPC73 e agora o disposto no art. 375 do NCPC, ambos a proceder a uma compreensível elegia do empirismo: O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

O empirismo é a doutrina filosófica que afirma ser o conhecimento resultado da experiência, restringindo-se ao que pode ser apreendido através dos sentidos ou da introspecção, opondo-se ao racionalismo e à metafísica.

E sobre a ideia, a fundamentar o racionalismo ou a razoabilidade, dispõe o art. 8º do NCPC: Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O racionalismo se contrapõe ao empirismo, porque considera que o conhecimento se baseia nos elementos fornecidos pela razão, não considerando os sentidos e a experiência.

Interessante observar que o Código de Processo Civil de 2015 utiliza a expressão em razão de como equivalente à causa ou ao motivo, como se vê nos arts. 45, § 2º, 53, III, f, 53, V, 62, 63 e outros.

Postulado, ou axioma, máxima ou premissa, é a proposição cuja verdade se admite e que serve de base a ulteriores afirmativas ou alegações.⁷

Neste sentido, sobre a proposição que serve de base a ulteriores afirmativas ou alegações, dispunha o art. 470 do CPC73, ao se referir à questão prejudicial, ou seja, aquela cuja decisão é um pressuposto necessário para o julgamento da lide:

7 PLACIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 32. ed. At. por NAGIB SALAIBI FILHO e PRISCILA PEREIRA VASQUEZ GOMES. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016.

Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Enfim, são notas introdutórias sobre a cognição judicial, porque essencial para o Estado Democrático de Direito: todos querem, precisam, exigem saber como o magistrado apreende o significado dos elementos, concatena os fatos que constituem o suporte fático das normas jurídicas que são os fundamentos da aplicação do Direito.

A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

KATIA MARIA AMARAL JANGUTTA

Desembargadora da 2ª Câmara Criminal do Rio de Janeiro, graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ -, e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF.

Precedente é a norma obtida no julgamento de um caso concreto que se define como a regra universal passível de ser observada em outras situações.

O Novo Código de Processo Civil (CPC/2015) constitui um marco histórico para o Direito brasileiro, no que diz respeito à eficácia e à importância que se atribui aos precedentes judiciais.

Os precedentes judiciais estão ganhando força ao longo do tempo, malgrado o Brasil possua um sistema jurídico essencialmente baseado na *Civil Law*, eles vêm sendo adotados pela legislação processual civil, objetivando imprimir maior segurança jurídica às decisões e maior celeridade ao processo.

Nosso ordenamento jurídico já vinha experimentando um processo gradual de valorização da jurisprudência, especialmente em sede constitucional e infraconstitucional, porém, na anterior legislação adjetiva civil (CPC/1973), ainda se podia afirmar que, no Brasil, as decisões judiciais, como regra, produziam efeitos apenas entre as partes de um caso concreto¹.

Mas o sistema do *Common law* vem estreitando suas relações com o *Stare decisis* – poder da força obrigatória dos precedentes – e, nesse contexto, se aproximando cada vez mais do ordenamento brasileiro, valendo observar-se do Novo Código de Processo Civil, a intenção do legislador de aproveitar os fundamentos de ambos os sistemas jurídicos, o que valorizará a uniformização e estabilização da jurisprudência, garantindo a efetividade do processo, e por consequência, das garantias constitucionais.

Nessa esteira de entendimento, a aplicação analógica e interpretação extensiva dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas e Assunção de Competência em seara processual criminal se faz possível, por força do artigo 3º, do Código de Processo Penal.

1. INTRODUÇÃO

Nosso País se filia ao sistema jurídico essencialmente baseado na civil law, mas já se pode observar que, os precedentes judiciais vêm sendo adotados gradativamente

1 MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

pela legislação processual civil brasileira com o objetivo de conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados e empreender maior celeridade ao trâmite processual.

Também, o sistema do *common law* vem sofrendo paulatinas modificações, aproximando-se cada vez mais do *stare decisis* e, também do *civil law*.

Percebe-se claramente que, o Código de Processo Civil de 2015, veio aproveitar os fundamentos do *common law* e do *stare decisis*, objetivando privilegiar a busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência pátria e garantir a efetividade do processo, particularmente das garantias constitucionais.

Dentro desse contexto, podemos verificar que, o novo Código de Processo Civil conferiu grande força aos precedentes jurisprudenciais, fixando o seu artigo 976 e seguintes, o procedimento para os chamados Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, que concentrarão decisões sobre boa parte das matérias responsáveis pelo elevado número de processos judiciais no País, e que poderá ser instaurado perante qualquer tribunal, por meio de petição ou ofício, dirigido ao presidente pelo relator, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, levando a que, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos dentro da área de jurisdição do tribunal que versem sobre questão de direito fixada no julgado e também para os futuros casos que discutam a mesma matéria.

“Há que se reconhecer que, nosso novo Código foi corajoso e fez uma escolha revolucionária no que diz aos precedentes judiciais...”

É um marco histórico para o Direito brasileiro, no que respeita à eficácia e à importância reconhecida aos precedentes judiciais, pois confere “força de lei” a esses precedentes que deverão ser obedecidos pelos juízes das instâncias inferiores.

2. CIVIL LAW E O STARE DECISIS

A Escola da *Civil law*, a qual o sistema jurídico brasileiro sempre foi filiado, assim como os países de origem romano-germânica, considera que a lei é a fonte primária do ordenamento jurídico e, em consequência, o meio apto a solucionar as controvérsias levadas ao Poder Judiciário, tendo os adeptos desse sistema, difundido a ideia de que a segurança jurídica estaria necessariamente ligada à observância pura e simples da lei. Para se alcançar esse ideal, então, deveria haver subordinação e vinculação do juiz à lei.

As jurisdições dos países que adotam esse sistema são estruturadas preponderantemente com a finalidade de aplicar o direito escrito, positivado, ou seja, os adeptos da *Civil law* consideram que o juiz é o intérprete e aplicador da lei, e por

isso não lhe reconhecem os poderes de criador do Direito.

O princípio da legalidade estampado no texto constitucional brasileiro vigente, artigo 5º, II, comprova a existência do sistema legal adotado ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O referente princípio protege o indivíduo em face do Estado, legitimando-se apenas as imposições que respeitem as leis previamente estabelecidas no ordenamento jurídico, e também serve como de instrumento norteador da atividade jurisdicional.

Exatamente em razão das balizas legais, a faculdade criadora dos juízes que laboram no sistema da *Civil law* é bem mais restrita do que ocorre no sistema da *Common law*².

Agora, com a adoção do sistema do *stare decisis* (força dos precedentes), há que se repensar a compreensão do termo “lei”, empregado na Constituição de 1988, pois se até pouco tempo “lei” significava apenas as espécies legislativas, em razão da força obrigatória dos precedentes há que se atribuir força, também, ao precedente judicial, especialmente aquele que, em razão do *status* da Corte que o firmou, tem cogência prevista no próprio ordenamento jurídico.

A aproximação dos sistemas da *Civil law* e do *Stare decisis*, se faz necessária à vista das constantes modificações por que passa a sociedade, e o fato de que aquele sistema nunca será capaz de prever solução para todas as situações concretas submetidas à apreciação judicial, sendo certo, ainda, não se poder negar a segurança jurídica proporcionada pelo ordenamento previamente estabelecido.

Em razão disso é que, cada vez mais os países de cultura anglo-saxônica legislam por intermédio da lei, e, os de tradição germano-românica estabelecem a força obrigatória dos precedentes judiciais³, sem se perder de vista que, no sistema do *Civil law*, de regra, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas necessariamente não obriga o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão anteriormente proferida.

3. OS PRECEDENTES NO CPC DE 1973 E OS PRECEDENTES NO NOVO CPC DE 2015

A igualdade, a coerência, a isonomia, a segurança jurídica e, ainda, a previsibilidade das decisões judiciais constituem as principais justificativas para a adoção do *Stare decisis*, e cada vez mais, o sistema jurídico brasileiro assume essa teoria, e de certa

2 DONIZETTI, Elpidio, **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**, Disponível em elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br

3 MARINONI, Luiz Guilherme. **O Precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em <http://marinoni.adv.br/artigos.php#>>

forma, ela vige no Brasil, pois o STF e o STJ além de terem o poder de criar a norma (teoria constitutiva da jurisdição), os juízes inferiores também têm o dever de aplicar o precedente criado por essas Cortes de Justiça.

Durante a vigência do CPC/1973, predominaram no Direito brasileiro os precedentes com eficácia meramente persuasiva e eram invocados na argumentação das partes, prestando-se a buscar o convencimento dos magistrados, a fundamentar suas decisões judiciais, mas não havia obrigação de serem seguidos.

Havia exceções à regra, tais como as decisões proferidas em controle concentrado da constitucionalidade, e as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal⁴, cuja observância pelas demais instâncias era obrigatória, sob pena de Reclamação⁵, valendo não esquecermos do julgamento dos recursos repetitivos.

Naquele Código (1973), diversos dispositivos aprovados ao longo dos anos apontam que a teoria dos precedentes ganhou corpo no campo processual. À guisa de exemplo, podemos citar os artigos 285-A, 481, parágrafo único, 557, 475, § 3º e 528, parágrafo único (No novo Código, vide os artigos 332, 949, 932, 496 e 1010, § 1º).

O marco mais reconhecido, no entanto, nos estudos dos precedentes judiciais é a EC 45/2004, que inseriu no nosso ordenamento jurídico as súmulas vinculantes e a repercussão geral⁶ nas questões submetidas ao Recurso Extraordinário (art. 102, § 3º, da CF).

No Novo Código de Processo Civil, essa vinculação é ainda mais expressiva.

A Reclamação passa a ser cabível não apenas para impor às demais instâncias os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado da constitucionalidade e nas súmulas vinculantes (art. 988 do CPC/2015), como já ocorria, mas passa a ser aplicável para obrigar os demais órgãos judiciais a respeitarem os julgados proferidos em recursos repetitivos e em incidentes de assunção de competência⁷.

A respeito dos casos repetitivos, não se limitam aos Recursos extraordinários e especiais sobre idêntica controvérsia. Abrangem também os julgados proferidos com base em um novo instituto, criado no CPC/2015, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Será admitido o incidente, quando for identificada controvérsia com potencial de ocasionar a multiplicação de causas fundadas na mesma questão de direito.

4 CF, art. 103-A, introduzido pela emenda Constitucional nº 45/2004.

5 Que se mostrou essencial para que os entendimentos proferidos pelo STF alcançassem efetivamente eficácia obrigatória.

6 Sistema que se destina a auxiliar na padronização de procedimentos no âmbito do STF e demais órgãos do Poder Judiciário, de forma a atender os objetivos da reforma constitucional e a garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados, destinatários maiores da mudança que se opera.

7 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHADT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Na lição de DONIZETTI⁸, o “*incidente apresenta-se como método de solução de demandas múltiplas (macrolides)*”, em que se parte de um caso concreto entre contendores individuais, cujo debate permite visualizar uma pretensão apta a repetir-se.

Tem como escopo promover uma superior concretização dos princípios da isonomia e da segurança jurídica⁹.

Como ocorre com os recursos especiais e extraordinários, o relator do processo selecionará dois ou mais casos representativos da controvérsia e os remeterá à apreciação do órgão colegiado do tribunal indicado pelo regimento interno como competente para este fim, e a decisão proferida, tal como ocorre com os REsp e REs, deverá ser replicada nas demandas semelhantes, vinculando os órgãos judiciais sujeito ao tribunal vinculante, ensejando, seu desrespeito, o cabimento de Reclamação contra este último.

Enfim, no Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, o Acórdão do Tribunal vinculará os órgãos de primeiro grau e o próprio tribunal. O Acórdão passará a ser o precedente que irá reger os processos em andamento, e aqueles que venham a ser instaurados.

Já o Incidente de Assunção de Competência (IAC) previsto no artigo 947, do NCPC/2015, ocorrerá na hipótese de julgamento de relevante questão de direito, com grande repercussão social, que não se repita em múltiplos processos, permitindo que o relator submeta o julgamento de determinada causa ao órgão colegiado de maior abrangência dentro do tribunal, conforme dispuser o regimento interno, e sua decisão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, no âmbito de jurisdição do tribunal.

No novo CPC/2015¹⁰, a instauração do incidente de assunção de competência tem lugar em qualquer recurso, na remessa necessária ou nas causas de competência originária.

4. EFEITOS E MODULAÇÃO

De regra, o entendimento dos Tribunais se aplica aos casos em andamento, sem importar a jurisprudência vigorante à ocasião da dedução da *questio* em juízo, sendo certo que, as ações que já tenham sido julgadas, sob a égide do entendimento anterior, não sofrerão mudança, em respeito ao princípio da imutabilidade da coisa julgada.

Mas como forma de evitar prejuízos em razão da mudança de entendimento dos tribunais, proporcionando maior segurança jurídica aos jurisdicionados, o tribunal

8 *Ob cit.*

9 PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar e BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla, **Novo Código de Processo Civil, anotado e comparado**. Ed. Forense.

10 Ao contrário do que ocorria no CPC/1973, em que a assunção de competência só tinha lugar no julgamento de apelação ou de agravo, ou seja, nos tribunais de segundo grau.

poderá modular os efeitos da decisão, limitando sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos prospectivos, valendo essa modulação, evidentemente, para os processos que estejam em andamento e para os que vierem a ser ajuizados (arts. 927, § 3º e 985, I e II do NCPC/2015).

5. EFICÁCIA VINCULANTE

O efeito vinculante do precedente evita situações nas quais os jurisdicionados venham a ter decisões contrárias na mesma hipótese jurídica, dependendo para qual órgão seu processo foi distribuído.

O novo ordenamento processual civil (art. 926, §§ 1º e 2º, do CPC/2015), estabelece que o efeito vinculante dependerá da adoção dos respectivos fundamentos pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que daí não resulte súmula.

A eficácia vinculante será afastada quando os fundamentos do caso paradigma, que poderiam servir de parâmetro para o caso sob julgamento, não foram imprescindíveis para o resultado final ou quando não foram adotados pela maioria dos membros do órgão julgador, que estejam presentes no acórdão, sendo certo, ainda, que, a razão de decidir extraída do voto vencido, não constituiu, por igual, efeito vinculante¹¹.

Evita-se, com isso, que para a formação do precedente, se apoie em votos vencidos ou em precedentes que não se amoldam ao caso concreto para sustentar suas teses.

6. APLICAÇÃO ANALÓGICA E INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS INCIDENTES DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA EM SEARA PROCESSUAL CRIMINAL, POR FORÇA DO ARTIGO 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Dispõe o artigo 3º Código de Processo Penal que “*A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito*”.

Esse dispositivo legal possibilita a interpretação analógica e a interpretação extensiva no processo penal brasileiro, situando-se tais modalidades de interpretação, no processo de *autointegração* das leis e do Direito, diante da necessidade de solução do caso concreto submetido à jurisdição¹².

Evidentemente que, tratando-se de normas incriminadoras (as que definem o tipo penal), as qualificadoras ou causas de aumento de pena, ou ainda, que agravem de alguma forma a situação do réu, não se poderá falar em aplicação

11 DONIZETTI, *Ob. cit.*

12 PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio, **Curso de Processo Penal**, 15ª ed., Lumen Iuris Ed., RJ, 2011

de analogia e interpretação extensiva, a não ser quando a própria lei dispuser a respeito.

A interpretação analógica, na verdade, é a interpretação por analogia, pois se está utilizando a aplicação de uma norma prevista para regular situação diversa, para resolver situação semelhante, não regulada, o que difere da interpretação extensiva, quando a operação a que se refere, localiza-se no âmbito da mesma norma, cuja eficácia é ampliada.

Vale lembrar que NORBERTO BOBBIO não faz qualquer distinção entre interpretação analógica e por analogia, apontando entre esta e a interpretação extensiva um único critério distintivo, qual seja, o fato da criação de uma nova norma jurídica na interpretação por analogia ou analógica¹³.

Nesse contexto, levando em conta que a questão dos precedentes que ora se examina é de natureza instrumental, não dizendo respeito àquelas normas de natureza *incriminadoras*, é que se pode afirmar que podem perfeitamente ser aplicados no âmbito processual criminal, quando se tratar de matéria eminentemente de direito, haja vista que, o caso oposto depende da análise de provas, o que deverá ser feito individualmente em cada processo.

Assim, o processamento dos Incidentes de Resolução de Demanda Repetitiva e os Incidentes de Assunção de Competência, devem seguir o mesmo trâmite previsto no Novo Código de Processo Civil de 2015, naquilo que for pertinente ao processo penal, objetivando-se, com isso, dar uniformidade e segurança jurídica às decisões prolatadas em seara criminal.

Mais em âmbito penal do que no civil, o réu tem direito a uma decisão igual ao de seu semelhante, se em situação de igualdade estiverem, não se admitindo mais que, os órgãos jurisdicionais criminais adotem decisões díspares, quando se trata da vida humana, de réus presos muitas das vezes, em verdadeira ofensa aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

7. CONCLUSÃO

Saber se tais novidades alcançarão o resultado prático desejado, apenas o tempo poderá dizer, mas tudo está a indicar que trilhamos um caminho sem volta.

Evidentemente que, a gestão da enorme quantidade de processos de massa deverá ser realizada de forma mais profissional e estratégica, pelo que as empresas, que são um dos segmentos da sociedade que possuem significativa abrangência de mercado, deverão estar atentas.

13 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10 ed. Brasília: UNB, 1982.

Mas as técnicas que valorizam os precedentes judiciais, e em consequência, a celeridade processual, a isonomia e a segurança jurídica, devem servir para aprimorar o sistema processual civil e evitar engessar a atuação interpretativa dos juízes e tribunais, ou para limitar o direito de acesso à justiça, constitucionalmente previsto.

Com certeza, com a vigência do NCPC/2015, os precedentes judiciais normativos deixarão de ser uma exceção no nosso Direito e, possivelmente, se tornarão regra.

Há que se reconhecer que, nosso novo Código foi corajoso e fez uma escolha revolucionária no que diz aos precedentes judiciais, cabendo à comunidade jurídica desenvolver os novos institutos necessários a operar com um sistema de precedentes bastante diverso daquele até aqui experimentado.

BIBLIOGRAFIA:

- . BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro, Leite dos Santos, 10 ed. Brasília: UNB, 1982
- . DONIZETTI, Elpidio, **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**, Disponível em elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br
- . MARINONI, Luiz Guilherme. **O Precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em <http://marinoni.adv.br/artigos.php#>>
- . MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHADT, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- . PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio, **Curso de Processo Penal**, 15^a ed., Lumen Iuris Ed., RJ, 2011
- . PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cesar e BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla, **Novo Código de Processo Civil, anotado e comparado**. Ed. Forense

Fake News e Democracia.

Fake News and Democracy.

BRUNO BODART*

1. Introdução

O presente ensaio tem por objetivo abordar aspectos importantes relacionados à regulação das denominadas *fake news* em uma democracia constitucional. Em um primeiro momento, buscar-se-á demonstrar que o funcionamento da democracia está sujeito a diversas restrições, dentre elas a de caráter informacional. Posteriormente, passa-se a abordar o mecanismo por meio do qual são propagadas as *fake news*, com ênfase aos incentivos para que agentes se dediquem a essa atividade. Por fim, examina-se o modo pelo qual as *fake news* devem ser reguladas, seja à luz do ordenamento positivo, seja por uma análise normativa.

2. Democracia: Propósito e Limites

A ideia moderna de democracia é fundada em duas premissas. A primeira delas estabelece ser possível construir um mecanismo confiável de captação das preferências de uma população, baseado primordialmente no voto. Sendo assim, as plataformas políticas dos candidatos a cargos públicos são como “pacotes de prioridades”, de modo que as escolhas de candidatos, pelos eleitores, configuram também uma sinalização quanto às suas preferências sobre políticas públicas. A segunda premissa é a de que o referido mecanismo de coleta de preferências individuais é mais eficiente, como base de um sistema de formulação de políticas públicas, em comparação com um regime fundado nas decisões de um indivíduo ou grupo de indivíduos, sejam eles ditadores ou tecnocratas.¹

* LL.M. (Master of Laws), Harvard Law School. Doutorado em andamento pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). E-mail: brunobodart@alumni.harvard.edu ou brunobodart@usp.br

1 Não se deseja adentrar, aqui, na complexa discussão sobre a correta definição de democracia. É suficiente, para os propósitos deste texto, a adoção do conceito de democracia cunhado pelo Professor de Ciência Política da *New York University* Adam Przeworski: “um sistema de tomada de decisões coletivas que melhor reflita as preferências individuais e que faça o maior número de nós o mais livre possível”, o qual “deve satisfazer quatro condições: cada participante deve poder exercer igual influência sobre as decisões coletivas, cada participante deve ter alguma influência efetiva sobre as decisões coletivas, decisões coletivas devem ser implementadas por aqueles selecionados para implementá-las e a ordem jurídica deve permitir a cooperação segura sem interferências indevidas”. No original: “a system of collective decision making that best reflects individual preferences and makes as many of us as free as possible must satisfy four conditions: Every participant must be able to exercise equal influence over collective decisions, collective decisions must be implemented by those selected to implement them, and the legal order must enable secure cooperation without undue interference” (PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and the Limits of Self-Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 13).

Diversas restrições, contudo, são aplicáveis a essa perspectiva conceitual sobre a democracia. Por exemplo, o constitucionalismo encarta a noção de que a regra da maioria deve estar submetida a limites materiais, ou seja, as preferências manifestadas pelo eleitorado e refletidas nas decisões dos mandatários políticos têm seu conteúdo limitado por um programa normativo predeterminado na Constituição e construído ao longo do tempo pela jurisprudência. É frequentemente mencionado sobre o ponto o termo “dificuldades contramajoritárias”, cunhado pelo jurista norte-americano ALEXANDER BICKEL em 1962, em referência à interferência de juízes não eleitos nas decisões tomadas pelas vias majoritárias.² Nada obstante essas dificuldades contramajoritárias, o controle de constitucionalidade se popularizou pelo mundo em diversos modelos: exercício por qualquer órgão judicial; apenas pela Suprema Corte; por uma Corte Constitucional especializada; por um órgão não vinculado ao Judiciário etc.³

“Considerando o alto potencial danoso dessa prática para a disputa democrática, é excepcionalmente cabível a restrição *ex ante* da difusão de informações, sem prejuízo do controle *ex post*, sempre que necessário.”

Além das restrições materiais, as escolhas de um regime democrático também estão sujeitas a limitações intrínsecas ao desenho de um sistema de escolha social. O prêmio Nobel de Economia KENNETH ARROW demonstrou, ainda na década de 1950, os problemas relativos à agregação de preferências individuais em um conjunto de preferências coletivas.⁴ O teorema da impossibilidade de ARROW dispõe ser conceitualmente impossível chegar a um programa coletivo de preferências a partir da agregação de escolhas individuais quando atendidos determinados critérios de “justiça” em um sistema eleitoral (não ditadura, universalidade, independência de alternativas irrelevantes e unanimidade). Esse resultado demonstra que a construção do sistema eleitoral requer escolhas intrinsecamente morais sobre as suas características, as quais impactam no próprio resultado do pleito. É dizer, considerado o mesmo grupo de eleitores e seu respectivo conjunto de preferências individuais, a plataforma coletiva de preferências a ser escolhida dependerá essencialmente das regras eleitorais em vigor.

Há, ainda, uma terceira espécie de restrição à plena funcionalidade de um regime democrático. Consoante afirmado, o objetivo básico de uma democracia é capturar as preferências individuais dos cidadãos por meio do voto, a fim de que as políticas públicas sejam construídas com base nessa aferição. As eleições apenas podem atingir esse objetivo quando o eleitorado

Há, ainda, uma terceira espécie de restrição à plena funcionalidade de um regime democrático. Consoante afirmado, o objetivo básico de uma democracia é capturar as preferências individuais dos cidadãos por meio do voto, a fim de que as políticas públicas sejam construídas com base nessa aferição. As eleições apenas podem atingir esse objetivo quando o eleitorado

2 BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

3 V. GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (ed.). *Comparative Constitutional Law*. Northampton: Edward Elgar, 2011.

4 ARROW, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*. 2. ed. New York: John Wiley & Sons, 1963.

dispõe de informações adequadas sobre os candidatos e seus programas políticos, sob pena de o voto sinalizar preferências que o eleitor, na realidade, não possui.⁵ Considere-se, por exemplo, um eleitor que prefira a redução da cobertura de programas públicos de assistencialismo em troca de tributação menos onerosa. Em razão de informações equivocadas, esse eleitor pode ser conduzido a votar precisamente em um candidato que expandirá programas de assistencialismo e aumentará a carga tributária – o inverso do que pretendia o indivíduo. Para garantir um ambiente profícuo para o exercício informado do sufrágio, a própria Constituição estabelece restrições quanto ao alistamento eleitoral, o voto e às condições de elegibilidade, vedando, v. g., o alistamento dos menores de dezesseis anos e a candidatura de analfabetos (v. art. 14, §§ 1º e 4º, da CRFB).

Nos capítulos seguintes, essa terceira espécie de restrição à democracia será apreciada em maiores detalhes, no contexto das denominadas *fake news*.

3. O Limite Informacional à Democracia e as *Fake News*

A transmissão de informações indesejadas aos eleitores tem recebido a nomenclatura de *fake news*. Sob esse rótulo são abrangidas não apenas as informações intencionalmente falsas, mas também aquelas incorretas propagadas por equívoco, bem como as imprecisas (por exemplo, a notícia de uma declaração muito antiga do candidato veiculada como se refletisse seu posicionamento atual ou fora de contexto). A preocupação com as informações disseminadas no período anterior ao pleito precede a popularização da internet. Tanto assim que a propaganda eleitoral pelo rádio e televisão já contava com minuciosa regulação, inclusive no que diz respeito a debates entre candidatos (art. 46 da Lei nº 9.504/1997). A rede mundial de computadores, entretanto, potencializou o alcance de informações falsas e inexatas publicadas por pessoas comuns, tornando mais difícil e custosa a atuação do *Law enforcement*. O exemplo mais emblemático da utilização da internet para a difusão de informações com o intuito de manipulação do eleitorado ocorreu nas eleições presidenciais dos Estados Unidos em 2016,⁶ mas práticas semelhantes têm sido frequentes em outras

5 Nesse sentido, v. GENTZKOW, Matthew; SHAPIRO, Jesse M. “*Ideological Segregation Online and Offline*”. In: *Quarterly Journal Of Economics*, 2011 Nov, Vol.126(4), pp.1799-1839. (Afirmando que a democracia é mais efetiva quando cidadãos possuem percepções precisas sobre a realidade).

6 “*Top Senate intelligence duo: Russia did interfere in 2016 election*”, The Guardian, 04/10/2017. Disponível em: <<https://perma.cc/H59L-4XG7>>. V. tb. ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. “*Social Media and Fake News in the 2016 election*.” In: *Journal of Economic Perspectives*, 2017, Vol.31(2), pp.211-236. (Fazendo referência a uma base de dados de 115 notícias falsas em favor da candidatura de Donald Trump e 41 notícias falsas pró-Clinton que foram compartilhadas no Facebook 38 milhões de vezes, gerando 760 milhões de acessos e leituras pelos usuários – o equivalente a 3 notícias falsas lidas por adulto americano).

eleições recentes ao redor do globo, como México,⁷ Alemanha,⁸ Catalunha⁹ e Reino Unido,¹⁰ dentre outros.¹¹ Como a democracia baseia a formulação de políticas públicas no resultado das urnas, e sendo o voto é influenciado pelas percepções do eleitorado sobre a realidade, as fake news podem dar origem a políticas públicas enviesadas.¹²

Para entender esse fenômeno, é necessário compreender os fatores básicos que conduzem ao seu surgimento e reprodução. Os incentivos privados para a produção de *fake news* dependem dos custos e benefícios envolvidos na atividade. De um lado, o propagador de notícias poderá obter benefícios econômicos e não econômicos (como a satisfação de sua ideologia política) com a difusão de *fake news*. Por outro lado, a criação e gestão de informações socialmente indesejadas gerarão custos para o propagador (diretos, de oportunidade e psicológicos), bem assim o risco de imposição de sanções cíveis e criminais. Em diversos contextos, os benefícios tendem a superar os custos da propagação de *fake news*. Isso porque a *internet* facilita a conexão entre pessoas dispostas a pagar por serviços do gênero e sujeitos dispostos a prestá-los. O investimento necessário para a reprodução de informações na rede é baixo,¹³ quanto mais com a utilização de robôs que atuam na divulgação de notícias a partir de algoritmos. Por fim, as diminutas chances de identificação dos responsáveis pela propagação, aliadas às sanções brandas pela conduta, contribuem para a sensação de impunidade e fomentam a atuação dos propagadores de *fake news*.¹⁴

4. Regulação de Fake News e o “Mercado Livre de Ideias”

No que diz respeito à intensidade e caráter das sanções para a criação e publicação de notícias “falsas”, é de destacar-se que a compreensão exagerada do direito à liberdade de expressão tem inegável influência sobre a timidez dos esforços no combate àquelas práticas.

- 7 “Bots and Trolls Elbow Into Mexico’s Crowded Electoral Field”, The New York Times, 01/05/2018. Disponível em: <<https://perma.cc/9U2M-2RJQ>>.
- 8 “Facebook Removed Tens of Thousands of Fake Accounts’ for German Election”, Fortune, 27/09/2017. Disponível em: <<https://perma.cc/MU5E-FLHY>>.
- 9 “There’s fake news in Catalonia too”, El País, 02/10/2017. Disponível em: <<https://perma.cc/2KFQ-7MPJ>>.
- 10 “Theresa May accuses Russia of interfering in elections and fake news”, The Guardian, 14/11/2017. Disponível em: <<https://perma.cc/5TPQ-T8E4>>.
- 11 “Fake News Found in 16 Countries’ Elections”, U.S. News, 14/11/2017. Disponível em: <<https://perma.cc/C3YT-MR79>>.
- 12 V. DELLAVIGNA, Stefano; KAPLAN, Ethan. “The Political Impact of Media Bias.” In: **Information and Public Choice**. Roumeen Islam (ed.). World Bank Publications. pp. 79-106. (Colacionando evidências empíricas sobre o impacto de notícias enviesadas sobre o comportamento dos eleitores, utilizando dados referentes à criação da emissora Fox News nos EUA).
- 13 V. ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. “Social Media and Fake News in the 2016 election.” In: **Journal of Economic Perspectives**, 2017, Vol.31(2), pp. 211-236. (Afirmando que a utilização de *fake news* para manipulação do eleitorado é prática antiga, mas que ganhou maior relevância recentemente pela facilidade de criar *websites* e de lucrar com conteúdos na *internet* por meio de plataformas de propagação).
- 14 KSHETRI, Nir; VOAS, Jeffrey. “The Economics of Fake News”. In: IT Pro, Nov./Dez. 2017, IEEE Computer Society, p. 9.

É tradicional a referência a um “mercado livre de ideias”, como destacado por Oliver Wendell Holmes Jr., Ministro da Suprema Corte dos EUA, em seu voto no caso *Abrams v. United States* (1919). Nada obstante, a crença na capacidade de obter resultados socialmente ótimos por um mercado irrestrito para a troca de informações é tão problemática quanto a completa ausência de regulação das mais diversas atividades econômicas. As falhas de mercado que causam perdas sociais no que diz respeito à troca de bens e serviços podem também causar efeitos negativos quanto ao surgimento e uso do conhecimento na sociedade.

No contexto das eleições, a experiência internacional tem demonstrado que a livre atuação de grupos maliciosos na reprodução de notícias *on-line* é uma preocupante ameaça à soberania nacional e ao bom funcionamento da democracia. Cidadãos mal informados, consoante anteriormente anotado, comprometem a capacidade de um regime democrático escolher representantes de qualidade. Na medida em que há um custo para a separação entre notícias verdadeiras e falsas – consistente no investimento de tempo, recursos e satisfação psicológica para obter boa informação –, os cidadãos se tornam mais céticos quanto aos produtores de notícias legítimas, pois não conseguem diferenciá-los dos produtores de fake news. Por consequência da menor demanda por notícias de qualidade, há um desestímulo, por parte da oferta, ao investimento na obtenção de informações adequadas e na produção de conteúdo não enviesado.¹⁵

Em razão da necessidade de regular a difusão de informações, o Código Penal criminaliza diversas formas de expressão ofensivas à honra (artigos 138 e seguintes) e a divulgação de informações sigilosas particulares ou públicas (artigos 153 a 154-A). Na mesma linha, a própria Constituição determina que a livre manifestação do pensamento não pode ser exercida anonimamente, bem como sujeita o seu emissor à responsabilidade civil pela reparação dos danos materiais, morais ou à imagem causados a terceiros (art. 5º, IV, V e VI, da CRFB). É verdade que a Carta Magna estabelece restrições à censura, que não pode afetar a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX, da CRFB) e nem pode ter natureza política, ideológica e artística (art. 220, § 2º, da CRFB). A preocupação do constituinte tem relevantes fundamentos, já que o grupo político no poder pode utilizar a censura como forma de perseguição a opositores políticos.

Ainda que assim não fosse, a censura é geralmente um método de regulação do ambiente informacional muito custoso para a sociedade, considerando os esforços para filtrar informações indesejadas e também as perdas referentes às informações desejáveis equivocadamente banidas. Por fim, esses custos muitas vezes não se justificam, visto que as restrições estabelecidas pelos censores podem ser facilmente contornadas – como na edição do “Jornal do Brasil” que, ante a proibição de divulgar a promulgação do Ato Institu-

15 V. ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. “Social Media and Fake News in the 2016 election.” In: *Journal of Economic Perspectives*, 2017, Vol.31(2), pp. 211-236. (Explicando, na linha do texto, os efeitos negativos das fake news sobre a demanda e oferta por informações).

cional nº 5 no auge da ditadura, noticiou na previsão do tempo: “*Tempo negro. Temperatura sufocante. O ar está irrespirável. O país está sendo varrido por fortes ventos...*”

Nada obstante, deve-se considerar que a censura é apenas uma das formas de limitação da manifestação de ideias, sendo que outros mecanismos podem alcançar os mesmos resultados práticos, como a responsabilidade civil, a criminal e as obrigações de fazer e não fazer determinadas por autoridades judiciais. Assim, para compelir um indivíduo a não divulgar determinada informação, seriam medidas igualmente possíveis: (i) exigir a prévia submissão de suas manifestações a uma autoridade administrativa, (ii) ameaçá-lo com a possibilidade de responsabilização criminal e (iii) sujeitá-lo ao pagamento de indenização cível pelos danos causados. Note-se que a regulação *ex post* (é dizer, a responsabilização cível e criminal após a divulgação da informação) tem o benefício de evitar a restrição prematura de informações socialmente desejáveis. Entretanto, conta com diversos inconvenientes, pois depende da provocação do Judiciário, é limitada pela capacidade do ofensor de pagar a indenização e pode ser ineficaz quando o dano causado pela divulgação for extraordinário (considere-se, por exemplo, a publicação da identidade de agentes policiais infiltrados em atividades de investigação de organizações criminosas, em violação ao art. 14, IV, da Lei nº 12.850/2013). Dessa forma, todos os mecanismos regulatórios disponíveis para combater disfunções no ambiente informacional têm prós e contras, sendo necessário escolher cuidadosamente quando e como intervir na produção e disseminação de informações, a fim de que sejam alcançados os objetivos constitucionais, inclusive aqueles subjacentes à proibição da censura.

5. A Eficiência na Regulação da Liberdade de Expressão

Para nortear a tarefa do operador do direito nesse âmbito, é bastante útil a fórmula de Posner sobre os custos e benefícios de regular a liberdade de expressão. De acordo com a referida fórmula, deve-se optar pela intervenção quando os custos gerados pela regulação (abrangendo a perda social pela supressão de informações valiosas e os custos necessários à atividade de filtragem, pelo regulador, das informações indesejadas) forem inferiores ao custo esperado da disseminação da informação nociva (isto é, o dano que será causado, ajustado pela probabilidade de sua ocorrência e com desconto proporcional ao tempo necessário à produção de seus efeitos – danos com risco reduzido de incidência ou que ocorram em um futuro remoto têm menor peso). Sem dúvidas, a interpretação dos dispositivos constitucionais que versam sobre a liberdade de expressão deve considerar as variáveis que compõem a fórmula, notadamente a natureza do discurso afetado, a quantidade de informações represadas, o impacto da regulação em outros aspectos do bem-estar social, a capacidade da autoridade responsável pela sua implementação de discernir informações benéficas e prejudiciais etc.¹⁶

16 POSNER, Richard A. “Free Speech in an Economic Perspective”. In: **20 Suffolk U. L. Rev.** 1 (1986).

A contaminação do debate político pela manipulação causada por *fake news* apresenta panorama propício à intervenção regulatória, de acordo com a fórmula sugerida. Já se destacou a gravidade do dano causado pela disseminação massiva de informações falsas, a qual atinge a consciência do eleitor, matéria-prima da ordem democrática, causando perturbação da ordem pública e afetando a forma como a sociedade se organiza em torno de projetos políticos. No que tange à capacidade do próprio “mercado” solucionar o problema, são conhecidos na literatura de Psicologia e Sociologia os padrões de comportamento humano que são facilmente explorados para a difusão de rumores falsos, sendo possível realizar estimativas precisas sobre o público alcançado e o tempo necessário para tanto.¹⁷ Um estudo publicado por pesquisadores do Massachusetts Institute of Technology, utilizando dados colhidos em redes sociais por mais de uma década, constatou que notícias falsas atingem mais pessoas e são distribuídas mais rapidamente que informações verdadeiras.¹⁸

Considerando o grande volume de informações falsas compartilhadas *on-line*, é improvável que medidas meramente educativas sejam suficientes para reverter o quadro de desinformação. A correta percepção sobre a veracidade de manchetes está fortemente associada à educação, idade e ao consumo total de informações na mídia pelos indivíduos.¹⁹ No Brasil, 27% (vinte e sete por cento) da população é considerada analfabeta funcional e outros 42% (quarenta e dois por cento) possuem nível de alfabetismo apenas elementar,²⁰ ao passo que 64,7% da população brasileira com idade acima de 10 anos está conectada à *internet*, segundo dados do IBGE.²¹ Ademais, um viés cognitivo documentado na literatura é o chamado “raciocínio politicamente motivado”, consistente na tendência de indivíduos inconscientemente conformarem sua avaliação de informações não com a busca da verdade, mas com o objetivo de manter a conexão a um grupo de afinidade cujos membros são unidos por valores comuns.²²

17 V. PITTEL, Boris. “On Spreading a Rumor”. In: SIAM Journal on Applied Mathematics, Vol. 47, No. 1 (Feb., 1987), pp. 213-223 (apresentando um modelo matemático sobre a velocidade e alcance da transmissão de rumores, considerando que cada recipiente de informações pode ou não absorvê-la com determinada probabilidade).

18 VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. “The spread of true and false news online”. In: Science, 09 Mar 2018, Vol. 359, Issue 6380, pp. 1146-1151.

19 Nesse sentido: ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. “Social Media and Fake News in the 2016 election.” In: *Journal of Economic Perspectives*, 2017, Vol.31(2), pp. 211-236. Os autores enfrentam o argumento de que pessoas de melhor nível educacional possuem mais recursos retóricos para defender posicionamentos alinhados às suas preferências políticas, ainda que em desacordo com a verdade. Segundo o estudo, a análise dos dados demonstrou que a variável educação não estava associada de forma estatisticamente significativa a inferências mais ou menos ideologicamente alinhadas.

20 Indicador de Analfabetismo Funcional (INAF) 2016. Instituto Paulo Montenegro e Ação Educativa. Disponível em: <<http://www.ipm.org.br/pt-br/programas/inaf/relatoriosinafbrasil/Paginas/Inaf-2015---Alfabetismo-no-Mundo-do-Trabalho.aspx>>.

21 <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/brasil-tem-116-milhoes-de-pessoas-conectadas-a-internet-diz-ibge.ghtml>>

22 V. KAHAN, Dan M. “The Politically Motivated Reasoning Paradigm”. In: *Emerging Trends in Social and Behavioral Sciences*. New York: Sage, 2016. p. 1-24

Quanto aos gestores de aplicações de redes sociais na *internet*, há fatores gerando incentivos em sentidos opostos. Em muitos casos, esses gestores (como Facebook, Twitter e Google) são remunerados pelo alcance da publicação e não pela qualidade do seu conteúdo. Há, portanto, um incentivo financeiro para que esses agentes privados não fiscalizem ou restrinjam a divulgação de *fake news*. Por outro lado, é razoável pressupor que tais gestores têm um interesse de longo prazo na preservação de uma reputação de qualidade nas notícias veiculadas em suas plataformas, visto que reputação distinta poderia afetar suas receitas com publicidade.

Todos esses elementos indicam que os danos causados pela disseminação de *fake news* sem a intervenção regulatória são significativos. Quanto aos custos gerados pela regulação, devem ser analisados em relação a cada medida proposta para o tratamento do problema. Medida de especial interesse nesse contexto é a regulação da propaganda eleitoral. Uma peculiaridade do modelo brasileiro consiste no fato de que o órgão responsável pela aplicação da lei no que diz respeito à propaganda eleitoral é o Judiciário. Sendo assim, o risco de que informações socialmente relevantes sejam impedidas de circular por razões sistemáticas de preferência política são reduzidas. Ainda que juízes possam ser movidos por inclinações políticas, interesses de carreira, experiências pessoais ou outras preferências diversas da maximização da eficiência do ordenamento jurídico, as normas que impõem o respeito aos precedentes tendem a evitar respostas jurisdicionais enviesadas.²³

6. Conclusão

Conclui-se que, no contexto eleitoral, as *fake news* devem submeter-se à adequada regulação. Considerando o alto potencial danoso dessa prática para a disputa democrática, é excepcionalmente cabível a restrição *ex ante* da difusão de informações, sem prejuízo do controle *ex post* sempre que necessário. Em especial, deve competir à Justiça Eleitoral combater a difusão de “conceito, imagem ou afirmação sabidamente inverídicos”, na dicção do art. 58 da Lei nº 9.504/97.

Vale mencionar que o art. 53, § 1º, do mesmo diploma, quanto à propaganda eleitoral no rádio e na TV, veda a veiculação de propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, sob pena, inclusive, de perda do direito à veiculação de propaganda. Todavia, o art. 57-D da Lei nº 9.504/97, ao tratar da propaganda na *internet*, não contém idêntica vedação à divulgação que possa degradar ou ridicularizar candidatos. Uma interpretação que homenageia a liberdade de expressão admite ser permitida a propaganda na *internet* que possa degradar ou ridicularizar candidatos, assegurado o direito de resposta, desde que não se trate de fato sabidamente inverídico. Essa interpretação coaduna dois fatores que

23 V. GENNAIOLI, Nicola. *The evolution of Common Law. In: The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012. p. 53-75.

atuam em sentidos distintos nesse campo. A uma, o eleitor tem o direito de saber de fatos que possam desabonar um candidato e pesar em sua decisão sobre votar nele ou não. A duas, sendo o rádio e a televisão concessões públicas, há preocupação quanto ao elevado poder de influência que os concessionários detêm sobre a formação da opinião pública e, em última análise, no que concerne ao resultado do pleito eleitoral. No âmbito da *internet*, opiniões depreciativas sobre candidatos podem ser submetidas ao livre debate de ideias, desde que não se trate de acusações manifestamente inverídicas, pelo seu potencial de confusão do eleitorado, no contexto das *Fake News*.

BIBLIOGRAFIA

- ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. “**Social Media and Fake News in the 2016 election.**” *In: Journal of Economic Perspectives*, 2017, Vol.31(2), pp.211-236.
- ARROW, Kenneth. **Social Choice and Individual Values**. 2. ed. New York: John Wiley & Sons, 1963.
- BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- DELLAVIGNA, Stefano; KAPLAN, Ethan. “The Political Impact of Media Bias.” *In: Information and Public Choice*. Roumeen Islam (ed.). World Bank Publications. pp. 79-106.
- GENNAIOLI, Nicola. The evolution of Common Law. *In: The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012.
- GENTZKOW, Matthew; SHAPIRO, Jesse M. “Ideological Segregation Online and Offline”. *In: Quarterly Journal Of Economics*, 2011 Nov, Vol.126(4), pp.1799-1839.
- GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (ed.). **Comparative Constitutional Law**. Northampton: Edward Elgar, 2011.
- KAHAN, Dan M. “The Politically Motivated Reasoning Paradigm”. *In: Emerging Trends in Social and Behavioral Sciences*. New York: Sage, 2016.
- KSHETRI, Nir; VOAS, Jeffrey. “The Economics of ‘Fake News’”. *In: IT Pro*, Nov./Dez. 2017, IEEE Computer Society, p. 9.
- PITTEL, Boris. “On Spreading a Rumor”. *In: SIAM Journal on Applied Mathematics*, Vol. 47, No. 1 (Feb., 1987), pp. 213-223.
- POSNER, Richard A. “Free Speech in an Economic Perspective”. *In: 20 Suffolk U. L. Rev.* 1 (1986).
- PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and the Limits of Self-Government**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. “The spread of true and false news online”. *In: Science*, 09 Mar 2018, Vol. 359, Issue 6380, pp. 1146-1151.

JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. DERRAMAMENTO DE ÓLEO NA BAÍA DE ILHA GRANDE. DANO AO MEIO AMBIENTE. APLICAÇÃO DE MULTA PELO MUNICÍPIO DE ANGRA DOS REIS E PELA CAPITANIA DOS PORTOS. AÇÃO ANULATÓRIA. DUPLA SANÇÃO ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA. COOPERAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS. COMPETÊNCIA COMUM. ART. 76 DA LEI Nº 9.605/1998. SILÊNCIO ELOQUENTE DO LEGISLADOR.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Anulatória movida pela Petrobras Transporte S/A Transpetro contra o Município de Angra dos Reis, com o objetivo de ver desconstituído o Auto de Infração 01/02 (lavrado pela municipalidade em 14/05/2002) e a respectiva multa aplicada, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), pelo fato de a empresa, em 13/05/2002, ter causado dano ambiental decorrente de derramamento de petróleo e derivados na Baía de Ilha Grande, localizada no Município ora recorrente.

2. As instâncias ordinárias julgaram procedente o pedido, sob o fundamento de que a sanção aplicada em momento anterior pela Capitania dos Portos, e já recolhida pela empresa, substitui eventual penalidade pela mesma conduta por parte dos demais entes federativos, a fim de evitar o inaceitável *bis in idem*.

3. Não se pode conhecer da alegada ofensa aos arts. 23, VI, e 24, VI, da Constituição Federal, porquanto seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, "a", da Carta Magna.

4. Ausente o requisito do prequestionamento, no que se refere ao suposto julgamento extra petita, o que atrai o óbice da Súmula nº 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário,

quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

5. É inviável analisar a tese de que não teria sido comprovado o pagamento da sanção imposta pela Capitania dos Portos, pois o conhecimento dessa questão demanda revolvimento fático-probatório (Súmula nº 7/STJ).

6. Inafastável a competência municipal para aplicar multa em virtude dos danos ambientais provocados pelo incidente ocorrido na Baía da Ilha Grande, visto que a área é abrangida pelo Município de Angra dos Reis. Impossível deixar de reconhecer a competência da União, exercida pela Marinha do Brasil – Capitania dos Portos, especialmente considerando que a atividade desenvolvida pela Petrobras implica alto risco de causar lesões a seus bens naturais. Nesse sentido: REsp 673.765/RJ, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ de 26/09/2005, p. 214.

7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Recurso Especial nº 1.132.682 - RJ (2009/0062655-0), em que são Recorrente: Município de Angra dos Reis e Recorrido: Petrôbras Transporste S/A, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros OG FERNANDES, MAURO CAMPBELL MARQUES, ASSUETE MAGALHÃES (Presidente) e FRANCISCO FALCÃO votaram com o Sr. Ministro Relator."

BRASÍLIA, 13 DE DEZEMBRO DE 2016.
MIN. HERMAN BENJAMIN
RELATOR

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interpos-

to, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

Ação Anulatória. Multa por derramamento de óleo na Baía de Ilha Grande. Sentença procedente para anular o ato administrativo que aplicou a multa. Autora já sancionada sobre mesmo fato. Impedimento de *bis in idem*. Multa da União substituirá a aplicada pelo Município. Recurso desprovido. Sentença que se mantém (f. 609, e-STJ).

O Município de Angra dos Reis afirma que houve ofensa aos arts. 23, VI, e 24, VI, da CF/1988 e aos arts. 70, *caput*, § 1º, 72, II, 75 e 76 da Lei nº 9.605/1998.

Sustenta, em suma:

a) a decisão é *extra petita*, pois não há na peça exordial "o pedido de anulação da multa pelo fundamento de já existir uma outra expedida pela Capitania dos Portos na quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), o que, em tese, substituiria a multa no valor de R\$ 10 milhões emitida pelo Município da Angra dos Reis" (f. 607, e-STJ);

b) "somente o pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios, substituirá o pagamento da multa também imposta pela União, e não o contrário" (f. 609, e-STJ).

Diante disso, assevera que "o Município-Recorrente pode aplicar a multa, não existindo o *bis in idem* na expedição de multas relativas aos danos ambientais e a infração do caso enseja a sanção imposta" (f. 612, e-STJ); e

c) não houve comprovação de que a Capitania dos Portos teria aplicado a multa e de que já havia sido efetuado seu pagamento.

Contrarrazões a f. 622-634.

Os autos ascenderam ao STJ por força do provimento de Agravo de Instrumento para subida

de Recurso Especial (f. 657).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do Recurso Especial (f. 776-786).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN (Relator): Cuida-se, na origem, de Ação Anulatória movida pela Petrobras Transporte S/A Transpetro contra o Município de Angra dos Reis, com o objetivo de ver desconstituído o Auto de Infração 01/02 (lavrado pela municipalidade em 14/05/2002) e a respectiva multa aplicada, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), pelo fato de a empresa, em 13/05/2002, ter causado dano ambiental decorrente de derramamento de petróleo e derivados na Baía de Ilha Grande, localizada no Município ora recorrente.

A empresa sustenta que o ente municipal não poderia ter lavrado o auto de infração nem aplicado a multa, pois a Capitania dos Portos de Angra dos Reis, que é o órgão competente para tanto, já havia tomado providências nesse sentido. Alega, em adição, que a multa imposta pela Capitania dos Portos, no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), já se encontra devidamente quitada.

A sentença julgou procedente o pedido e decretou a anulação do ato administrativo com base na ocorrência de *bis in idem*. A decisão de 1º grau foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O recorrente alega que houve ofensa a diversos dispositivos da Lei nº 9.605/1998 e da Constituição Federal. Aduz que a Constituição Federal estabelece ser da competência comum dos entes federativos a proteção ao meio ambiente. Sustenta a inexistência de violação ao princípio do *non bis in idem* e a impossibilidade da aplicação analógica do art. 76 da Lei nº 9.605/1998.

Passo ao exame do recurso.

Inicialmente, destaco a inviabilidade da discussão, em Recurso Especial, acerca de suposta ofensa aos arts. 23, VI, e 24, VI, da Constituição Federal, porquanto seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, "a", da Carta Magna.

Também não se pode conhecer da irresignação contra a suposta existência de julgamento *extra petita*, pois a referida matéria não foi analisada pela instância de origem. Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula nº 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

Observo que a alegada inexistência de comprovação de que a Capitania dos Portos teria aplicado a multa anteriormente pelo mesmo incidente, e de que esta já havia sido quitada, não enseja conhecimento.

A respeito, o Tribunal de origem, com amparo nas provas produzidas nos autos, concluiu:

Uma vez que houve o pagamento da multa de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), aplicada pela Capitania dos Portos local, não cabe nova penalidade sobre o mesmo fato gerador. (f. 613).

Diante dessa premissa, é inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial de que não teria sido comprovado o pagamento da sanção imposta pela Capitania dos Portos, pois o conhecimento dessa questão demanda revolvimento fático-probatório (Súmula nº 7/STJ).

Quanto ao mérito, cumpre, de início, analisar a questão da competência para aplicação de sanções em decorrência de infrações administrativas em matéria ambiental, no presente caso dano ao meio ambiente ocasionado por vazamento de petróleo e derivados proveniente de navio, ocorrido na Baía de Ilha Grande.

A matéria encontra-se devidamente prequestionada, e a parte especificou os dispositivos de

lei federal tidos por violados, de modo que foram observados os requisitos de admissibilidade recursal, nesse ponto.

No plano constitucional, o fundamento maior do dever-poder de controle e de fiscalização ambiental encontra-se no art. 225, *caput*, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A Carta Magna atribui aos diversos entes da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – competência comum para proteção e preservação do meio ambiente:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

.....
.....

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora.

Por imposição constitucional, o Estado brasileiro, em todas as suas facetas e níveis, figura como guardião-garantidor do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além disso, o texto constitucional estabelece que a responsabilidade em matéria ambiental pode ocorrer em três esferas distintas: a penal, a administrativa e a civil. É o que se depreende da redação do § 3º do artigo 225 da CF:

Art. 225.....
.....

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente

da obrigação de reparar os danos causados. (grifei)

Na dicção de HELY LOPES MEIRELLES (*in* **Direito Administrativo Brasileiro**, 35ª ed. 2009, São Paulo, Malheiros Editores), "a responsabilidade administrativa fundamenta-se na capacidade que têm as pessoas jurídicas de Direito Público de impor condutas aos administrados". Tal responsabilidade resulta da infração a normas administrativas, sujeitando-se o infrator a sanção de natureza também administrativa, prevista em lei. Por seu turno, a imposição de sanções é inerente ao exercício do poder de polícia administrativa do Estado.

Com efeito, o dever-poder de controle e fiscalização ambiental, manifestado por meio do poder de polícia do Estado, é emanado do marco constitucional (em especial dos arts. 23, VI e VII, 170, VI, e 225) e também da legislação infraconstitucional, sobretudo da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) e da Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente (Lei nº 9.605/1998), cujos principais dispositivos transcrevo abaixo:

Lei nº 6.938 (Política Nacional do Meio Ambiente)

Art. 2º. A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

.....

.....

V - controle e zoneamento das atividades potencial e efetivamente poluidoras;

(...)

Art. 6º. Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

(...)

Art. 14. Sem prejuízo das penalidades previstas pela legislação federal, estadual ou 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 Federal da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

§ 2º. No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo.

Lei nº 9.605/1998 (Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente)

Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em

que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

(...)

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação e omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º. São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

No Direito brasileiro, existe, a cargo dos órgãos que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, um inequívoco dever-poder de controle e de fiscalização ambiental (= dever-poder de implementação), de natureza vinculada, indisponível, irrenunciável e imprescritível, estando inserida na competência comum dos diversos entes federativos, no âmbito de suas jurisdições, a aplicação de sanções em razão do cometimento de infração que resulte em dano ao meio ambiente.

Desse modo, em princípio, é inafastável a competência municipal para aplicar multa em virtude dos danos ambientais provocados pelo incidente ocorrido na Baía da Ilha Grande, visto que a área é abrangida pelo Município de Angra dos Reis. Impossível deixar de reconhecer a competência da União, exercida pela Marinha do Brasil - Capitania dos Portos, especialmente considerando que a atividade desenvolvida pela Petrobrás implica alto risco de causar lesões a seus bens naturais.

Nesse sentido, confirmam-se os precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRA-

DA. DANO AMBIENTAL. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. DERRAMAMENTO DE ÓLEO DE EMBARCAÇÃO DA PETROBRÁS. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 07/STJ. COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE PARA IMPOR SANÇÕES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. LEGITIMIDADE DA EXAÇÃO.

1. (...omissis...)

2. Mandado de segurança impetrado objetivando a suspensão da exigibilidade da multa, bem como a desconstituição do ato administrativo, ao fundamento de incompetência do órgão ambiental municipal para a lavratura de auto de infração em casos de derramamento de óleo proveniente de navio, uma vez que referida competência é atribuída à Capitania dos Portos do Ministério da Marinha, pelo artigo 14, § 4º, da Lei nº 6.938/81, combinado com os artigos 1º, 2º e 3º, da Lei nº 5.357/67, vigentes à época do evento (26/06/2000 - Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º, § 2º), bem como pelo fato de a imposição da multa não ter sido precedida de laudo técnico em que restasse caracterizada a poluição e conduta comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa da requerente que pudesse ter nexo de causalidade com a pretensa poluição, contrariando a exigência do artigo 4º e do parágrafo 2º do artigo 41, do Decreto nº 3.179/99, que regulamenta a Lei nº 6.933/81.

3. (...omissis...)

4. Destarte, o *caput* do art. 14 da Lei nº 6.938/81 preceitua que as penalidades previstas em referido diploma são aplicáveis sem prejuízo de outras previstas em

legislação federal, estadual ou municipal e, seu § 2º determina que a atuação federal só ocorrerá quando omissa a autoridade estadual ou municipal:

"Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades previstas pela legislação federal, estadual ou municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...) § 2º. No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo."

5. Nesse seguimento, o § 4º, do mesmo dispositivo legal, vigente à época da ocorrência do dano ambiental, tão somente prescrevia outras penalidades, remetendo a fiscalização à Capitania dos Portos em estreita cooperação com diversos outros órgãos de proteção ao meio ambiente estaduais ou federais, no esteio da Lei nº 5.357/67, que assim dispõe:

"Art 1º As embarcações ou terminais marítimos ou fluviais de qualquer natureza, estrangeiros ou nacionais, que lançarem detritos ou óleo nas águas que se encontrem dentro, de uma faixa de 6 (seis) milhas marítimas do litoral brasileiro, ou nos rios, lagoas e outros tratos de água ficarão sujeitos às seguintes penalidades:

a) as embarcações, à multa de 2% (dois por cento) do maior salário-mínimo vigente no território nacional, por tonelada de arqueação ou fração;

b) os terminais marítimos ou fluviais, à multa de 200 (duzentos) vezes o maior salário-mínimo vigente no território nacional. Parágrafo único. Em caso de reincidência a multa será aplicada em dobro.

Art 2º A fiscalização desta Lei fica a cargo da Diretoria de Portos e Costas do Ministério da Marinha, em estreita cooperação com os diversos órgãos federais ou estaduais interessados.

Art 3º A aplicação da penalidade prevista no art. 1º e a contabilidade da receita dela decorrente far-se-ão de acordo com o estabelecido no Regulamento para as Capitânicas de Portos.

Art 4º A receita proveniente da aplicação desta lei será vinculada ao Fundo Naval, para cumprimento dos programas e manutenção dos serviços necessários à fiscalização da observância desta Lei.

Art 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art 6º Revogam-se as disposições em contrário."

6. Consectariamente, revela-se evidente que o § 4º, do art. 14, da Lei nº 6.938/81, não exclui a competência fiscalizatória e sancionatória dos órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente, mas, ao contrário, consoante o art. 2º, da Lei nº 5.357/67, reforçou-a.

7. A *ratio* do art. 14, da Lei nº 6.938/81 está em que a ofensa ao meio ambiente pode ser bifronte atingindo as diversas unidades da federação.

8. Premissas que impõem o afastamento da pretensa incompetência da autoridade estadual que lavrou o auto de infração e impôs multa administrativa à recorrente.

9. A controvérsia quando não adstrita à legalidade da imposição de multa, por danos causados ao meio ambiente, com respaldo na responsabilidade objetiva, escapa à competência do E. STJ por interdição da Súmula 07.

10. Sob a estrita ótica infraconstitucional, dispõe o artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81:

"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;

11. O artigo 14, § 1º, da mesma norma, a seu turno, prevê:

"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: (grifo nosso)

§ 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.

12. Com efeito, o artigo 14 da Lei nº 6.938/81, mantido pela Lei nº 7.804/89, permite a aplicação de multas pela autoridade estadual com base em legislação federal, vedando expressamente a sua cobrança pela União, se já tiver sido aplicada pelo Estado.

13. *In casu*, o auto de infração foi lavrado por autoridade estadual, com base nessa responsabilidade objetiva.

14. Dessarte, "(...)O meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é direito de todos, protegido pela própria Constituição Federal, cujo art. 225 o considera "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida". (...) Além das medidas protetivas e preservativas previstas no § 1º, incs. I-VII do art. 225 da

Constituição Federal, em seu § 3º ela trata da responsabilidade penal, administrativa e civil dos causadores de dano ao meio ambiente, ao dispor: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". Neste ponto a Constituição recepcionou o já citado art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, que estabeleceu responsabilidade objetiva para os causadores de dano ao meio ambiente, nos seguintes termos: "sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade." (grifos nossos) (SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *in Programa de Responsabilidade Civil*)

15. As penalidades da Lei nº 6.938/81 incidem sem prejuízo de outras previstas na legislação federal, estadual ou municipal (art. 14, *caput*) e somente podem ser aplicadas por órgão federal de proteção ao meio ambiente quando omissa a autoridade estadual ou municipal (art. 14, § 2º). A *ratio* do dispositivo está em que a ofensa ao meio ambiente pode ser bifronte atingindo as diversas unidades da federação

16. À Capitania dos Portos, consoante o disposto no § 4º, do art. 14, da Lei nº 6.938/81, então vigente à época do evento, competia aplicar outras penalidades, previstas na Lei nº 5.357/67, às embarcações estrangeiras ou nacionais que ocasionassem derramamento de óleo em águas brasileiras.

17. A competência da Capitania dos Portos não exclui, mas contempla, a legitimidade fiscalizatória e sancionadora dos órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente.

18. Para fins da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, art 3º, qualifica-se como poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. Precedentes jurisprudenciais do STJ: Resp nº 467.212/RJ, desta relatoria, DJ de 15/12/2003; Resp nº 282.781/PR, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJ de 27/05/2002; AGA nº 179.321/SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 25/09/2000 e Resp nº 48.753-6/SP, Relator Ministro AMÉRCIO LUZ, DJ de 17/04/1995.

19. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp nº 673.765/RJ, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ de 26/09/2005, p. 214).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MULTA AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. ILEGITIMIDADE ATIVA DA FAZENDA ESTADUAL. EXAME DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 280/STF. COMPETÊNCIA PARA AUTUAÇÃO DE INFRAÇÃO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 280/STF. COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS ESTADUAIS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE PARA IMPOR SANÇÕES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. PRECEDENTE. NECESSIDADE DO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 7/STJ. INVIABILIDADE.

1. Não se conhece do Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 535 do CPC 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.

2. Em relação à alegada ilegitimidade ativa da Fazenda Estadual, com a leitura do acórdão objurgado e das razões da parte agravante, verifica-se que o exame da pretensão recursal

pressupõe a apreciação de normas de Direito local, mais especificamente da Lei Estadual nº 997/1976 e do Decreto Estadual nº 8.468/1976. Aplicação, *in casu*, da Súmula nº 280 do STF.

3. No que diz respeito à competência para atuar a referida infração, temos que a Corte local continuou por embasar sua decisão em Direito local - a Lei Estadual nº 997/1996. Dessa forma, o Tribunal a quo dirimiu a controvérsia sob a ótica da referida legislação local. Incidência da Súmula nº 280 do STF.

4. Não ocorreu *bis in idem* na aplicação das sanções, uma vez que a competência da Capitania dos Portos não exclui, mas complementa, a legitimidade fiscalizatória e sancionadora dos órgãos estaduais de proteção ao meio ambiente. Precedente do STJ.

5. Além disso, a instância de origem decidiu a controvérsia com fundamento no suporte fático-probatório dos autos. Desse modo, verifica-se que a análise da controvérsia demanda reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula nº 7/STJ.

6. Recurso Especial não provido.

(REsp nº 1.560.022/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 03/02/2016).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. AUTUAÇÃO POR FALHA OPERACIONAL DANOSA AO MEIO AMBIENTE. EXERCÍCIO LEGÍTIMO DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL. ART. 8º, IX, DA LEI Nº 9.478/1997. SISTEMA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE - SISNAMA. ART. 6º DA LEI Nº 6.938/81. MULTA APLICADA COM BASE NO ART. 3º, IX, DA LEI Nº 9.847/99. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO PUNITIVO. SÚMULA Nº 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Cuidam os autos de Ação Ordinária ajuizada pela Petrobras contra a Agência Nacional do Petróleo - ANP, visando a anular auto de infração por falha operacional ocorrida na Refinaria Presidente Getúlio Vargas - Repar, que acarretou vazamento de petróleo.

2. Um dos objetivos da Política Nacional de Energia é "proteger o meio ambiente" (art. 1º, IV), cabendo à Agência Nacional de Petróleo - ANP, entre outras competências legais, a "fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis", sobretudo quanto a "fazer cumprir as boas práticas de ... preservação do meio ambiente" (art. 8º, IX, da Lei nº 9.478/1997). A multa administrativa, por sua vez, está embasada no art. 3º, IX, da Lei nº 9.847/1999, que pune "construir ou operar instalações e equipamentos necessários ao exercício das atividades abrangidas por esta Lei em desacordo com a legislação aplicável".

3. Assim, por força de disposição legal, a proteção do meio ambiente encontra-se imbricada no poder de polícia da ANP, sem que tal provoque ingerência indevida nas atribuições específicas dos órgãos ambientais, que mantêm sua natural competência à medida que a exploração e comercialização de petróleo, gás natural e biocombustíveis caracterizam atividade potencialmente poluidora, nos termos do art. 3º, II e III, da Lei nº 6.938/81.

4. No ordenamento jurídico brasileiro, o poder de polícia ambiental é prerrogativa inafastável dos órgãos de proteção do meio ambiente. Isso, porém, não quer dizer que o legislador esteja impedido de, em adição, atribuí-lo também a outras entidades públicas, postura que, antes de significar *bis in idem*, representa em verdade o reconhecimento de que o dano ambiental e as atividades capazes de causá-lo exigem, pela sua complexidade e múltiplas

facetadas, a conjunção do expertise de toda a Administração Pública, no sentido de assegurar a máxima efetividade nos esforços de prevenção, reparação e repressão.

5. O Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama é integrado por todos os "órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental" (art. 6º, *caput*, da Lei nº 6.938/81), o que abarca, em *numerus apertus*, não só aqueles listados, expressamente, nos vários incisos, como também os que, por força de lei, recebem poderes de implementação ambiental, como o Ministério Público e as agências governamentais especializadas ou temáticas.

6. A sanção penal ou administrativa ambiental pode se referir tanto à ocorrência do dano em si mesmo (= resultado da conduta degradadora) quanto, alternativa ou cumulativamente, à violação de exigências técnicas para o exercício da atividade ou do procedimento operacional do empreendimento (= iter da conduta degradadora).

7. Na hipótese dos autos, a sanção administrativa foi imposta à Petrobras, não pelo dano ambiental isoladamente considerado, mas pelo fato de a empresa ter violado dispositivo legal que pune, com multa, quem "construir ou operar instalações e equipamentos necessários ao exercício das atividades abrangidas por esta Lei em desacordo com a legislação aplicável" (art. 3º, IX, da Lei nº 9.847/1999), isto é, no caso, alteração das "condições de projeto do oleoduto", falha na sua "manutenção" e no "controle operacional por parte das equipes de operação do Terminal de São Francisco do Sul e da REPAR", que estão na origem do acidente.

8. A alegação de que o ato administrativo questionado nos autos é desprovido de motivação contraria a premissa fática do acórdão recorrido, de modo que sua análise demanda reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, esbarrando no óbice da Súmula nº 7/STJ.

9. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula nº 211/STJ.

10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp nº 1.142.377/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 28/02/2012).

Feitas essas considerações, cumpre examinar a ocorrência de *bis in idem* na espécie, em virtude de a autora já ter sido devidamente autuada pela Marinha do Brasil - Capitania dos Portos pelo mesmo incidente.

In casu, as instâncias ordinárias desconstituíram a multa imposta pelo Município de Angra dos Reis à Petrobras, sob o fundamento de que a sanção aplicada em momento anterior pela Capitania dos Portos, e já paga pela empresa, substitui eventual penalidade imposta pela mesma conduta por parte dos demais entes federativos, a fim de evitar o inaceitável *bis in idem*.

Todavia, a solução adotada pelas instâncias de origem não deve prevalecer, pois a multa cobrada pelo recorrente longe está de ferir o princípio que veda a dupla punição pelo mesmo evento (*non bis in idem*).

Como antecipado, o dever-poder de zelar e proteger o meio ambiente – comum entre todos os entes federativos – emerge da própria Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, especialmente a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) e Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente

(Lei nº 9.605/1998), que fixam normas gerais sobre a matéria.

O art. 76 da Lei nº 9.605/1998 – no qual se baseia o Tribunal *a quo* para anular a multa imposta pelo Município – reproduz, com pequena diferença, preceito contido no art. 14, I, da Lei nº 6.938/1981. Eis o teor dos dispositivos:

Art. 76. O pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal ou Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência.

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:

I – à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

A norma mais recente prescreve que o pagamento de multa imposta pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios substitui a multa federal na mesma hipótese de incidência, ao passo que a anterior vedava a cobrança da sanção pecuniária pela União, se já tiver sido aplicada pelos demais entes federativos.

Como se percebe, o critério adotado pelo legislador – de duvidosa constitucionalidade – é de que prevalece a multa lavrada pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, em detrimento da constituída pela União.

Embora passível de questionamento, sobretudo se considerado o regime de cooperação

entre os entes federativos em matéria de proteção do meio ambiente e de combate à poluição (art. 23, VI e VII, da CF), o fato é que, no âmbito infraconstitucional, houve uniforme e expressa opção de que, em relação ao mesmo fato, a sanção imposta por Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios predomina sobre a multa de natureza federal.

A meu sentir, a situação inversa não foi contemplada de forma intencional. Está-se diante de um silêncio eloquente por parte do legislador, motivo pelo qual se afigura descabida a analogia adotada pelo Tribunal a quo. Se o pagamento da multa imposta pela União também afastasse a possibilidade de cobrança por Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, a lei teria afirmado simplesmente que o adimplemento de sanção aplicada por ente federativo afastaria a exigência de pena pecuniária por quaisquer dos outros.

Não há margem para interpretação de que a multa paga à União impossibilita a cobrança daquela aplicada pelo Município, sob pena de *bis in idem*, uma vez que a atuação conjunta dos poderes públicos, de forma cooperada, na tutela do meio ambiente, é dever imposto pela Constituição Federal, a qual, no parágrafo único de seu art. 23, delegou à Lei Complementar a fixação de normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Registro, por fim, que, à época da infração administrativa sancionada, ainda não se encontrava em vigor a LC 140/2011, que fixou normas para cooperação entre os entes federativos nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum na defesa do meio ambiente, nos termos do art. 23, parágrafo único, da CF.

Ante o exposto, conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, dou-lhe provimento.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.670.338 - RJ (2014/0196661-2)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. CÔNJUGE MEEIRO. RESERVA DE MEAÇÃO. ART. 655-B DO CPC/1973. DÍVIDA RELATIVA A HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. RESPONSABILIDADE DE QUEM É PARTE NA DEMANDA. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.

1. Recursos especiais interpostos contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nos 2 e 3/STJ).

2. Nos termos do art. 655-B do CPC/1973, incluído pela Lei nº 11.382/2006, havendo penhora de bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução deve recair sobre o produto da alienação do bem.

3. Para impedir que a penhora recaia sobre a sua meação, o cônjuge meeiro deve comprovar que a dívida executada não foi contraída em benefício da família. Precedentes.

4. Tratando-se de dívida proveniente da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais em demanda da qual o cônjuge meeiro não participou, é inegável o direito deste à reserva de sua meação.

5. Os honorários advocatícios consagram direito do advogado contra a parte que deu causa ao processo, não se podendo exigir do cônjuge meeiro, que não integrou a relação processual da lide originária, a comprovação de que a dívida executada não foi contraída em benefício do casal ou da família.

6. Recursos especiais não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Recurso Especial nº 1.670.338-RJ (2014/0196661-2), em que são

Recorrentes: Bolsa de Valores do Rio de Janeiro – BVRJ e Associação Bovespa e Recorrida: S. A. N., prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro MOURA RIBEIRO, decide a Terceira Turma, por maioria, negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencida a Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI. Os Srs. Ministros MARCO AURÉLIO BELLIZZE, MOURA RIBEIRO e PAULO DETARSO SANSEVERINO votaram com o Sr. Ministro Relator.

BRASÍLIA (DF), 04 DE FEVEREIRO DE 2020.
MIN. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
RELATOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recursos especiais, ambos interpostos com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - RESERVA DA MEAÇÃO - CÔNJUGE VIRAGO - POSSIBILIDADE - DÍVIDA QUE NÃO FOI CONTRAÍDA EM BENEFÍCIO DO CASAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA.

- Cuida a hipótese de Embargos de Terceiros opostos por S. A. N. em face da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA e da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro – BVRJ, em que alega que é casada com o Executado N. R. N., sob o regime da comunhão universal de bens e quer ver protegida a sua meação da constrição incidente sobre o imóvel descrito na inicial.

- Sentença que rejeitou os Embargos de Terceiro sob o fundamento de que a Embargante não se desincumbiu do ônus de provar que a dívida assumida por seu marido não se reverteu em proveito da família.

- Há que se ponderar, todavia, que a dívida

objeto da execução é proveniente da condenação do marido da Embargante em honorários advocatícios sucumbenciais, na demanda por este ajuizada em face das Embargadas, não respondendo portanto a Embargante com a sua meação por ausência de presunção de que teria se beneficiado diante do sucesso da ação.

- A dívida foi contraída individualmente pelo Executado e não foi revertida em benefício do casal, o que por decorrência lógica, evidencia que não há como deixar de se garantir à Embargante, em sendo o bem alienado, a reserva da metade do produto da arrematação.

- Provimento do Recurso" (e-STJ f. 189).

Os embargos de declaração opostos na origem foram rejeitados.

No primeiro recurso (e-STJ f. 354-368), Associação BOVESPA aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 535 e 592, IV, do Código de Processo Civil de 1973 e 1.667 do Código Civil.

No segundo recurso (e-STJ f. 380-412), Bolsa de Valores do Rio de Janeiro - BVRJ aponta, além de dissídio interpretativo, violação dos arts. 20, 458, II, 535, I e II, 592, IV, e 655-B, do Código de Processo Civil de 1973, e 1.663, § 1º, 1.667 e 1.668 do Código Civil.

Em ambos os recursos, os recorrentes alegam, de início, a existência de negativa de prestação jurisdicional no julgamento dos aclaratórios.

No mérito, sustentam que a condenação a título de honorários advocatícios sucumbenciais em desfavor de um cônjuge não recai sobre a meação do outro somente se demonstrada que a dívida não foi contraída em benefício da família.

Transcorrido o prazo para apresentação das contrarrazões (e-STJ f. 436), e inadmitidos os recursos na origem, determinou-se a reatuação dos agravos (AREsp nº 560.109/RJ) como recursos especiais para melhor exame da matéria.

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. CÔNJUGE MEEIRO. RESERVA DE MEAÇÃO. ART. 655-B DO CPC/1973. DÍVIDA RELATIVA A HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. RESPONSABILIDADE DE QUEM É PARTE NA DEMANDA. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA.

1. Recursos especiais interpostos contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nos 2 e 3/STJ).

2. Nos termos do art. 655-B do CPC/1973, incluído pela Lei nº 11.382/2006, havendo penhora de bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução deve recair sobre o produto da alienação do bem.

3. Para impedir que a penhora recaia sobre a sua meação, o cônjuge meeiro deve comprovar que a dívida executada não foi contraída em benefício da família. Precedentes.

4. Tratando-se de dívida proveniente da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais em demanda da qual o cônjuge meeiro não participou, é inegável o direito deste à reserva de sua meação.

5. Os honorários advocatícios consagram direito do advogado contra a parte que deu causa ao processo, não se podendo exigir do cônjuge meeiro, que não integrou a relação processual da lide originária, a comprovação de que a dívida executada não foi contraída em benefício do casal ou da família.

6. Recursos especiais não providos.

peciais foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nos 2 e 3/STJ).

As irresignações não merecem prosperar.

1) Breve resumo da demanda

Trata-se, na origem, de embargos de terceiro opostos por S. A. N., por meio dos quais a embargante pretende ver preservado seu direito de meação sobre imóvel penhorado em execução de sentença que, ao julgar improcedente a Ação Ordinária nº 0171251-40.2007.8.19.0001, proposta por N. R. N., condenou-o ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada um dos escritórios de advocacia que defenderam os interesses das rés na referida demanda.

Na inicial dos embargos, a ora recorrente afirma que: a) está casada com N. R. N. pelo regime de comunhão universal de bens desde 10/11/1967; b) o imóvel penhorado foi adquirido pelo seu cônjuge em 25/03/1980; c) nos termos do art. 655-B do CPC/1973, havendo penhora de bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação.

O magistrado de primeiro grau de jurisdição julgou improcedente o pedido sob a seguinte fundamentação:

"(...) a embargante não se desincumbiu do ônus de comprovar que a dívida objeto da execução embargada não foi adquirida em benefício dela também. A propósito, a dívida em questão foi originada em razão de ônus de sucumbência em ação judicial onde o cônjuge da embargante pretendia a obtenção de indenização que somar-se-ia ao patrimônio do casal. Ora, se a embargante se beneficiaria, caso o pedido tivesse sido julgado procedente, é justo que arque com os ônus da derrota juntamente com o seu cônjuge" (e-STJ f. 104). Ato contínuo, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

O acórdão impugnado pelos recursos es-

provimento à apelação para julgar procedentes os embargos de terceiro, de modo a reservar à embargante a metade do preço alcançado com a alienação do imóvel constricto sob o fundamento de que "(...) a dívida objeto da execução é proveniente da condenação do marido da Embargante em honorários advocatícios sucumbenciais, isso em demanda por aquele ajuizada em face das Embargadas, não respondendo por isso a Embargante, que não foi parte, com a sua meação por absoluta ausência de presunção de que teria disso se beneficiado" (e-STJ f. 194).

Cinge-se à controvérsia, portanto, a saber se o cônjuge meeiro, para fazer jus à reserva de sua meação, tem o dever de comprovar que a dívida relativa a honorários advocatícios não foi contraída em benefício da família.

2) Da negativa de prestação jurisdicional

No que tange ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o Tribunal local, ainda que por fundamentos distintos daqueles apresentados pelas partes, adota fundamentação suficiente para decidir integralmente a controvérsia.

No caso em apreço, o Tribunal local enfrentou a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, concluindo pela procedência dos embargos de terceiro, reservando-se à embargante o seu direito de meação.

Frisa-se que, mesmo à luz do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas a respeito daqueles capazes de, em tese, de algum modo, infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador (inciso IV).

A motivação contrária aos interesses das partes ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo julgador não autoriza o acolhimento dos declaratórios.

3) Do direito de meação

Ao tempo da penhora, vigia o art. 655-B do Código de Processo Civil de 1973, incluído pela Lei nº 11.382/2006, que assim dispunha:

"Art. 655-B. Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem."

É bem verdade que, para excluir da penhora a meação, o cônjuge meeiro alheio à execução deve comprovar que a dívida executada não foi contraída em benefício da família, conforme decidido nos seguintes julgados:

"PROCESSO CIVIL E CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. MEAÇÃO DA MULHER. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO MARIDO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. INCLUSÃO NA EXECUÇÃO. ÔNUS DA PROVA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I - A meação da mulher casada não responde pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, exceto quando em benefício da família.

II - É da mulher o ônus de provar que a dívida contraída pelo marido não veio em benefício do casal, não se tratando, na espécie, de aval." (REsp nº 282.753/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, julgado em 16/11/2000, DJ 18/12/2000).

"DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MEAÇÃO. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE VARÃO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA.

1. Tratando-se de dívida contraída por um dos cônjuges, a regra geral é a de que cabe ao meeiro o ônus da prova de que a dívida não beneficiou a família, haja vista a solidariedade entre o casal. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp nº 427.980/PR, Rel. Ministro LUIS

FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 25/02/2014).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEAÇÃO. DÍVIDA CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE VARÃO. BENEFÍCIO DA FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA. NÃO PROVIMENTO.

1. 'A mulher casada responde com sua meação, pela dívida contraída exclusivamente pelo marido, desde que em benefício da família. - Compete ao cônjuge do executado, para excluir da penhora a meação, provar que a dívida não foi contraída em benefício da família.' (AgR-AgR-AG nº 594.642/MG, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJU de 08/05/2006).

2. Se o Tribunal estadual concluiu que os agravantes, sucessores do devedor principal e de seu cônjuge, ambos falecidos, não se desincumbiram do ônus de provar que a dívida contraída por um dos cônjuges não beneficiou a entidade familiar, ao reexame da questão incide a Súmula nº 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no Ag nº 1.322.189/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 24/11/2011).

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE OBJETO. JURISPRUDÊNCIA NO SENTIDO DO ACÓRDÃO EMBARGADO.

(...)

2. Tratando-se de dívida contraída por um dos cônjuges, a regra geral é de que é do meeiro o ônus da prova de que a dívida não beneficiou a família, em face da solidariedade entre o casal.

Tratando-se de ato ilícito praticado por apenas um dos cônjuges, não há presunção de solidariedade, recaindo sobre o credor o ônus da prova de que o enriquecimento resultante do ilícito reverteu em proveito também do meeiro, não

havendo falar em divergência jurisprudencial qualquer, por se tratar de hipóteses distintas.

3. 'Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.' (Súmula do STJ, Enunciado nº 168).

4. Embargos de divergência não conhecidos." (EREsp nº 866.738/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Corte Especial, julgado em 04/05/2011, DJe 24/05/2011)

No entanto, tratando-se de dívida proveniente da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais em demanda da qual o cônjuge meeiro não participou, é inegável o direito deste à reserva de sua meação.

Com efeito, em precedente firmado pela Corte Especial sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, versando sobre o cabimento de embargos infringentes relativamente a questões acessórias, a exemplo da fixação de verba honorária (Tema nº 175), muito se debateu a respeito da natureza jurídica dos honorários advocatícios de sucumbência, valendo transcrever trecho do voto proferido pelo Relator, Ministro CASTRO MEIRA:

"(...)

O arbitramento dos honorários não é questão meramente processual, porque tem reflexos imediatos no direito substantivo da parte e de seu advogado.

Não por outra razão, CHIOVENDA catalogou os honorários como pertencentes a uma terceira categoria, intermediária entre o direito processual e o direito material, intitulado direito processual material, justamente porque situado em uma faixa de estrangulamento entre o processo e o bem da vida perseguido em juízo. (*Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I, § 4º, nº 23, p. 73)

Apesar de sua natureza eminentemente pro-

cessual, por estarem inseridos na técnica do processo como decorrência de sua instauração e ter por objetivo tutelar de modo integral o direito reconhecido em juízo, os honorários conferem um direito subjetivo de crédito ao advogado perante a parte que deu causa ao processo. Trata-se, inegavelmente, de um efeito externo ao processo, de relevante repercussão na vida do advogado e da parte devedora, do que decorre seu enquadramento no âmbito do direito processual material. (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, **Honorários Advocatícios no Processo Civil**, São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 9-10)

Assim, os honorários advocatícios, não obstante disciplinados pelo direito processual, decorrem de pedido expresso, ou implícito, de uma parte contra o seu oponente no processo e, portanto, formam um capítulo de mérito da sentença, embora acessório e dependente.

FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA afirmam que a parte do julgado que trata dos honorários advocatícios constitui um capítulo de mérito, ainda que conste de uma sentença terminativa:

(...)

Esta conclusão está correta. Os honorários advocatícios, ainda que fixados em sentença terminativa, constituem capítulo de mérito, já que consagram direito do advogado contra a parte que deu causa ao processo.

(...)

A sentença definitiva, ou seja, em que apreciado o mérito da causa, constitui, basicamente, duas relações jurídicas: a do vencedor em face do vencido e a deste com os advogados da parte adversa. Na primeira relação, estará o vencido obrigado a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa em favor do seu adversário processual. Na segunda, será imposto ao vencido o dever de arcar com os honorários sucumbenciais em

favor dos advogados do vencedor.

Já na sentença terminativa, como o processo foi extinto sem resolução de mérito, forma-se apenas a segunda relação, entre o advogado e a parte que deu causa ao processo. Embora inserido em uma sentença terminativa, o capítulo que trata dos honorários, justamente porque disciplina uma relação autônoma, titularizada pelo causídico, é de mérito, embora dependente e acessório, de modo que poderá ser discutido por meio de embargos infringentes se a sentença vier a ser reformada, por maioria de votos, no julgamento da apelação." (REsp nº 1.113.175/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Corte Especial, julgado em 24/05/2012, DJe 07/08/2012).

Em recente julgado a respeito das regras de aplicação da lei processual no tempo no tocante à fixação de honorários advocatícios, considerando as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, a Corte Especial tornou a se pronunciar sobre a natureza jurídica dos honorários de sucumbência.

No voto encaminhado pelo Relator, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, acolhido à unanimidade pelos membros daquele Órgão Colegiado, ficou consignado que

"(...) os honorários advocatícios são instituto de direito processual-material, pois, apesar da previsão em diploma processual, conferem direito subjetivo de crédito ao advogado em face da parte que deu causa à instauração do processo, versando assim sobre situação jurídica substancial" (EAREsp nº 1.255.986/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Corte Especial, julgado em 20/03/2019, DJe 06/05/2019 - grifou-se).

Desse modo, considerando que os honorários advocatícios consagram direito do advogado contra a parte que deu causa ao processo, não

se pode exigir do cônjuge meeiro, que não integrou a relação processual da lide originária, a comprovação de que a dívida executada não foi contraída em benefício do casal ou da família, até mesmo em função dos limites subjetivos da coisa julgada, de que trata o art. 472 do CPC/1973:

"Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros."

Seguindo esse mesmo raciocínio, esta Corte Superior já decidiu que "a verificação do princípio da causalidade deve ser realizada dentro e em razão do próprio processo e não pode extrapolar as partes que nele atuaram em homenagem aos limites subjetivos da coisa julgada (art. 472, do CPC)" (REsp nº 1.095.765/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 19/03/2009, DJe 16/04/2009).

Nesse contexto, não tem nenhuma relevância para a solução da causa saber se o cônjuge meeiro obteria ou não proveito econômico em caso de procedência da ação proposta em juízo, salvo se estivesse o advogado do próprio autor da referida demanda a cobrar os honorários contratuais pelos serviços prestados.

4) Dispositivo

Ante o exposto, nego provimento aos recursos especiais.

É o voto.

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recursos especiais interpostos por Associação BOVESPA e por Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, em que se impugna acórdão do TJ/RJ que deu provimento ao agravo de ins-

trumento interposto pela recorrida, Suely Aun Nahas, a fim de determinar que seja reservada a meação da referida cônjuge sobre o produto da alienação do bem imóvel indivisível.

Voto do e. Relator, Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA: nega provimento aos recursos especiais, ao fundamento de que: (i) não houve negativa de prestação jurisdicional; (ii) de que, em se tratando de dívida proveniente da condenação em honorários de sucumbência fixados em demanda da qual a recorrida não fez parte, deveria ser reservada a sua meação, especialmente porque o direito do advogado se estabelece contra a parte que deu causa ao processo (na hipótese, N. R. N.), não se podendo exigir da recorrida a comprovação de que a dívida não teria sido contraída em benefício do casal ou da família.

Tendo em vista o aparente ineditismo da matéria versada no presente recurso especial, pedi vista na sessão de julgamento ocorrida em 12/11/2019 para melhor exame da controvérsia.

Revisados os fatos, decide-se.

Inicialmente, acompanho o e. Relator no que se refere a alegada violação ao art. 535 do CPC/73, na medida em que todas as questões essenciais à compreensão da controvérsia foram definitivamente examinadas e estão efetivamente prequestionadas.

Quanto ao mérito, entendeu o e. Relator pela incidência, na hipótese, do art. 655-B do CPC/73, segundo o qual "tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem".

Diante do contexto bastante singular da questão submetida a exame no presente recurso especial, é preciso destacar, igualmente, três outros dispositivos legais que se relacionam com a matéria em debate, a saber, o art. 592, IV, do CPC/73, e os arts. 1.643, II e III, e 1.644, ambos do CC/2002.

CPC/73

Art. 592. Ficam sujeitos à execução os bens:

IV – do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;

(...)

CC/2002

Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro:

I – comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;

II – obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.

Art. 1.644. As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges.

O exame sistemático desses dispositivos legais se mostra imprescindível, na medida em que somente se aplicará a regra do art. 655-B do CPC/73, protetiva da meação, se porventura se entender que a hipótese não é de responsabilidade secundária ou solidária do cônjuge, ainda que não tenha sido ele parte na relação de direito material ou processual que deu origem à dívida ou à constrição.

Para melhor compreensão acerca da existência, ou não, de benefício ao casal, concreto ou potencial, que justifique a incidência da regra do art. 655-B do CPC/73, é preciso examinar os pedidos formulados por N. R. N. na ação indenizatória por ele ajuizada, em litisconsórcio ativo com Selecta Comércio e Indústria S.A., Selecta Participações e Serviços S/C Ltda. e COBRASOL – Companhia Brasileira de Óleos e Derivados, contra as recorrentes, da qual se originaram as dívidas objeto do presente recurso especial:

a) condenar a BVRJ e a BOVESPA, na proporção de suas responsabilidades, a indenizar os

Autores pelos prejuízos causados pelo confisco

de parte da sua carteira de ações que não estava envolvida nas operações financiadas, pela cotação de 08/06/1989, devidamente corrigido pelas mesmas taxas que remuneraram as aplicações financeiras das Rés (v.g., CDU, ou, alternativamente, no valor equivalente ao que seria obtido pelos Autores com a aplicação financeira desses recursos, desde 08/06/1989 até o seu efetivo pagamento, cujos montantes se apurarão na perícia, a ser realizada na fase probatória deste processo, ou em liquidação;

b) condenar a BVRJ e a BOVESPA, na proporção de suas responsabilidades, a pagar lucros cessantes equivalentes à diferença entre a valorização que as ações confiscadas teriam, com todos os seus desdobramentos tais como bonificações, juros sobre capital próprio, dividendos - estes atualizados pelos critérios estabelecidos nas 'alíneas supra, a partir de cada concessão - entre outros eventos, e o valor apurado na alínea "c" supra;

c) condenar a BOVESPA a indenizar os Autores nas perdas sofridas nos mercados à vista, de opções e de futuro, considerados os valores de 08/06/1989, devidamente corrigido pelas mesmas taxas que remuneraram as aplicações financeiras das Rés (v.g., CDU, ou, alternativamente, no valor equivalente ao que seria obtido pelos Autores com a aplicação financeira desses recursos, desde 08/06/1989 até o seu efetivo pagamento, cujos montantes se apurarão na perícia, a ser realizada na fase probatória deste processo, ou em liquidação;

d) condenar a Ré BOVESPA a indenizar à massa liquidanda da Selecta Comércio e Indústria S/A, nas perdas sofridas nos mercados à vista, de opções e de futuro, considerados os valores de 08/06/1989, devidamente corrigido pelas mesmas taxas que remuneraram as aplicações

financeiras das Rés (v.g., CDI), ou, alternativa-mente, no valor equivalente ao que seria obtido pelos Autores com a aplicação financeira desses recursos, desde 08/06/1989 até o seu efetivo pagamento, cujos montantes se apurarão na perícia, a ser realizada na fase probatória deste processo, ou em liquidação;

e) condenar as Rés a indenizar o 1º Autor pelos danos morais sofridos em valor a ser arbitrados por este MM. Juízo, proporcionalmente ao limite de suas responsabilidades;

Do exame dos referidos pedidos, verifica-se, claramente, que as pretensões reparatórias deduzidas por N. R. N., Selecta Comércio e Indústria S.A., Selecta Participações e Serviços S/C Ltda. e COBRASOL – Companhia Brasileira de Óleos e Derivados eram de cunho essencialmente patrimonial, ressalvado o pedido de letra “e” acima, formulado exclusivamente por N. R. N..

Diante desse cenário, é correto afirmar que, se porventura os referidos pedidos houvessem sido julgados procedentes, os valores dos danos a serem reparados, correspondentes às carteiras de ações alegadamente confiscadas, perdas e lucros cessantes, seriam efetivamente revertidos em benefício de ambos os cônjuges, na medida em que é fato incontroverso que a recorrida e N. R. N. se casaram no ano de 1967 pelo regime da comunhão universal de bens e os supostos fatos danosos ocorreram no ano de 1989, ou seja, na constância da sociedade conjugal.

As particularidades da hipótese em exame, todavia, são: (i) que o benefício ao casal não era concreto, certo e imediato, mas, ao revés, singularmente potencial, incerto e futuro, na medida em que condicionado à eventual procedência dos pedidos formulados por N. R. N. naquela ação de reparação de danos; (ii) que, a depender do resultado obtido na ação judicial, poderia ser estabelecida uma

condenação em custas, despesas e honorários advocatícios.

Nesse contexto, não é razoável, simétrico e isonômico que a recorrida, que indubitavelmente se beneficiaria do bônus decorrentes da eventual procedência de ação de reparação de danos ajuizada pelo seu cônjuge, não deva arcar com o ônus, materializado na sucumbência, que decorre da improcedência ocorrida nessa mesma ação, ainda que não tenha ela sido parte.

Não significa dizer que o cônjuge será sempre corresponsável pela sucumbência nas ações ajuizadas exclusivamente pelo outro, mas, sim, que também nessa hipótese se aplicará o entendimento consolidado desta Corte no sentido de que “tratando-se de dívida contraída por um dos cônjuges, a regra geral é de que é do meeiro o ônus da prova de que a dívida não beneficiou a família, em face da solidariedade entre o casal” (REsp nº 866.738/RS, Corte Especial, DJe 24/05/2011).

Com efeito, é lícito ao cônjuge que oponha exceções pessoais na defesa de sua meação, a fim de que se faça incidir a regra do art. 655-B do CPC/73 (atual o art. 843, *caput*, do novo CPC) e não as regras que estabelecem a corresponsabilidade dos cônjuges.

Na hipótese, poderia a recorrida ter comprovado, para a reserva de sua meação, que não se beneficiaria, em hipótese alguma, de eventual êxito na ação indenizatória ajuizada por N. R. N., como, por exemplo, demonstrando que a carteira de ações supostamente confiscada não teria sido adquirida na constância do casamento ou, ainda, que não seria ela sócia das empresas que compunham o litisconsórcio ativo naquela ação de reparação de danos, confessadamente geridas por N. R. N..

Forte nessas razões, rogando vênias ao e. Relator e ao judicioso voto de S. Exa., conheço e dou provimento aos recursos especiais, a fim

de restabelecer a sentença de improcedência dos embargos de terceiro ajuizados por S.A.N..

**AGINT NO RECURSO ESPECIAL N^o
1.844.647 - RJ (2019/0317353-6)**

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. DANOS MATERIAL E MORAL. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. INOVAÇÃO RECURSAL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA N^o 283 DO STF. DANO MORAL. CABIMENTO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. FIXADO EM VALOR QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO EXORBITANTE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo n^o 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09/03/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. Não pode ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar adequadamente todos os fundamentos do acórdão recorrido. Incidência da Súmula n^o 283 do STF.

3. É devida indenização por danos morais na hipótese de atraso na entrega de obra quando isso implicar ofensa a direitos de personalidade. No caso, o casamento do adquirente estava marcado para data próxima àquela prevista para a entrega do imóvel, tendo sido frustrada sua expectativa de habitar o novo lar após a realização do matrimônio.

4. Indenização fixada com observância aos parâmetros da razoabilidade.

5. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de AGINT no Recurso Especial n^o 1.844.647-RJ (2019/0317353-6), em que são Agravante: Conde de Bragança Empreendimentos Imobiliários SPE LTDA e Agravado: Raphael Amaral Alves da Silva, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros NANCY ANDRIGHI, PAULO DE TARSO SANSEVERINO, RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA e MARCO AURÉLIO BELLIZZE votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro MOURA RIBEIRO.

**BRASÍLIA, 17 DE FEVEREIRO DE 2020.
MIN. MOURA RIBEIRO
RELATOR**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

Da leitura da minuta do agravo de instrumento que deu origem ao recurso especial, pode-se aferir que Raphael Amaral Alves da Silva (Raphael) promoveu ação de indenização sob o rito ordinário contra Conde de Bragança Empreendimentos Imobiliários Spe Ltda. (Imobiliária) em decorrência do atraso na entrega de imóvel que adquiriu.

No curso da ação, o d. Juízo de primeira instância julgou parcialmente o mérito do feito nos moldes do art. 356, II, do NCPC e condenou a Imobiliária a pagar danos morais, na quantia de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) e alugueres e encargos locatícios.

Contra essa decisão interlocutória, a Imobiliária interpôs agravo de instrumento sustentando que (1) é descabida sua condenação ao pagamento de danos morais e emergentes; e (2) embora o juízo tenha reconhecido a validade da cláusula de tolerância, partiu de premissas fáticas equivocadas ao entender que não ficou configurado o caso fortuito/força maior e que Raphael estava apto a receber as chaves da unidade na data pactuada, devendo ser compensado

pela espera de 12 (doze) meses, mesmo diante de sua flagrante inadimplência no período de 10/07/2012 a dezembro de 2013.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou provimento ao agravo de instrumento da Imobiliária, nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. DANOS MATERIAL E MORAL. JULGAMENTO PARCIAL DO MÉRITO NA FORMA DO ART 356 DO NCPC. INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL EM FAVOR DO CONSUMIDOR. TEMA AFETADO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS PELO STJ. SUSPENSÃO. FORTUITO EXTERNO NÃO CONFIGURADO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. DEVER DE INDENIZAR. REEMBOLSO DOS VALORES DISPENDIDOS A TÍTULO DE ALUGUEL NO PERÍODO DO ATRASO. DANO MORAL CONFIGURADO. FIXAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO (e-STJ, f. 40).

Irresignada, a Imobiliária interpôs recurso especial fundado no art. 105, III, a e c, da CF, alegando a violação dos arts. 476 e 944 do CC/02, ao sustentar a (1) exceção do contrato não cumprido; (2) que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais deve ser afastado ou reduzido, por se tratar de mero adimplemento contratual; e (3) que demonstrou a divergência jurisprudencial.

O recurso especial não foi provido em decisão monocrática de minha relatoria assim ementada:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. DANOS MATERIAL E MORAL. FORTUITO EXTERNO NÃO CONFIGURADO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. INOVAÇÃO RECURSAL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA Nº 283 DO STF. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. DANO MORAL FIXADO EM VALOR QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO EXORBITANTE. RECURSO ESPE-

CIAL NÃO PROVIDO (e-STJ, f. 144).

Nas razões do presente agravo interno, a Imobiliária afirmou que (1) é incabível a alegação de ausência de impugnação específica; e (2) o mero inadimplemento de contrato de compra e venda de unidade em empreendimento imobiliário, relativo ao atraso na entrega, não é apto a acarretar danos morais.

Não foi apresentada a impugnação (e-STJ, f. 163).

É o relatório.

EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. DANOS MATERIAL E MORAL. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. INOVAÇÃO RECURSAL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA Nº 283 DO STF. DANO MORAL. CABIMENTO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. FIXADO EM VALOR QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO EXORBITANTE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09/03/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. Não pode ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar adequadamente todos os fundamentos do acórdão recorrido. Incidência da Súmula nº 283 do STF.

3. É devida indenização por danos morais na hipótese de atraso na entrega de obra quando isso implicar ofensa a direitos de personalidade. No caso, o casamento do adquirente estava marcado para data próxima àquela

prevista para a entrega do imóvel, tendo sido frustrada sua expectativa de habitar o novo lar após a realização do matrimônio.

4. Indenização fixada com observância aos parâmetros da razoabilidade.

5. Agravo interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

De plano, vale pontuar que as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são aplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 09/03/2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

O inconformismo agora manejado não merece provimento por não ter trazido nenhum elemento apto a infirmar as conclusões externadas na decisão recorrida.

(1) Da impugnação específica

A decisão monocrática ora agravada consignou que as razões do recurso especial relativas a exceção de contrato não cumprido não poderiam ser examinadas, porque o recurso não havia impugnado adequadamente todos os fundamentos do acórdão recorrido, atraindo, assim, a incidência da Súmula nº 283 do STF.

Anote-se:

O Tribunal assim se manifestou sobre a questão:

Registre-se, por fim, que a questão relativa à alegada inadimplência do autor não foi alvo de insurgência do ora agravante em sua contestação, tendo sido trazida aos autos apenas nesta segunda instância, o que configura

inovação recursal, o que é vedada pelo nosso ordenamento jurídico.

Confira-se, a seguir, a posição da Corte Superior de Justiça, *verbis*, “não é possível conhecer de matéria não deduzida ou decidida pelo o juízo de origem por importar inovação recursal” (AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.121.056/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 16/08/2018, DJe 21/08/2018) (e-STJ, f. 82).

Nas razões do recurso especial, a Imobiliária não impugnou o fundamento do acórdão recorrido de que a alegação de inadimplência do autor configura inovação recursal. Assim, forçoso é o reconhecimento do óbice da Súmula nº 283 do STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles (e-STJ, f. 145/146).

A Imobiliária, nas razões do agravo interno, alegou que seria incabível a alegação de ausência de impugnação específica quanto a exceção do contrato não cumprido.

Contudo, sem razão.

Examinando as razões do recurso especial é possível confirmar que a Imobiliária não impugnou o fundamento do acórdão estadual relativo a existência de inovação recursal.

Assim, incide, de fato, a Súmula nº 283 do STF.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. 1. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 83/STJ. 2. DESPESAS CONDOMINIAIS. PROMITENTE COMPRADOR. NECESSIDADE DE POSSE EFETIVA DO BEM IMÓVEL. PRECEDENTES. 3. JUROS. NÃO IM-

PUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N° 283/STF. 4. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO EM AGRAVO INTERNO. DESCABIMENTO. 5. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

3. A manutenção de argumento que, por si só, sustenta o acórdão recorrido torna inviável o conhecimento do recurso especial, atraindo a aplicação do enunciado n° 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

4. Consoante o entendimento firmado pela Segunda Seção do STJ, não é cabível a majoração dos honorários recursais no julgamento de agravo interno ou de embargos de declaração.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp n° 1.839.460/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, j. 16/12/2019, DJe 19/12/2019)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL CUMULADA COM DANOS MATERIAL E MORAL. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE FUNDAMENTO AUTÔNOMO DO ACÓRDÃO A QUO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N° 283/STF. TRIBUNAL LOCAL ENTENDEU PELA INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO PRATICADO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PELA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N° 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. A ausência de impugnação, nas razões do recurso especial, de fundamento autônomo e suficiente à manutenção do acórdão estadual atrai, por analogia, o óbice da Súmula n° 283 do STF.

[...]

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp n° 1.594.536/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, j. 09/04/2019, DJe 29/04/2019)

(2) Do dano moral

Nas razões do presente recurso, a Imobiliária ainda alegou que o mero inadimplemento de contrato de compra e venda de unidade em empreendimento imobiliário, relativo ao atraso na entrega, não é apto a acarretar danos morais.

Em recente posicionamento com relação ao dano moral pelo atraso na entrega de imóvel adquirido em construção, a eg. Terceira Turma desta Corte, no julgamento do REsp n° 1.642.314/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 22/03/2017, firmou as seguintes premissas:

a) o dano moral pode ser definido como lesões a atributos da pessoa, enquanto ente ético e social que participa da vida em sociedade, estabelecendo relações intersubjetivas em uma ou mais comunidades, ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade (Precedente: Resp n° 1.426.710/RS, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016);

b) os simples dissabores ou aborrecimentos da vida cotidiana não ensejam abalo moral, conforme se vê dos seguintes precedentes: REsp n° 202.564/RJ, Quarta Turma, julgado em 02/08/2001, DJ 01/10/2001; e REsp n° 1.426.710/RS, Terceira Turma, j. 25/10/2016, DJe 08/11/2016); e

c) muito embora o simples descumprimento contratual não provoque danos morais indenizáveis, circunstâncias específicas do caso concreto podem configurar a lesão extrapatrimonial. Precedentes: REsp n° 1.637.627/RJ, Rel. Ministra j. 06/12/2016, DJe 14/12/2016; REsp n° 1.633.274/SP; j. 08/11/2016, DJe 11/11/2016; AgRg no AResp n° 809.935/RS, DJe 11/03/2016; e REsp n° 1.551.968/SP,

Segunda Seção, DJe 06/09/2016.

Na hipótese vertente, o Tribunal estadual manteve a sentença que condenou a Imobiliária ao pagamento da reparação por dano moral, nos termos da fundamentação abaixo:

Cabível, pois, a reparação a título de danos morais.

Nesse aspecto, a conduta da ré exorbitou a esfera obrigacional ao frustrar a justa expectativa do autor de receber, ao tempo certo e dentro das especificações pactuadas, a unidade imobiliária adquirida, justificando, assim, a imposição de verba reparatória por dano moral.

Evidente que tal fato foi a causa direta do desassossego e sentimento de total inquietude do autor com o ocorrido. Vivenciou, sem dúvida, dias angustiantes, amargando sofrimentos e expectativas, que foram além de uma simples irritação ou mero dissabor, já que suas núpcias estavam programadas para data próxima àquela marcada para a entrega do imóvel, restando frustrada sua pretensão de habitar seu novo lar logo após a realização do matrimônio.

Logo, o arbitramento do valor indenizatório por dano moral há de ajustar-se aos limites do justo, posto não atuar como meio de enriquecimento, mas, em última análise, como satisfação pessoal da parte ofendida (e-STJ, f. 54, sem destaque no original).

Na linha dos precedentes desta Corte, o valor fixado a título de compensação por danos morais somente pode ser modificado em grau de recurso especial quando manifestamente abusivo ou irrisório. Nesse sentido:

[...]

No caso dos autos, tendo em vista que o atraso na entrega da obra impossibilitou Raphael de habitar o seu imóvel logo após a realização do

seu matrimônio, não se mostra exorbitante o *quantum* indenizatório fixado pelo Tribunal de origem em R\$ 12.000,00 (doze mil reais).
(e-STJ, f. 1118/1119, sem destaque no original).

Havendo, desse modo, circunstância específica capaz de provocar abalo psicológico para além do mero aborrecimento, visto que, como dito acima, o adquirente marcou suas núpcias para data próxima àquela prevista para a entrega do imóvel, tendo sido frustrada sua expectativa de habitar o novo lar após a realização do matrimônio, entendo que referido atraso extrapola, em muito, o simples descumprimento contratual, devendo Raphael ser ressarcido pelo dano moral daí decorrente.

E, em sendo assim, rever o entendimento adotado pelo TJRJ enseja o reexame do conteúdo fático da causa, o que encontra óbice no enunciado da Súmula nº 7 desta Corte.

Nesse sentido, vejam-se os precedentes de ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. DANO MORAL CONFIGURADO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Na hipótese dos autos, o col. Tribunal de origem, ao analisar o contexto fático-probatório acostado aos autos, concluiu presente o dano moral a ser indenizado, consignando que o aborrecimento causado pelo atraso na entrega do imóvel ultrapassou o transtorno cotidiano e atingiu a dignidade do consumidor, de acordo com a jurisprudência do STJ.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp nº 760.801/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, j. 27/06/2017, DJe 01/08/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

1. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. DANO MORAL AFIRMADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N° 7/STJ. 2. VALOR DA INDENIZAÇÃO. EXORBITÂNCIA NÃO VERIFICADA. REDUÇÃO DO *QUANTUM*. SÚMULA N° 7/STJ.

3. RECURSO IMPROVIDO.

1. Consoante asseverado na decisão agravada, as instâncias ordinárias concluíram, após minucioso exame dos elementos de convicção juntados aos autos, não apenas inexistir justificativa plausível para o atraso na obra, como também que as peculiaridades da causa atestavam o dano moral sofrido pela agravada, notadamente diante do longo tempo de atraso e da ausência de indicação de prazo, pelas agravantes, para a entrega do imóvel. Sendo assim, infirmar a compreensão alcançada encontra óbice no enunciado n° 7 da Súmula desta Casa.

[...].

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n° 780.379/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, j. 10/11/2015, DJe 19/11/2015)

Dessarte, mantém-se a decisão proferida, por não haver motivos para sua alteração.

Nessas condições, pelo meu voto, nego provimento ao agravo interno.

**HABEAS CORPUS N° 492.360 -RJ
(2019/0036512-6)**

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO, EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E POSSE DE

ARTEFATO EXPLOSIVO (GRANADA). PRISÃO PREVENTIVA. CONTEMPORANEIDADE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. GRAVIDADE DO FATO DELITIVO E OCORRÊNCIA DE SUPOSTOS ROUBOS POSTERIORES AOS DELITOS QUE ENSEJARAM A PREVENTIVA. *WRIT* DENEGADO.

1. Na perspectiva das circunstâncias relativas ao *modus operandi* do fato típico sob exame, as instâncias ordinárias indicaram elementos que evidenciam a gravidade concreta do delito perseguido, delineada pela imputação de restrição da liberdade de pluralidade de pessoas, mantidas em cárcere privado com o intuito de subtrair dinheiro de Banco em que uma das vítimas trabalhava.

2. Os atos exteriores (roubos posteriores aos delitos que ensejaram a preventiva), que denotam o perigo que irradia da liberdade do réu, revelam sua periculosidade e mantém válida a segregação cautelar com base na ordem pública, pois ainda presente o juízo prospectivo de reiteração delitiva e, nessa medida, justifica os riscos que se pretende com a prisão evitar, não maculando o princípio da contemporaneidade, no caso.

3. Segundo orientação jurisprudencial, "[o]s registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social" (RHC n° 63.855/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ acórdão Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 11/05/2016, DJe 13/06/2016).

4. Outrossim, a via eleita (restrição total da liberdade) é adequada para o fim desejado (evitar reiteração delitiva), e não se mostra ex-

cessiva considerando a gravidade dos delitos, as circunstâncias do fato e a periculosidade do agente (proporcionalidade em sentido estrito).

5. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n.º 492.360-RJ (2019/0036512-6), em que são Impetrantes: Wagner Aurelio da Silva Brandão e Outro e Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros ROGERIO SCHIETTI CRUZ, NEFI CORDEIRO e ANTONIO SALDANHA PALHEIRO votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR.

BRASÍLIA (DF), 26 DE MARÇO DE 2019.
MIN. LAURITA VAZ
RELATORA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:
Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por Alex da Silva Alves contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido nos autos da impetração originária n.º 0067073-57.2018.8.19.0000.

Colhe-se nos autos que o Juízo processante, em 03/08/2018, ao receber a denúncia, decretou a prisão preventiva (cumprida no dia 24/08/2018) ante a imputação de roubo praticado mediante concurso de agentes e restrição da liberdade (por quatro vezes), extorsão mediante sequestro (por três vezes) e uma vez contra vítima maior de 60 anos, em concurso formal impróprio, além de porte ilegal de artefato explosivo (*granada*).

Contra a custódia provisória, a Defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de origem, cuja ordem foi denegada (f. 101-113).

Daí o presente *writ*, no qual a Parte Impetrante alega, em suma, falta de fundamentação para segregação cautelar e ausência de contemporaneidade dos fatos ocorridos (2007) com o decreto preventivo (2018).

Busca, assim, em liminar, que o Paciente aguarde em liberdade o julgamento final do presente *writ*. No mérito, pleiteia a revogação da prisão preventiva ou, subsidiariamente, a substituição por medidas alternativas à segregação.

O pedido liminar foi indeferido (f. 117-119). Foram prestadas informações a f. 123-129.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela manutenção da decisão impugnada.

Em 19/03/2019, foi consultado o sítio eletrônico do Tribunal estadual e constatado que foi realizada audiência de instrução e julgamento no dia 27/02/2019, econtrando-se o feito na fase de memoriais.

É o relatório.

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO, EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E POSSE DE ARTEFATO EXPLOSIVO (GRANADA). PRISÃO PREVENTIVA. CONTEMPORANEIDADE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. GRAVIDADE DO FATO DELITIVO E OCORRÊNCIA DE SUPOSTOS ROUBOS POSTERIORES AOS DELITOS QUE ENSEJARAM A PREVENTIVA. *WRIT* DENEGADO.

1. Na perspectiva das circunstâncias relativas ao *modus operandi* do fato típico sob exame, as instâncias ordinárias indicaram elementos que evidenciam a gravidade concreta do delito perseguido, delineada pela imputação de restrição da liberdade de pluralidade de pessoas, mantidas em cárcere privado com o intuito de subtrair dinheiro de Banco em que uma das vítimas trabalhava.

2. Os atos exteriores (roubos posteriores aos

delitos que ensejaram a preventiva), que denotam o perigo que irradia da liberdade do réu, revelam sua periculosidade e mantém válida a segregação cautelar com base na ordem pública, pois ainda presente o juízo prospectivo de reiteração delitiva e, nessa medida, justifica os riscos que se pretende com a prisão evitar, não maculando o princípio da contemporaneidade, no caso.

3. Segundo orientação jurisprudencial, "[o]s registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social" (RHC nº 63.855/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 11/05/2016, DJe 13/06/2016).

4. Outrossim, a via eleita (restrição total da liberdade) é adequada para o fim desejado (evitar reiteração delitiva), e não se mostra excessiva considerando a gravidade dos delitos, as circunstâncias do fato e a periculosidade do agente (proporcionalidade em sentido estrito).

5. Ordem de *habeas corpus* denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

O art. 312 do Código de Processo Penal apresenta como pressupostos da prisão preventiva o *periculum libertatis* e o *fumus commissi delicti*, este caracterizado pela prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; aquele consiste no perigo que a permanência do agente em liberdade representa para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, e para a segurança da própria coletividade (ordem pública).

Quanto ao vetor da ordem pública, afirmam EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER que a prisão preventiva "pode ser decretada para fins externos à instrumentalidade, associada à proteção imediata, não do processo em curso, mas do conjunto de pessoas que se há de entender por sociedade" (**Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**; Ed. Atlas, 2017, p. 689).

A restrição parcial ou total da liberdade do agente com base na ordem pública, tem como projeção a provável ocorrência de fatos no futuro. Trata-se de juízo prospectivo de reiteração delitiva.

Na hipótese vertente, foi decretada a segregação cautelar pelo Juízo de primeiro grau – no que foi acompanhado pelo Tribunal estadual –, mediante a seguinte fundamentação:

"[...] Conforme narrado acima, há indícios suficientes da participação dos denunciados IPOJUCAN e ALEX nos delitos narrados no inquérito policial, notadamente diante do laudo de f. 49/64.

No caso em tela, está demonstrada a peculiaridade do caso e a periculosidade dos agentes que sequestraram as vítimas e mantiveram-nas em cárcere privado com o intuito de roubar dinheiro do Banco em que a vítima Débora trabalhava.

Vale destacar, ainda, que a necessidade de assegurar a instrução criminal está demonstrada pelas investigações realizadas, uma vez que ficou apurado que os denunciados cometeram outros roubos após a prática dos crimes narrados na denúncia, estando o denunciado IPOJUCAN, inclusive, atualmente preso.

Frise-se, no mais, que a prisão se mostra necessária para a garantia da ordem pública, tornando-se necessária a prisão para impedir a reiteração de eventuais atos similares, bem como para assegurar a instrução, já que as

vítimas terão que comparecer em Juízo para tentar realizar reconhecimento dos agentes envolvidos.

Merece destaque, também, que a soma das penas dos delitos em questão atinge pena máxima em abstrato superior a quatro anos, sendo possível a decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 313 do Código de Processo Penal" (f. 50; sem grifos no original.)

Por sua vez, o Tribunal estadual manteve a prisão preventiva nos seguintes termos:

"No caso concreto, nenhuma irregularidade há que ser sanada no *decisum* que manteve a custódia cautelar do Paciente, eis que plenamente evidenciados os pressupostos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal, não havendo, pois, que se cogitar a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

O judicioso parecer da D. Procuradoria de Justiça é no seguinte sentido:

'...Ademais, embora os crimes imputados tenham ocorridos no ano de 2007, não há violação ao princípio da contemporaneidade, uma vez que a natureza dos crimes e demais circunstâncias que os envolvem devem ser avaliadas em conjunto com o requisito temporal e os valores dos bens jurídicos tutelados pela norma penal e, ainda, no caso, o paciente permanece fazendo do crime meio de vida, conforme o acentuado na decisão de custódia. Do exposto, o Parecer é no sentido do conhecimento e, no mérito, incomprovado o alegado constrangimento ilegal, pela denegação da ordem, mantendo-se a decisão de custódia, por seus precisos e judiciosos fundamentos...!.

Por fim, encontra-se assentado de que o fato de o Paciente ser primário, possuidor de bons antecedentes, ocupação lícita e residência

fixa, por si só, não lhe asseguram a liberdade, ainda mais, como já dito alhures, presentes os requisitos ensejadores da medida extrema." (f. 109-110; sem grifos no original).

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RHC nº 63.855/MG, Rel. p/ acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, manifestou-se no sentido de que a "probabilidade de recidiva do comportamento criminoso se afere em face do passado do acusado ou pelas circunstâncias específicas relativas ao *modus operandi* do crime sob exame" (DJe 13/06/2016).

Na perspectiva das circunstâncias relativas ao *modus operandi* do fato típico sob exame, as instâncias ordinárias indicaram elementos que evidenciam a gravidade concreta do delito perseguido, delineada pela imputação de restrição da liberdade de pluralidade de pessoas, mantidas em cárcere privado com o intuito de subtrair dinheiro de Banco em que uma das vítimas trabalhava.

Deve-se examinar, ainda, se a segregação cautelar deve ser mantida após o decurso de 11 anos da suposta prática dos fatos imputados (outubro de 2007).

Com efeito, a "urgência intrínseca da prisão preventiva impõe a contemporaneidade dos fatos justificadores aos riscos que se pretende com a prisão evitar" (HC 214.921/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015). No caso, se o único fundamento da prisão preventiva fosse a gravidade da conduta, tenho que o juízo prospectivo não estaria hígido. Porém, o risco de reiteração delitiva está amparado em outros roubos após a suposta prática dos crimes que ensejaram a medida extrema em exame.

Em verdade, "[o]s registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comu-

nidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social" (RHC nº 63.855/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 11/05/2016, DJe 13/06/2016; sem grifos no original).

Desse modo, os atos exteriores (roubos posteriores aos delitos que ensejaram a preventiva), que denotam o perigo que irradia da liberdade do réu, revelam sua periculosidade e mantém válida a segregação cautelar com base na ordem pública, pois ainda presente o juízo prospectivo de reiteração delitiva e, nessa medida, justifica os riscos que se pretende com a prisão evitar, não maculando o princípio da contemporaneidade, no caso.

Outrossim, a via eleita (restrição total da liberdade) é adequada para o fim desejado (evitar reiteração delitiva), e não se mostra excessiva considerando a gravidade dos delitos, as circunstâncias do fato e a periculosidade do agente (proporcionalidade em sentido estrito).

Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 121.253 - RJ (2019/0355709-6)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. PRISÃO PREVENTIVA. MILÍCIA. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE INTERROMPER ATIVIDADES. TEMOR DAS TESTEMUNHAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. AÇÃO PENAL COMPLEXA (13 RÉUS, COM ADVOGADOS DISTINTOS, E DIVERSOS PEDIDOS DE LIBERDADE PROVISÓRIA). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

2. Nos termos constantes da denúncia, o recorrente integraria a milícia de Rio das Pedras, voltada para a prática de grilagem, venda e locação de imóveis, receptação de carga roubada, posse e porte ilegal de arma de fogo, extorsão de moradores e comerciantes da região, ocultação de bens, falsificação de documentos públicos, pagamento de propina a agentes públicos, agiotagem, utilização de ligações clandestinas de água e energia, homicídio e uso da força como meio de intimidação de demonstração de poder para manutenção do domínio local. Relatam os autos, ainda, a suposta infiltração da organização no Poder Público, com alianças nas esferas federal, estadual e municipal, bem como dentre a Polícia Militar, o que evidencia a extensão do seu alcance e a necessidade de interromper suas atividades.

3. Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, "[a] necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo

fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (STF, Primeira Turma, HC nº 95.024/SP, Rel. Ministra CÁRMEM LÚCIA, DJe de 20/02/2009).

4. Foram destacadas, ainda, as dificuldades na coleta de provas testemunhais, uma vez que os moradores da região demonstram temor de retaliação, relutando em prestar depoimentos, inclusive uma delas omitindo seu endereço residencial por medo, o que demonstra a necessidade da prisão também como forma de assegurar a instrução criminal.

5. Eventuais condições subjetivas favoráveis do paciente, ainda que comprovadas, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

6. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.

7. Eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional. Na espécie, a ação penal é complexa, diante (i) da quantidade de envolvidos (13 réus, com advogados diversos); (ii) da insistência por parte da defesa na oitiva de determinadas testemunhas; (iii) da necessidade de expedição de cartas precatórias, (iv) do fato de um dos corréus encontrar-se foragido e (v) dos diversos pedidos de revogação da prisão cautelar, o que naturalmente exige maior tempo na execução dos atos processuais. Precedentes.

8. Verifica-se, ainda, que o Magistrado de primeiro grau tem empregado esforços na celeridade do feito. Por fim, em consulta ao andamento processual, no endereço eletrônico do Tribunal de origem, verifica-se que o feito já se encontra na fase de apresentação de alegações finais. Assim, não se pode falar em atraso injustificado do feito

9. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos *Habeas Corpus* nº 121.253-RJ (2019/0355709-6), em que são Recorrente: Manoel de Brito Batista (preso) e Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. 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.
MIN. REYNALDO SOARES DA FONSECA
RELATOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Manoel de Brito Batista - preso cautelarmente por suposta infração ao art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013 e ao art. 333, parágrafo único, do Código Penal - contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (HC nº 0064769-51.2019.8.19.0000) que denegou a ordem nos termos da seguinte ementa (e-STJ f. 160/161):

HABEAS CORPUS. Art. 2º, § 2º, Da Lei nº 12.850/13; 333, parágrafo único, do CP N/F 69, do CP. Trata-se de *Habeas Corpus*, com

pedido de Liminar, no qual aduz o impetrante, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca da Capital em razão de ausência de fundamentação idônea da decisão que decretou sua custódia cautelar, bem como inexistência dos requisitos legais da prisão preventiva. Afirma ainda, que o paciente ostenta bons antecedentes, e que há excesso de prazo para a formação da culpa. Assim, requer, no mérito, a concessão da ordem revogando-se a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente. Não prosperam as razões da impetrante de que o paciente sofre constrangimento ilegal. *In casu*, o paciente é acusado de integrar organização criminosa que atua na Região de Rio das Pedras, Muzema e adjacências, supostamente responsável pela prática de diversos delitos, dentre os quais um homicídio qualificado. Desse modo, verifica-se que a prisão cautelar do ora paciente se mostra imprescindível à instrução criminal, de forma a garantir que as testemunhas possam vir a Juízo com tranquilidade para relatar a verdade sobre os fatos, razão pela qual o acautelamento provisório se apresenta conveniente à instrução criminal, à garantia da ordem pública e para segurar a aplicação da lei penal. Outrossim, as medidas cautelares diversas da prisão dispostas no art. 319 do CPP mostram-se ineficazes diante das peculiaridades do caso. Conforme entendimento do STF, admite-se a decretação da prisão preventiva para interromper ou diminuir a atuação da grupos criminosos. A decisão que indeferiu a liberdade provisória encontra-se muito bem fundamentada eis que presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. O STJ já firmou o entendimento de que o *modus operandi*, os motivos, entre outras circunstâncias, em delito grave, são indicativos concretos da periculosidade do agente, o que

justifica a segregação cautelar para a garantia da ordem pública. Mantida a custódia cautelar, haja vista que não houve alteração do quadro fático, e o processo, apesar de complexo, apresenta trâmite regular. Não há qualquer constrangimento ilegal desencadeado pela autoridade judiciária de primeiro grau, inexistindo qualquer coação a ser sanada pela via do remédio constitucional. Ordem denegada.

Nas razões do presente recurso, a defesa alega, em síntese, não estarem presentes os requisitos autorizadores da medida constritiva cautelar previstos no art. 312 do CPP. Aduz que não há sequer indícios de que o réu realizava qualquer conduta de extorsão ou que envolvesse violência ou grave ameaça, nem mesmo que o mesmo portaria arma de fogo. Afirma que nenhum das testemunhas reconheceram o recorrente.

Destaca que, embora o decreto prisional esteja motivado na necessidade de resguardar as testemunhas que apresentam temor em depor e nas condições pessoais desfavoráveis, o nome do recorrente não é citado em nenhuma dessas situações. No ponto, afirma, ainda, que não há nenhuma notícia de que o recorrente estaria atrapalhando a identificação dos demais membros da organização criminosa. Acrescenta que "não faz sentido fundamentar a prisão cautelar contra o réu por fato que o Requerente sequer responde nesses autos" (e-STJ f. 206), referindo ao argumento de que a prisão preventiva seria necessária para impedir possível lavagem de dinheiro.

Sustenta, ainda, a existência de constrangimento ilegal diante do excesso de prazo para a formação da culpa, destacando que o recorrente está preso desde 22/01/2019, sem previsão do término da instrução.

Sublinha ser o recorrente primário, detentor de bons antecedentes, além de possuir residência fixa e ocupação lícita, concluindo que o mesmo foi incluído nessa organização criminosa por

equivocado do órgão acusatório.

Defende ser suficiente, no caso, a aplicação de medidas cautelares alternativas.

Diante disso, requer a revogação da prisão preventiva do recorrente ou, subsidiariamente, a sua substituição por medidas cautelares alternativas.

Contrarrazões às e-STJ f. 450/454.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo improvimento do recurso (e-STJ f. 548/549).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Busca-se, no presente recurso, a revogação da prisão preventiva do recorrente. Alega que o acórdão atacado adentrou no mérito da ação penal, e que a prisão, na forma como decretada, consistiria em cumprimento antecipado da pena.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

No caso, o Tribunal *a quo* manteve a prisão do recorrente, transcrevendo as razões do decreto preventivo, em acórdão assim lavrado (e-STJ f. 163/168):

O exame dos autos evidencia a ausência da alegada ilegalidade na custódia do paciente.

Pelas informações prestadas pela dita Autoridade coatora, verifica-se que a ausência de justa causa alegada pelo impetrante não restou comprovada.

Através das informações prestadas pelo Magistrado a quo constata-se que a ação penal foi deflagrada contra o paciente e outros 12 corréus, denunciados como incursos nas penas do artigo 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/13 e art. 333, parágrafo único, do Código Penal, após extensa investigação policial com a quebra do sigilo telefônico dos envolvidos, e, vários depoimentos prestados corroborando a imputação de que o ora paciente é integrante de uma organização criminosa voltada a práticas criminosas na comunidade de Rio das Pedras, Muzema e adjacências. Assim, a decisão que indeferiu o pedido de liberdade do ora paciente:

" 14) Sobre os pleitos liberatórios formulados pelas Defesas Técnicas de Manoel, Jorge Alberto, Fábio e Fabiano em audiência (conforme ata de f. 2230/2231), devidamente intimados, manifestou-se o MP contrariamente (f. 2322/23). Com efeito, permanecem íntegros os motivos que levaram o Juízo a decretar as preventivas conforme f. 610/617, a qual mantenho por seus próprios fundamentos. Aliás, a prova oral ministerial está encerrada, estando o feito a tramitar a pedido das Defesas que requereram múltiplas dilações de prazos para se manifestarem sobre suas testemunhas. A AIJ em continuação já está marcada para mês que vem. Indefiro, pois, sem prejuízo de posterior reconsideração." (doc. 115 p. 137) (Grifo nosso)

De outra forma, não se verifica nos autos quaisquer fatores supervenientes que permitam a revogação da segregação cautelar, uma vez que a decretação da prisão preventiva tem como fundamento elementos concretos presentes no inquérito policial que legitimam a

denúncia, o que levou o Juízo a quo a concluir pela necessidade da medida para garantia da ordem pública, garantia da instrução criminal, bem como, para a garantia da aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do CPP, sendo certo que basta para configurar a legalidade

de tal medida, que haja a presença de prova da existência do crime e indício suficiente da autoria.

Repisa-se, conforme apontamento da denúncia, que o paciente Manoel de Brito, alcunha "Cabelo", exerceria função de destaque, atuando como uma espécie de gerente armado da quadrilha de milicianos que atua na Região do Rio das Pedras, Muzema e adjacências, executando e aderindo voluntariamente aos comandos dos Corréus Maurício e Adriano, bem como fiscalizando a atuação dos subordinados. Manoel seria ainda braço financeiro da quadrilha, responsável pelo acompanhamento da construção de empreendimentos, bem como negociação, supervisão da cobrança. Arrecadação e posterior repasse dos lucros auferidos ilegalmente, além da ocultação dos patrimônios pertencentes à malta.

Desse modo, o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* estão bem demonstrados como as razões para a manutenção da prisão preventiva do ora paciente, tudo em conformidade com o artigo 312 do CPP.

Diante das peculiaridades apontadas, está claro, ainda, que a conduta imputada ao paciente exhibe excepcional gravidade, suficiente a fundamentar a ineficácia de qualquer outra providência cautelar substitutiva prevista no artigo 319 do CPP.

Na esteira do entendimento acima, trazemos à colação, apenas a título ilustrativo, o acórdão proferido pelo E. STJ, que versa de forma magistral sob a matéria *sub examine*:

[...].

Outrossim, o risco de reiteração desta conduta delitiva é intrínseco ao esquema engendrado, já que há uma retroalimentação constante entre os diversos participantes, numa complexa divisão de tarefas, envolvidos com grilagem, construção, ramo imobiliário com venda e locação de imóveis, receptação de carga roubada, posse e porte ilegal de arma de fogo, extorsão de moradores e comerciantes da região mediante cobrança de taxas referentes aos "serviços" prestados pela malta, ocultação de bens adquiridos com os proventos das atividades ilícitas praticadas através de "laranjas", falsificação de documentos públicos, pagamento de propina a agentes públicos, agiotagem, utilização de ligações clandestinas de água e energia para o abastecimento dos empreendimentos imobiliários ilegalmente construídos, prática de homicídio, uso da força como meio de intimidação e demonstração de poder e manutenção da dominação territorial.

Destarte, a presença de condições pessoais favoráveis do agente não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela como se dá *in casu*.

O impetrante tece alegações sobre questões de mérito da ação penal condenatória, as quais não são passíveis de serem analisadas na via estreita da presente ação constitucional.

Por fim, não se verifica o alegado excesso de prazo da instrução, tendo em vista, complexidade do feito, a pluralidade de réus e a insistência por parte da Defesa na oitiva de determinadas testemunhas. Ademais, a AIJ de continuação foi designada para o dia 22/11/2019.

Portanto, não há qualquer constrangimento ilegal desencadeado pela autoridade judiciária de primeiro grau, inexistindo qualquer coação a ser sanada pela via do presente *habeas corpus*.

Cumpra-se verificar se o cárcere preventivo foi decretado em afronta aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e sem fundamentação idônea, como aduz o presente recurso ordinário em *habeas corpus*.

Ora, é da jurisprudência pátria a impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas.

Note-se ainda que a prisão preventiva se trata propriamente de uma prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI). Mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

Depreende-se, contudo, que, no caso em comento, o decreto de prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentado, tal qual exige a legislação vigente. Foram regularmente tecidos argumentos idôneos e suficientes ao cárcere provisório na decisão e no acórdão transcritos.

Segundo consta das decisões combatidas, o recorrente faria parte da milícia de Rio das Pedras, voltada para a prática de grilagem, venda e locação de imóveis, receptação de carga roubada, posse e porte ilegal de arma de fogo, extorsão de moradores e comerciantes da região, ocultação de bens, falsificação de documentos públicos, pagamento de propina a agentes públicos, agiotagem, utilização de ligações clandestinas de água e energia, homicídio e uso da força como meio de intimidação de demonstração de poder para manutenção do domínio local. Relatam os autos,

ainda, a suposta infiltração da organização no Poder Público, com alianças nas esferas federal, estadual e municipal, bem como dentre a Polícia Militar, o que evidencia a extensão do seu alcance e a necessidade de interromper suas atividades.

Ora, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, [a] necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva (STF, Primeira Turma, HC nº 95.024/SP, Rel. Ministra CÁRMEM LÚCIA, DJe de 20/02/2009).

Nesse sentido, confirmam-se alguns precedentes:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DO VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE ENTRE OS SUPOSTOS INTEGRANTES DO BANDO E DESPROPORCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO. QUESTÕES NÃO EXAMINADAS NO ARESTO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS. SUBTRAÇÃO E ABATE CLANDESTINO DE GADO. NOTÍCIAS DE HABITUALIDADE NA PRÁTICA CRIMINOSA. NECESSIDADE DE INTERRUPTÃO DA ATUAÇÃO DO GRUPO CRIMINOSO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

3. Não há coação na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que se mostra necessária, para diminuir ou interromper a atuação dos integrantes da associação criminosa, pois há

sérios riscos das atividades ilícitas serem retomadas com a soltura.

4. Caso em que o paciente é acusado de ter se associado aos outros sete réus, de forma estável e permanente, com a finalidade de cometer diversos furtos de gado na região, sendo certo que, aproveitando-se da sua condição de funcionário de uma fazenda, subtraiu cerca de 70 (setenta) semoventes do seu empregador, avaliados em R\$ 102.300,00 (cento e dois mil e trezentos reais), os quais foram repassados aos demais denunciados, que eram os responsáveis pelo transporte, abate clandestino e intermediação na venda da carne para açougues da cidade.

5. Condições pessoais favoráveis não tem, em princípio, o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC nº 329.806/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO *DELIVERY*. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONTRABANDO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. USO DE DOCUMENTO FALSO. OPERAÇÃO *DELIVERY*. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES. INAPLICABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

(...)

VI - "A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente

para a prisão preventiva" (HC nº 95.024/SP, Primeira Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 20/02/2009).

VII - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao recorrente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, o que ocorre na hipótese.

VIII - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, *in casu*, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário desprovido. (RHC nº 61.221/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 06/11/2015).

Foram destacadas, ainda, as dificuldades na coleta de provas testemunhais, uma vez que os moradores da região demonstram temor de retaliação, relutando em prestar depoimentos, inclusive uma delas omitindo seu endereço residencial por medo, o que demonstra a necessidade da prisão também como forma de assegurar a instrução criminal.

A propósito do tema, eis os seguintes precedentes:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO, CÁRCERE PRIVADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. TEMOR DAS TESTEMUNHAS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A prisão cautelar, como é cediço, é medida excepcional de privação de liberdade, que somente poderá ser adotada quando as

circunstâncias do caso concreto, devidamente fundamentadas no art. 312 do Código de Processo Penal, demonstrarem a sua imprescindibilidade. Contudo, justificada a custódia preventiva em razões idôneas e devidamente preenchidos todos os seus requisitos, inviável a sua revogação por esta Corte.

2. Os fundamentos das instâncias ordinárias não se mostram desarrazoados ou ilegais, mormente em razão da gravidade concreta do delito - (roubo majorado consumado, cárcere privado e associação criminosa), patenteada também pelo modo de execução adotada, em que vários agentes municiados com armas de fogo subtraíram expressiva quantidade de gado, ao manter várias vítimas em cárcere privado, por período de tempo elevado - e do temor das vítimas e testemunhas.

3. Demonstrada a necessidade da prisão preventiva, não se revelam suficientes, para o caso em análise, as medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

4. Recurso em *habeas corpus* improvido. (RHC nº 107.111/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 09/04/2019, DJe 26/04/2019)

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CUSTÓDIA PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO FEITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito - o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança

e a paz públicas -, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

2. São idôneos os motivos exarados para decretar a custódia provisória, pois evidenciam a gravidade concreta da conduta perpetrada - homicídio qualificado motivado por questões relacionadas ao tráfico de drogas - e a necessidade de resguardar a integridade física de testemunhas, que manifestaram temor em prestar depoimento na presença dos acusados, circunstâncias suficientes, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, para justificar a custódia provisória.

3. As peculiaridades do caso concreto - sobretudo o elevado número de acusados (12) e a apresentação de sucessivos pedidos pelas defesas dos réus - ensejam maior elasticidade no lapso necessário para a conclusão da fase instrutória.

4. Recurso não provido. (RHC nº 115.063/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 24/09/2019, DJe 01/10/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. IMPUGNAÇÃO APENAS QUANTO À MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *MODUS OPERANDI*. RECURSO DESPROVIDO.

1. Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação

de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP.

2. Presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a maior periculosidade dos paciente, evidenciada pelo modus operandi do grupo criminoso, que praticou o delito de roubo com extrema violência, em concurso de agentes, com emprego de arma de fogo e mantendo restringida a liberdade de três vítimas. Destacou-se, ainda, a necessidade de assegurar a instrução processual, haja vista o temor das vítimas em prestarem as declarações.

3. A prisão processual está devidamente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação e tampouco em aplicação de medida cautelar alternativa.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC nº 108.836/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 03/09/2019, DJe 12/09/2019)

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO PRATICADO EM DETRIMENTO DE ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, PECULATO E CORRUPÇÃO ATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA. REQUISITOS PARA A CUSTÓDIA ANTECIPADA. PREENCHIMENTO. INOCÊNCIA. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE EVIDENCIAM A EXISTÊNCIA DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ELEVADO PREJUÍZO ECONÔMICO. GARANTIA DA ORDEM ECONÔ-

MICA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Para a decretação da prisão preventiva, não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o mandamus, se fazem presentes.

2. A análise acerca da negativa de autoria veiculada na inicial é questão que não pode ser dirimida na via sumária do *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal.

3. Tendo em vista que as circunstâncias demonstram a existência, em tese, de organização criminosa voltada especialmente para a concessão fraudulenta de benefícios previdenciários, com divisão de tarefas, mostra-se necessária a manutenção custódia cautelar para o bem da ordem pública, pois há sérios riscos de as atividades ilícitas serem retomadas com a soltura.

4. Necessária se mostra a prisão cautelar também para a conveniência da instrução criminal, quando há notícia de ameaça a testemunhas.

5. O vultoso prejuízo econômico sofrido pelo INSS em decorrência das condutas delituosas em tese praticadas pelo paciente, também autoriza a manutenção da sua custódia cautelar, para a garantia da ordem econômica.

EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. SÚMULA Nº 52 DESTE STJ. COAÇÃO ILEGAL AUSENTE.

1. Com o encerramento da instrução criminal, resta superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, consoante o enunciado na Súmula nº 52 desta Corte Superior.

2. Ordem denegada. (HC nº 191.189/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 10/05/2011, DJe 23/05/2011).

Registre-se, ademais, que eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

No sentido do até então exposto, confira-se:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. CONDENAÇÃO. VEDAÇÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. QUANTIDADE DE PORÇÕES DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. GRAVIDADE DO DELITO. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. INSUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

.....

3. A quantidade de porções de maconha encontradas em poder do paciente, já devidamente embaladas para a venda, além de uma porção maior do mesmo tipo de entorpecente, que poderia ser dividida em inúmeras outras partes menores, e o fato de ter sido flagrado embalando as drogas para a comercialização, demonstram maior envolvimento com a narcotraficância, justificando a preservação da segregação.

4. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução

criminal, se ainda presentes os motivos para a segregação preventiva.

5. Concluindo as instâncias ordinárias pela imprescindibilidade da preventiva para evitar a reprodução de fatos criminosos, resta clara a insuficiência da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC nº 317.218/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO – Desembargador Convocado do TJ/PE – Quinta Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015).

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora paciente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a natureza e quantidade de entorpecente apreendido em seu poder (27 flaconetes de cocaína) (precedentes).

IV - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese.

Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Habeas corpus não conhecido.

(HC nº 360.803/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 07/10/2016)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXCESSO DE PRAZO NA APRECIÇÃO DOS RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...] 4. Condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

[...] 9. Ordem denegada, com recomendação para o Tribunal de origem imprimir maior agilidade no julgamento do recurso em sentido estrito. (HC nº 315.167/AL, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015) - (grifei).

Por fim, as circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública. O mesmo entendimento é perfilhado por esta Corte Superior, a exemplo destes precedentes:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

[...] 2. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade *in concreto* do delito,

indicadora, na dicção do juízo de primeiro grau, de "conduta nociva da agente, lesando profundamente a saúde pública". A magistrada ressaltou que "as circunstâncias incriminadoras foram caracterizadas pela apreensão de expressiva quantidade de entorpecente (cocaína), embalada em 13 cápsulas do tipo eppendorf, além de 58 eppendorfs vazios, e uma porção de maconha envolvida em um saco plástico, cento e trinta e um reais e quarenta centavos em notas e moeda, bem como uma espingarda de pressão (modificada, sem marca e números aparentes, duas máscaras e três munições intactas, calibre 12", tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema.

3. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.

4. Ordem denegada. (HC nº 323.026/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 1/09/2015, DJe 17/09/2015) - (grifei)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE DE ESTUPEFACIENTE APREENDIDO. HISTÓRICO CRIMINAL DO RÉU. APETRECHOS DO NARCOTRÁFICO. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA NECESSÁRIA E JUSTIFICADA. DESPROPORCIONALIDADE DO ENCARCERAMENTO ANTECIPADO. INOCORRÊNCIA. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES MENOS GRAVOSAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...] 3. A quantidade de material tóxico apreendido - 690,7 gramas de maconha -, o histórico criminal do réu, o fato deste haver sido preso

no exato momento em que iria entregar a droga para um usuário e, ainda, de haver sido encontrada em sua residência uma balança de precisão, indicam a dedicação à traficância, autorizando a preventiva.

4. Não há como, em sede de *habeas corpus*, concluir que o denunciado será beneficiado com a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ou mesmo com regime prisional diverso do fechado, sobretudo tendo em vista a quantidade de material tóxico apreendido.

5. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando esta encontra-se justificada na gravidade concreta do delito e na periculosidade social do réu, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC nº 315.151/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 25/05/2015) – (grifei)

Acerca da alegação de excesso de prazo, a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXXVIII, prescreve: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. No entanto, essa garantia deve ser compatibilizada com outras de igual estatura constitucional, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório que, da mesma forma, precisam ser assegurados às partes no curso do processo.

Assim, eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de 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.

Nesse sentido:

[...]. O excesso de prazo desproporcional, desmotivado e irrazoável para a conclusão do feito, mormente em se tratando de réu preso, não pode, em qualquer hipótese, ser tolerado. (HC nº 134.312/CE, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010)

No caso, o paciente foi denunciado por fazer parte de milícia de Rio das Pedras, voltada para a prática de diversos crimes e encontra-se preso preventivamente desde o dia 22/01/2019.

No caso, o Tribunal afastou a alegação. Eis as razões (e-STJ f. 168):

Por fim, não se verifica o alegado excesso de prazo da instrução, tendo em vista, complexidade do feito, a pluralidade de réus e a insistência por parte da Defesa na oitiva de determinadas testemunhas. Ademais, a AIJ de continuação foi designada para o dia 22/11/2019.

Como se vê, em que pese o tempo de prisão cautelar, a ação penal é complexa, diante (i) da quantidade de envolvidos (13 réus, com advogados diversos); (ii) da insistência por parte da defesa na oitiva de determinadas testemunhas; (iii) da necessidade de expedição de cartas precatórias, (iv) do fato de um dos corréus encontrar-se foragido e (v) dos diversos pedidos de revogação da prisão cautelar, o que naturalmente exige maior tempo na execução dos atos processuais.

Ademais, observa-se que o Magistrado de primeiro grau tem empregado esforços na celeridade do feito. Por fim, em consulta ao andamento processual, no endereço eletrônico do Tribunal de origem, verifica-se que o feito já se encontra na fase de apresentação de alegações finais. Assim, não se pode falar em atraso injustificado do feito. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA A CORRÉUS. IDENTIDADE DE SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. O Juízo singular, ao decretar a custódia preventiva, ressaltou o fundado risco de reiteração delitiva, ante os indícios da existência de associação criminosa voltada para o tráfico de drogas, que atuava no comércio de entorpecentes em diversas cidades do Estado do Ceará, elementos hábeis a justificar a segregação cautelar.

3. Ao indeferir a concessão de liberdade provisória, o Juízo de primeiro grau destacou que o paciente está foragido desde 28/01/2014, uma vez que não foi localizado depois de cassada a decisão que havia concedido a liminar no HC nº 0004778-20.2013.8.06.0000, a evidenciar o risco à aplicação da lei penal.

4. As instâncias ordinárias entenderam não estar caracterizada a similitude entre a situação dos acusados que foram soltos e a do paciente. Para afastar tal conclusão, seria necessária ampla dilação probatória, incompatível com a via escolhida, consoante a pacífica jurisprudência desta Corte Superior.

5. É entendimento consolidado nos tribunais que os prazos indicados na legislação processual penal para a conclusão dos atos

processuais não são peremptórios, de modo que eventual demora no término da instrução criminal deve ser aferida levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto.

6. Fica afastada, ao menos por ora, a alegação de excesso de prazo, pois se trata de feito complexo com trinta e nove réus - alguns dos quais ainda não localizados para receber a citação, o que acarretou o desmembramento dos autos em mais de uma oportunidade -, diversidade de defensores e a necessidade de formação de colegiado de juízes para o julgamento da causa, ante a grande extensão da suposta organização criminosa.

7. A mencionada demora na formação da culpa deve ser atribuída ao próprio paciente que, por estar foragido, ainda não foi encontrado para receber a citação e, dessa forma, permitir o início da fase instrutória, tanto que se fez necessário o desmembramento dos autos.

8. Ordem denegada. (HC nº 346.491/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 21/11/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. O RECORRENTE ATUAVA DE DENTRO DE PRESÍDIO DE ALTA SEGURANÇA (TERIA AJUSTADO O RECEBIMENTO DE MAIS DE 1 KG DE COCAÍNA). RISCO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da mate-

rialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

2. No caso, a constrição cautelar foi preservada pelo Tribunal impetrado para a garantia da ordem pública em razão da elevada periculosidade do recorrente, integrante de uma organização criminosa voltada para o tráfico de drogas, porquanto, embora recolhido em Penitenciária de alta segurança, por meio de ligações telefônicas, continuava atuando no mundo do crime (teria ajustado o recebimento de aproximadamente 1 kg de cocaína), sendo evidente, inclusive, o risco de reiteração delitiva. Precedentes.

3. O constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de 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.

4. Na espécie, o feito é complexo, investiga 27 fatos e conta com 26 acusados (vários deles recolhidos no sistema prisional), diversos desmembramentos, grande número de petições para análise e expedição de cartas precatórias, o que efetivamente justifica a necessidade de despender maior tempo no cumprimento dos atos referente à fase de instrução do processo. Além disso, as informações prestadas pelo Juízo de origem demonstram que o feito se desenvolve dentro dos parâmetros de normalidade - a ação penal foi instaurada em 06/03/2015, há pouco mais de um ano - e

que o Magistrado vem imprimindo esforços para que os prazos sejam cumpridos.

5. Recurso ordinário em *habeas corpus* improvido. (RHC nº 72.417/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 04/08/2016, DJe 12/08/2016)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso. É como voto.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA
CONTRATO DE CONVIVÊNCIA

Durante muito tempo, no Brasil, nenhuma outra entidade familiar foi reconhecida pela sociedade e pelo ordenamento pátrio vigente, senão aquela decorrente do casamento. Assim, a união estável, por um longo período, foi denominada de concubinato.

Como consequência da admissão do dinamismo das relações sociais, a união estável começou a produzir alguns efeitos jurídicos. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a relação entre companheiros foi reconhecida como modalidade familiar, e o conceito de união estável, introduzido em nosso ordenamento jurídico.

Assim, a CFRB/88 regulou os temas de família no Capítulo VII, do Título VIII – Da Ordem Social. Em seu art. 226 e parágrafos, estabeleceu-se que a família é uma forma de organização social que pode decorrer do casamento civil, da união estável entre homem e mulher, ou da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.¹

Vale consignar os ensinamentos dos juristas CRISTIANO CHAVES DE FARIA e NELSON ROSENVALD: “Nasce a união estável, destarte, de um simples fato jurídico (a convivência duradoura com *intuitu familiae*), produzindo efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar, distinguindo-se do casamento, apenas e tão somente, pela inexistência de formalidades legais e obtendo a mesma proteção que for dispensada a qualquer outro núcleo familiar”.²

Posterior e adicionalmente, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que é possível a existência de uniões estáveis homoafetivas, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo.³

Em 1994, foi editada a Lei nº 8.971, que inovou ao conceder aos companheiros o direito aos alimentos e à participação na herança. Mas foi com a edição da Lei nº 9.278/1996, denominada Lei dos Conviventes, que foi possível, nos moldes previstos pelo art. 226, § 3º, da CFRB/88, a estipulação patrimonial em contrato escrito pelos conviventes.⁴

1 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento) § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva, por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

2 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Direito das Famílias**. Salvador: Jus Podivn, 2012, p. 515.

3 ADI 4.277, Relator Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011.

4 Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Na esteira da evolução, o Código Civil de 2002 dedica um capítulo específico à união estável, regulando a matéria entre os artigos 1.723 a 1.727. No art. 1.725,⁵ incluiu de forma expressa a adoção do regime da comunhão parcial de bens como regime legal, para o caso de não haver contrato escrito dispondo em contrário, chamado de contrato de convivência.

A possibilidade de os conviventes contratarem por escrito é a demonstração cabal de que o Código Civil de 2002 conferiu espaço para que a autonomia privada também apareça no âmbito das relações familiares. O contrato de convivência é, portanto, um ato de vontade de duas pessoas que desejam viver em uma união estável, regulamentando de modo particular os efeitos dessa convivência.

A formação do contrato de convivência exige o preenchimento de requisitos de validade comuns a todos os contratos, ou seja, aqueles previstos no art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita em lei.⁶

Verifica-se que o contrato de convivência não exige o respeito a uma forma específica para sua concretização, sendo necessário apenas que seja escrito. Ademais, o contrato de convivência não é inerente ou indispensável à existência da união estável, podendo os conviventes firmá-lo a qualquer tempo, se assim desejarem. É importante mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o entendimento exarado no REsp nº 1.383624-MG, pelo Relator Ministro MOURA RIBEIRO, firmou opinião de que o contrato de convivência somente pode gerar efeitos para o futuro.

Vale mencionar que, em relação à sucessão, em 2017, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.694/MG, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 1.790, devendo ser aplicadas ao companheiro as mesmas regras sucessórias concernentes ao cônjuge, que são as seguintes: o patrimônio será dividido de forma igualitária com os descendentes (filhos, netos, bisnetos); na ausência dos descendentes, o patrimônio será repartido entre os ascendentes (pais, avós, bisavós), e na ausência de ascendentes e descendentes, o cônjuge herda a totalidade dos bens do falecido. Com essa decisão do STF, a jurisprudência atual é no sentido de considerar o companheiro herdeiro necessário.⁷

5 Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

6 Ver em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

7 Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694): I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Nos contratos de convivência, de acordo com SÍLVIO DE SALVO VENOSA, que atestam e declaram a união estável, apesar de o fulcro ser sempre regular o regime patrimonial, podem ser incluídos outros aspectos como os que dizem respeito aos filhos menores de um e de outro membro do casal, domicílio de direitos de visita dos descendentes, etc.⁸

Também vamos encontrar no universo jurídico o contrato de namoro, que se trata de um pacto celebrado entre duas pessoas, por meio do qual elas declaram que mantêm entre si apenas um namoro, e não uma união estável. No entanto, entre os estudiosos do Direito e na jurisprudência, não há posicionamento pacífico acerca da validade desse tipo de contrato.

FARIAS e ROSENVALD salientam: “Conquanto seja absolutamente possível a celebração de um contrato de namoro (porque a lei não exige forma prescrita em lei e porque o objeto não é ilícito), não conseguirão as partes impedir a eventual caracterização de uma união estável, cuja configuração decorre de elementos fáticos, não podendo ser bloqueada por um negócio jurídico”.⁹

A propósito, de acordo com a lição de MARIA BERENICE DIAS: “Na união estável é a convivência que impõe o regime condominial, em face da presunção de esforço comum à sua constituição. Não importa o fato de os bens estarem registrados apenas no nome de um dos companheiros, para a partilha ocorrer de forma igualitária. No entanto, há a possibilidade de os conviventes, a qualquer tempo (antes, durante, ou mesmo depois de solvida a união), regularem da forma que lhes aprouver as questões patrimoniais, agregando, inclusive, efeito retroativo às deliberações”.¹⁰

Segundo SÍLVIO DE SALVO VENOSA, os chamados contratos de namoro, apresentam como finalidade afastar a situação de fato que poderia ser compreendida como união estável, pelo temor da responsabilização financeira.¹¹ Não por acaso, muitos empresários, artistas e esportistas costumam assinar contratos com suas companheiras, estabelecendo que, havendo união estável, vigorará o regime da separação de bens.

De todo o exposto, cumpre ressaltar a importância de se ajustar o Direito às novas entidades familiares, bem como planejar o futuro das relações, evitando-se, assim, possíveis conflitos.

8 Ver em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/285.pdf>.

9 FARIAS; ROSENVALD, *op. cit.*, p. 382.

10 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**, 10^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 257.

11 Ver nota 8.

CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. RELAÇÕES PATRIMONIAIS. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. LIBERDADE. NEGÓCIO JURÍDICO. REQUISITOS DE VALIDADE. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. RECURSO PROVIDO.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA PARTICULAR. REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS DE FORMA SIMILAR À COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. POSSIBILIDADE.

1. O texto de Lei que regula a possibilidade de contrato de convivência, quando aponta para ressalva de que contrato escrito pode ser entabulado entre os futuros conviventes para regular as relações patrimoniais, fixou uma dilatada liberdade às partes para disporem sobre seu patrimônio.

2. A liberdade outorgada aos conviventes deve se pautar, como outra qualquer, apenas nos requisitos de validade de um negócio jurídico, regulados pelo art. 104 do Código Civil.

3. Em que pese a válida preocupação de se acautelar, via escritura pública, tanto a própria manifestação de vontade dos conviventes quanto possíveis interesses de terceiros, é certo que o julgador não pode criar condições onde a lei estabeleceu o singelo rito do contrato escrito.

4. Assim, o pacto de convivência formulado em particular, pelo casal, na qual se opta pela adoção da regulação patrimonial da futura relação como símil ao regime de comunhão universal, é válido, desde que escrito.

5. Ainda que assim não fosse, vulnera o princípio da boa-fé (*venire contra factum proprium*), não sendo dado àquele que, sem amarras, pactuou a forma como se regularia as relações patrimoniais na união estável, posteriormente buscar enjeitar a própria manifestação de vontade, escudando-se em uma possível

tecnicidade não observada por ele mesmo.

5. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Especial nº 1.459.597-SC, em que é Recorrente: M. V. e Recorrido: J. M. , acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros PAULO DE TARSO SANSEVERINO, RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, MARCO AURÉLIO BELLIZZE e MOURA RIBEIRO votaram com a Sra. Ministra Relatora.

BRASÍLIA (DF), 1º DE DEZEMBRO DE 2016.
MIN. NANCY ANDRIGHI
RELATORA

RELATÓRIO

Recurso especial distribuído em 20/06/2014.

Recurso atribuído ao meu gabinete em 25/08/2016.

Cuida-se de recurso especial interposto por M. V., fundamentado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SC.

Ações: de dissolução de união estável c/c alimentos e meação de patrimônio, pela recorrente em face de J. M. e de dissolução de união estável c/c anulação parcial de contrato de união estável, ajuizada pelo recorrido em face da recorrente.

Sentença: o Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos para reconhecer a dissolução da união estável e determinar a partilha dos bens pelo regime da comunhão universal.

Acórdão em apelação: deu parcial provimento à apelação interposta por J. M., em acórdão assim ementado:

UNIÃO ESTÁVEL. CONEXÃO RECONHECIDA SENTENÇA CONJUNTA. INSURGÊNCIA RECURSAL DO EX-CONVIVENTE. AJUSTE PARTICULAR DE CONVIVÊNCIA. ESTIPULAÇÃO DO REGIME

DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. CLÁUSULAS, A RESPEITO, NULAS. CONTRATO ESCRITO QUE NÃO TEM FORMA E NEM EFEITOS DE PACTO ANTENUPCIAL. ANALOGIA COM AS REGRAS DO CASAMENTO. DOAÇÃO DE BENS IMÓVEIS. EXIGÊNCIAS LEGAIS NÃO CUMPRIDA. NULIDADE PRONUNCIADA.

1. Em tema de união estável, é previsão contida no art. 1.725 do Código Civil que, salvo contrato escrito, têm aplicação, no alusivo aos bens, as regras que disciplinam o regime da comunhão parcial de bens, no que couberem; à luz dessa previsão legal, é dado aos conviventes afastarem, por meio de contrato escrito, a presunção de comunicação dos bens adquiridos a título oneroso no interregno da vida em comum, sendo presumida a comunhão parcial na ausência de ajuste escrito dispendo de forma diversa.

2. Através de mero contrato escrito, no entanto, não se viabiliza no plano legal a comunicação dos bens cuja aquisição foi feita por um dos conviventes precedentemente ao início da união estável. O contrato a que se reporta o art. 1.725, do Estatuto Civil, não temesse efeito, por não se confundir com o pacto antenupcial exigido na hipótese de casamento, com requisito inarredável da adoção, pelos cônjuges, do regime da comunhão universal de bens.

3. Em que pese tratar-se de entidade familiar, a união estável não pode ser confundida com casamento, pelo que não estão autorizados os conviventes a optarem validamente por regime legal diverso do da comunhão parcial de bens. O que lhes confere a lei, apenas e somente, é ajustarem a não comunicação dos bens adquiridos na constância da convivência comum. A comunhão universal de bens é, contudo, regime visceralmente incompatível com o caráter informal da união estável.

4. Caso pretendam os companheiros que os bens próprios preexistentes ao início da união estável se comuniquem, indispensável é que ajustem eles a contratação adequada, através de instrumento de doação, com observação das formalidades e requisitos próprios, entre os quais, em se tratando de bens imóveis, a escritura pública.

BENS PARTILHA. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL ART. 1.725 DO CÓDIGO CIVIL. INCOMUNICABILIDADE DE VALORES ADVINDOS DA VENDA DE IMÓVEL PARTICULAR E EMPREGADOS NA AQUISIÇÃO DE APARTAMENTO. SALDO DEVEDOR DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO ARCADO POR UM SÓ DOS CONVIVENTES APÓS A RUPTURA DA VIDA EM COMUM. NÃO COMUNICAÇÃO. VEÍCULO DE PROPRIEDADE TERCEIRO. PARTILHA INVIÁVEL.

1. Com a ruptura da união estável, a divisão do patrimônio amealhado restringe-se aos bens efetivamente adquiridos enquanto em vigência o convívio em comum, não se podendo cogitar, em tal caso, a contribuição de cada um dos companheiros aportou para aquisição. Do monte partilhável são excluídos, todavia, nos moldes do art. 1.659, inc. III, do Código Civil, os bens que, embora adquiridos na constância da união estável, o foram, no todo ou em parte, com valores provenientes da venda de bens particulares de um dos companheiros.

A divisão de determinado bem só é cabível quando comprovadamente integrar ele o patrimônio comum dos conviventes; comprovada à suficiência, contudo, que o veículo pretendido de partilha é de propriedade, não dos litigantes, mas de um terceiro, a sua divisão não pode ser deferida, pena de implicar em invasão de esfera patrimonial alheia.

CAUTELAR SEPARAÇÃO DE CORPOS. INDISPENSABILIDADE DA MEDIDA NÃO DEMONSTRADA.

IMPROCEDÊNCIA DITADA. 'DECISUM' MANTIDO.

Não delineados de forma incontestável no processo os requisitos necessários ao deferimento da cautelar de separação de corpos, com a saída da convivente do lar comum, é de ser mantida a sentença que desacolheu a proposição acautelatória formulada pelo varão.

RECIPROCIDADE SUCUMBENCIAL, PRESSUPOSTOS PRESENTES. ENCARGOS DA SUCUMBÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL NECESSÁRIA.

Tendo ambos os litigantes sido vencedores e vencidos nos pedidos que trouxeram a juízo, sem que se possa considerar irrelevante a parte da qual cada um dele decaiu a hipótese é de sucumbência recíproca, a determinar a distribuição dos respectivos ônus de forma proporcional à medida do êxito e da derrota de cada um deles.

RECLAMAÇÃO RECURSAL PROVIDA EM PARTE.

Recurso especial: alega-se ofensa aos arts. 104 e 1.725 do Código Civil, bem como dissídio jurisprudencial.

Sustenta a recorrente que o acórdão recorrido vulnerou os citados dispositivos de lei, quando fixou que os conviventes não podem livremente acordarem sobre a forma de partilha patrimonial, notadamente sendo-lhes vedado a pactuarem em contrato a adoção de regime símil à comunhão universal de bens.

Contrarrazões ao recurso especial: o recorrido reafirma a nulidade das cláusulas do quanto acordado com a recorrente, apontando que para ser válido o pacto deveria ter sido efetuado por escritura pública e, sendo nulo, aplica-se ao relacionamento que existiu entre as partes, o regime de comunhão parcial de bens.

Parecer do MPF: De lavra do Subprocurador-Geral da República, NICOLAU DINO NETO, pelo provimento do recurso especial (f. 309/131, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

Cinge-se a controvérsia em dizer se o contrato de convivência estatuído entre as partes, sem registro público, dispondo sobre o estabelecimento de união estável e regulando as relações patrimoniais de forma similar à comunhão universal de bens, é válido, notadamente no que toca à comunhão universal dos bens.

Da validade do contrato de convivência que adota a comunhão universal de bens como regime patrimonial regulador da união estável

01. O acórdão recorrido declinou, como razões de inviabilidade do pacto estabelecido que:

- a) A lei só possibilita aos conviventes a adoção da comunhão parcial de bens, ou a separação total ou de alguns bens, sendo vedada a adoção de todos os regimes patrimoniais do casamento;
- b) Os contratos de convivência devem estar adstritos, no que toca a regulação das relações patrimoniais, aos bens adquiridos onerosamente na constância da relação;
- c) “A simples vontade das partes, manifestada por meio de um contrato particular, é de se ver, não é capaz de transferir/modificar, ainda que em parte, os direitos reais sobre bens imóveis pré-existentes à união, inviabilizando a escolha pelo regime da comunhão universal aos companheiros” (f. 220, e-STJ);
- d) “...é incoerente facultar aos conviventes que, por meio de simples pacto particular, sem testemunhas, possam eles convencionar o que bem entenderem quanto aos bens pré-existentes à relação, efetivando doações recíprocas de bens imóveis, sem qualquer observância das formalidades exigidas, sob pena de atingir direito de terceiro” (f. 221, e-STJ).

02. Tomando como base de apreciação inicial a análise levado a cabo pelo Tribunal de origem, e cotejando-a com o disposto no art. 1.725 do

Código Civil, verifica-se, por primeiro, que o texto de lei, quando aponta para ressalva de que contrato escrito pode ser entabulado entre os futuros conviventes para regular as relações patrimoniais, fixou uma dilatada liberdade às partes para disporem sobre seu patrimônio.

03. É de se notar aqui, que nem ao menos se estabeleceu regimes possíveis de regulação patrimonial, apenas se acautelando, e previamente fixando, a comunhão parcial de bens, na ausência de regulação.

04. Quanto à liberdade que os futuros conviventes têm de acordarem sobre a fórmula que irá nortear as relações patrimoniais do casal, recentemente declinei, em julgamento que discutia a validade de contrato de convivência (REsp. 1.597.675, julgado em 26/10/2016), o seguinte posicionamento:

Volvendo então, ao art. 1.725 do Código Civil, brandido pelo recorrente como vulnerado pelo acórdão recorrido, nota-se a inexistência de regras regulatórias específicas para acordos relativos às relações patrimoniais, estabelecendo o dispositivo de lei, apenas, que na ausência de contratação prevalecerá, “... no que couber, o regime da comunhão parcial de bens” (art. 1.725, *in fine*, do Código Civil).

Ora, a ausência de alguma vedação expressa remete os contratantes – *in casu*, as partes – apenas para a observância dos requisitos de validade do negócio jurídico (art. 104 do Código Civil) e aos princípios legais que regem, ou devem reger a vida em sociedade, cuja inobservância se traduz nas nulidades (art. 166 do CC) ou nas anulabilidades do negócio jurídico (art. 171 do CC) e suas consequências jurídicas.

Nesse sentido, vale citar o posicionamento de NELSON NERY JÚNIOR:

“O patrimônio do casal unido sem a forma de do casamento (CC 1.536), sem impedimento para a celebração do casamento

(CC 1.727 c/c 1.723 § 1º), é regido pelo princípio da liberdade (CC 1.725)”.

Vale aqui ressaltar, que embora a locução “união estável” guarde “sinonímia legal” com o termo casamento, tanto quanto ocorre com os vocábulos sinônimos, os institutos têm proximidade muito grande, mas não são idênticos, razão pela qual, nem sempre é possível aplicar-se o regramento expresso do casamento, para as uniões estáveis. E isso é tanto mais verdade, quanto o é a capacidade de restringir a autonomia da vontade da regulação do casamento.

É dizer: as regulações restritivas, próprias do casamento, não podem atingir, indistintamente, às uniões estáveis, se não houver fundada razão baseada em princípios jurídicos ou proteção de valores socialmente benquistos.

Assim, não vejo como possível a singela e genérica aplicação do posicionamento do STJ, relativa à impossibilidade de a alteração do regime de bens no matrimônio ter efeitos *ex tunc*, aos contratos que dispõem sobre relações patrimoniais na união estável.

Nestes, a lei não faz restrições, ao revés, dá ampla liberdade de contratação, podendo os companheiros, inclusive, solverem as questões sobre o patrimônio da forma como bem lhes aprouver:

Nesse sentido, o escólio de MARIA BERENICE DIAS:

Quando do fim da união, os companheiros podem solver as questões patrimoniais sem interferência da Justiça, mesmo que tenham sido adquiridos bens imóveis. Na hipótese de haver consenso sobre a divisão dos bens, se no título de propriedade o adquirente se qualificou como vivendo em união estável, é possível realizar a partilha extrajudicial. Caso contrário, nem isso é necessário.

Como não há a necessidade da intervenção estatal para sacralizar o fim da união estável –

quer existam filhos mesmo incapazes – pode o casal se limitar a proceder a partilha de bens, que pode ser levada a efeito por contrato particular, mesmo de bens imóveis.

05. Reafirmando esse posicionamento, a liberdade outorgada aos conviventes deve se pausar, como outra qualquer, apenas nos requisitos de validade de um negócio jurídico, regulados pelo art. 104 do Código Civil.

06. E aqui cabe fazer uma pequena incursão sobre a existência desses requisitos à espécie, ficando consignado, de plano, que não há discussão sobre a capacidade dos agentes, ocorrência de vício de vontade ou vício social, e ainda sobre a licitude o objeto.

07. Remanesce então, debate quanto à observância de forma prescrita em lei, que para o Tribunal de origem deixou de ser observada, porquanto entendeu que incidiria, à espécie, o disposto no art. 1.640 do CC, quanto à obrigatoriedade de escritura pública.

08. Quanto ao ponto, é de se anotar que, diferentemente do que ocorreu na regulação do regime de bens dentro do casamento, o Código Civil, no que toca aos conviventes, laconicamente fixou a exigência de contrato escrito para fazer a vontade dos conviventes, ou a incidência do regime da comunhão parcial de bens, na hipótese de se quedarem silentes quanto à regulação das relações patrimoniais.

09. Em que pese a válida preocupação de se acautelar, via escritura pública, tanto a própria manifestação de vontade dos conviventes quanto possíveis interesses de terceiros, é certo que o julgador não pode criar condições onde a lei estabeleceu o singelo rito do contrato escrito.

10. Nesse particular, é significativo declinar que nem a regulação do registro de uniões estáveis por oficial de registro civil das pessoas naturais, feita pelo CNJ, por meio do Provimento 37/14, exige que a união seja averbada no registro imobiliário correspondente ao dos bens dos conviventes.

11. Assim, basta nesse aspecto ressaltar que o requisito exigido por lei – contrato escrito – foi cumprido. E note-se, em nenhum momento o recorrido aponta qualquer irregularidade na construção da avença ou no documento que lhe deu corpo, mas apenas discute sua possível nulidade, ante a não observância do art. 1.640 do Código Civil.

12. É dizer: o próprio subscritor do contrato de convivência, sem alegar nenhum vício de vontade, vem posteriormente brandir uma possível nulidade, por não observância da forma que agora entende, deveria ter sido observada, e que ele mesmo ignorou, tanto na elaboração do contrato, quanto no período em que as partes conviveram em harmonia.

13. Por certo, esta atitude vulnera o princípio da boa-fé, não sendo dado àquele que, sem amarras, pactuou a forma como se regularia as relações patrimoniais na união estável, posteriormente buscar enjeitar a própria manifestação de vontade, escudando-se em uma possível tecnicidade não observada por ele mesmo.

14. Nas palavras de NELSON NERY JÚNIOR:

A cláusula geral de boa-fé objetiva obriga as partes a não agirem em contradição com atos e comportamentos anteriores, praticados antes da conclusão do contrato, durante a execução ou depois de exaurido o objeto do contrato. Em outras palavras a parte não pode *venire contra factum proprium*. A proibição incide objetiva e unilateralmente, independentemente do comportamento ou da atitude da contraparte, porque é dever de conduta de cada um dos contratantes isoladamente considerado.

15. Assim, atendidos que foram os requisitos de validade do negócio jurídico entabulado – contrato de convivência –; não havendo automática genuflexão da união estável às regras do casamento e, ainda; sendo o com-

portamento contraditório, infenso à boa-fé que deve regular as avenças, impõe-se a reforma do acórdão recorrido.

Forte nessas razões, conheço do recurso especial, para dar-lhe provimento, a fim de restaurar a sentença e, por conseguinte a validade do contrato de convivência previamente pactuado entre as partes.

Custas e honorários advocatícios, como fixados em 1º grau.

INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. TESTAMENTO. ELEIÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMÓVEIS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - INVENTÁRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE PROVEU O APELO NOBRE.

INSURGÊNCIA DA COMPANHEIRA SUPÉRSTITE.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a eleição de regime de bens diverso do legal, que deve ser feita por contrato escrito, tem efeitos apenas *ex nunc*, sendo inválida a estipulação de forma retroativa.

2. Na linha dos precedentes do STJ, os argumentos trazidos em agravo interno que não foram objeto do acórdão do Tribunal a quo, nem das contrarrazões ao recurso especial, não são passíveis de conhecimento, por importar em inovação recursal, a qual é considerada indevida em virtude da preclusão consumativa.

3. Agravo interno desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):
O agravo interno não merece acolhida, porquanto

os argumentos tecidos pela parte recorrente são incapazes de infirmar a decisão agravada, motivo pelo qual merece ser mantida, por seus próprios fundamentos.

1. Deve ser mantida a decisão que deu provimento ao recurso especial.

Segundo os autos, trata-se da ação de inventário dos bens deixados por R. A. DA S., que até a data do óbito (24 de abril de 2005), convivia em união estável com E. R.

Dois meses antes do falecimento, os conviventes registraram, cada qual, testamento público, no qual declararam conviver em união estável "e de bens separados", conforme consta da decisão impugnada (f. 735 e-STJ).

O Juízo do inventário entendeu que tal estipulação, ainda que fosse considerada válida, não poderia ter efeitos retroativos, de modo que manteve no inventário 4 (quatro) imóveis registrados apenas em nome da recorrida, adquiridos onerosamente no curso da união (e antes do registro do testamento), conforme decisão acostada a f. 19-23 e-STJ.

A companheira sobrevivente, ora recorrida, interpôs agravo de instrumento, ocasião na qual a Corte de origem reformou a decisão interlocutória, por considerar válida a eleição de regime de bens de forma unilateral, por ambos os conviventes, cada qual em seu testamento, e com efeitos retroativos - concluindo, portanto, que os bens registrados apenas em nome da companheira supérstite (E. R.) não deveriam ser objeto de partilha com o falecido (R. A. DA S.).

Cita-se o excerto correspondente (f. 734-736 e-STJ):

A recorrente afirma que os imóveis adquiridos onerosamente por ela durante a união estável não se comunicam com patrimônio deixado pelo falecido porque a convivência era regida pelo regime da separação de bens.

Verifico que consta do testamento público feito

pelo *de cujus* (f. 180/181 - TJ):

(...) compareceu como outorgante testador R. A. da S., brasileiro, divorciado, Promotor de Justiça, em união estável com E. R., e de bens separados, portador do CPF (...).

E do testamento elaborado pela agravante (f. 182/183 - TJ):

(...) compareceu como outorgante testadora E. R., brasileira, solteira, em união estável com R. A. da S., Promotor de Justiça e de bens separados, funcionária pública aposentada (...).

Os dois testadores expressamente declararam bens separados, vale dizer, união estável com separação de bens. Ora, o testamento é negócio jurídico solene e mais importante que eventual contrato de convivência no qual também pode ser eleito o regime da separação de bens. Acrescento que a eficácia das disposições quanto ao regime de bens, já decidiu este Tribunal:

[...]

Portanto, os imóveis adquiridos onerosamente na constância da união estável não podem ser incluídos na partilha em decorrência do regime adotado. Logo, tem razão a recorrente em sua irresignação.

Com estes fundamentos, dou provimento ao agravo de instrumento, reformo a decisão agravada e determino que os imóveis questionados sejam excluídos da partilha.

Todavia, a jurisprudência desta Corte Superior entende não ser possível a retroação de efeitos da eleição de regime de bens em união estável, uma vez que esta alcança, somente, os negócios posteriores. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO ESTÁVEL ELE-

GENDO O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS - MANIFESTAÇÃO DE VONTADE EXPRESSA DAS PARTES QUE DEVE PREVALECER - PARTILHA DO IMÓVEL DE TITULARIDADE EXCLUSIVA DA RECORRENTE - IMPOSSIBILIDADE - INSURGÊNCIA DA DEMANDADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

[...]

2.2. O pacto realizado entre as partes, adotando o regime da separação de bens, possui efeito imediato aos negócios jurídicos a ele posteriores, havidos na relação patrimonial entre os conviventes, tal qual a aquisição do imóvel objeto do litígio, razão pela qual este não deve integrar a partilha.

[...]

4. Recurso especial provido para afastar a partilha do bem imóvel adquirido exclusivamente pela recorrente na constância da união estável.

(REsp 1.481.888/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018) [grifou-se]

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ESCRITURA PÚBLICA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DA TERCEIRA TURMA.

[...]

3. Controvérsia em torno da validade da cláusula referente à eficácia retroativa do regime de bens.

4. Consoante a disposição do art. 1.725 do Código Civil, "na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

5. Invalidez da cláusula que atribui eficácia retroativa ao regime de bens pactuado

em escritura pública de reconhecimento de união estável.

6. Prevalência do regime legal (comunhão parcial) no período anterior à lavratura da escritura.

7. Precedentes da Terceira Turma do STJ.

8. Voto divergente quanto à fundamentação.

9. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 1.597.675/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 16/11/2016)

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. 1) ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO. ART. 104 E INCISOS DO CC/02. SENILIDADE E DOENÇA INCURÁVEL, POR SI, NÃO É MOTIVO DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE DIREITO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DE QUE NÃO TINHA O NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO. AFIRMADA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284 DO STF. REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO. INCISO II DO ART. 1.641 DO CC/02. APLICAÇÃO NA UNIÃO ESTÁVEL. AFERIÇÃO DA IDADE. ÉPOCA DO INÍCIO DO RELACIONAMENTO. PRECEDENTES. APONTADA VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO. NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ESPECIAL DO EX-COMPANHEIRO NÃO PROVIDO. 2) PRETENSÃO DE SE ATRIBUIR EFEITOS RETROATIVOS A CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DA EX-COMPANHEIRA NÃO PROVIDO.

[...]

8. No curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, se estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento.

9. Recursos especiais não providos.

(REsp 1.383.624/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015)

Assim, ante a impossibilidade de retroação de efeitos, independentemente da validade ou não da eleição de regime (supostamente formulada em testamento), os imóveis em discussão devem integrar o inventário do falecido, eis que adquiridos onerosamente por sua companheira, no curso da união estável, e antes da suposta eleição do regime de separação de bens.

No presente agravo interno, a insurgente sustenta que não se tratou de eleição de regime com efeitos retroativos, mas sim do mero reconhecimento de uma situação preexistente.

Todavia, nos termos dos artigos 1.640 e 1.725 do Código Civil, não havendo contrato escrito entre os cônjuges ou companheiros, vigora o regime da comunhão parcial.

Logo, não há que se falar em reconhecimento de situação preexistente, uma vez que a legislação, expressamente, prevê que a eleição de regime de bens deve se dar por contrato escrito - afastando, por decorrência lógica, a eleição de regime de bens por contrato verbal.

Portanto, inexistindo contrato escrito elegendo regime de bens diverso do legal à época da aquisição dos imóveis, vigora o regime de bens da comunhão parcial.

2. No presente agravo interno, a insurgente sustenta, ainda, a necessidade de limitação dos efeitos aos bens adquiridos após a entrada em

vigor da Lei nº 9.278/96, uma vez que inexistente prova de esforço comum em relação aos bens adquiridos anteriormente à lei que estipulou o regime de bens da comunhão parcial às uniões estáveis.

Afirma que "do jeito que a decisão agravada foi proferida, parece que todos os bens, não importando a data da vigência da Lei nº 9.278/96, são presumidamente adquiridos pelo esforço comum do casal, o que diverge do entendimento do próprio STJ" (f. 887 e-STJ).

Imperioso esclarecer, de início, que a decisão ora impugnada tratou, unicamente, dos 4 (quatro) imóveis objeto do agravo de instrumento originário.

Neste sentido, foi a expressa disposição do decisum (f. 874-876 e-STJ):

O Juízo do inventário entendeu que tal estipulação, ainda que fosse considerada válida, não poderia ter efeitos retroativos, de modo que manteve no inventário 4 (quatro) imóveis registrados apenas em nome da recorrida, adquiridos onerosamente no curso da união (e antes do registro do testamento), conforme decisão acostada a f. 19-23, e-STJ.

[...]

Assim, considerando a impossibilidade de retroação de efeitos, independentemente da validade ou não da eleição de regime (supostamente formulada em testamento), os imóveis em discussão devem integrar o inventário do falecido, eis que adquiridos onerosamente por sua companheira, no curso da união estável, e antes da suposta eleição do regime de separação de bens.

Ressalta-se que, conforme se extrai da decisão proferida pelo magistrado de origem, os bens imóveis arrolados foram adquiridos antes da confecção do testamento (f. 20 e-STJ).

Imperioso, portanto, o provimento do recurso especial, para reestabelecer a decisão de primeira instância, mantendo-se

os referidos imóveis nos bens do falecido a serem partilhados.

Assim, não procede a afirmação da agravante, acima transcrita.

Ademais, no presente agravo, limita-se a afirmar a necessidade de limitar os efeitos da decisão aos bens adquiridos após a vigência da Lei nº 9.278/96.

Todavia, apresenta pedido genérico, não afirmando, sequer, se algum dos bens discutidos nos presentes autos foi adquirido após a entrada em vigor do referido diploma legal.

Ademais, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não se admite a adição de teses, em sede de agravo interno, que não foram suscitadas sequer em contrarrazões ao recurso especial.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRREGULARIDADE FORMAL. INOVAÇÃO EM AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA COMINATÓRIA. PEDIDO DE REDUÇÃO. PRECLUSÃO. COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.

1. "É vedado o exame de questão trazida em agravo regimental que não se constituiu em objeto do acórdão do Tribunal *a quo*, nem das contrarrazões ao recurso especial, em razão da impossibilidade de se considerar matéria objeto de inovação, não prequestionada, nos processos em andamento na instância superior dos recursos excepcionais" (REsp nº 673.853/RS, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Corte Especial, DJe 05/03/2009).

[...]

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.465.655/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREI-

RA, Quarta Turma, julgado em 23/09/2019, DJe 27/09/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES INDIVIDUAIS. INOVAÇÃO NO RECURSO. INADMISSIBILIDADE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VAZAMENTO DE ÓLEO DOS TRANSFORMADORES DA SUBESTAÇÃO DA REQUERIDA. RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS DANOS E DO NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N° 7/STJ.

1. É inadmissível a adição de teses não suscitadas sequer nas razões ou contrarrazões do recurso especial por consistir em indevida inovação.

[...]

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n° 1.428.802/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 10/09/2019, DJe 18/09/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA 1. DEPÓSITO DO VALOR EXECUTADO REALIZADO TEMPESTIVAMENTE. FINALIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO. INCIDÊNCIA DA MULTA DE 10% DO ART. 475-J DO CPC/1973 E DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO. 2. TESES DE NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL E DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 884 E SEQUINTE DO CC E 743 DO CPC/1973. NÃO APONTAMENTO NAS CONTRARRAZÕES AO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. 3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

2. Configuram inovação recursal e, por conseguinte, preclusão consumativa as alegações, na hipótese dos autos, de necessidade de

liquidação do título executivo judicial e de violação aos arts. 884 e seguintes do CC e 743 do CPC/1973, porquanto não deduzidas tais matérias nas contrarrazões ao recurso especial, mas apenas neste agravo interno.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp n° 709.873/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 09/09/2019, DJe 12/09/2019)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÕES NÃO DEDUZIDAS NAS CONTRARRAZÕES. INOVAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. ERRO MATERIAL DE CÁLCULO PASSÍVEL DE CORREÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. É defeso suscitar teses que não foram aventadas nas contrarrazões do recurso especial por consistir em inadmissível inovação recursal.

[...]

4. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp n° 1.384.547/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 23/08/2019)

Acrescente-se, ainda, que, no caso, além de não ter sido debatida quando da apresentação das contrarrazões ao recurso especial (f. 849-859 e-STJ), a tese não foi suscitada pela insurgente sequer quando esta interpôs o agravo de instrumento originário (f. 1-17 e-STJ).

Ou seja, em primeira instância foi reconhecido o direito a partilha destes 4 (quatro) imóveis e a parte ora insurgente, ao interpor agravo interno, limitou-se a discutir o regime de bens em razão da previsão testamentária, nada discorrendo acerca da existência de algum bem anterior à Lei n°

9.278/96, ou da necessidade de comprovação de que houve contribuição.

Assim, inegável o reconhecimento da preclusão consumativa - sob pena, inclusive, de prejudicar a parte adversa, a qual não foi oportunizada a produção de prova a respeito da colaboração mútua.

É de rigor, portanto, a manutenção da decisão agravada.

3. Do exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Agravo Interno Recurso Especial nº 1751645-MG (2018/1062180-8), em que são Agravante: E. R. e Agravado: R. A. DA S. - Espólio Repr. por: A. M. DA R. S. - inventariante, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros LUIS FELIPE SALOMÃO, RAUL ARAÚJO, MARIA ISABEL GALLOTTI e ANTONIO CARLOS FERREIRA votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro MARCO BUZZI.

BRASÍLIA, 04 DE NOVEMBRO DE 2019.
MINISTRO MARCO BUZZI
RELATOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator): Trata-se de agravo interno interposto por E. R. em face da decisão acostada a f. 873-876 e-STJ, da lavra deste relator, que proveu o recurso especial da parte adversa.

O recurso especial foi interposto pelo espólio de R. A. DA S., com amparo nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no intuito de reformar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (f. 727-736 e-STJ), assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVENTÁRIO. PEÇAS ESSENCIAIS PRESENTES. PRECLUSÃO TEMPORAL NÃO CARACTERIZADA. UNIÃO

ESTÁVEL. DECLARAÇÃO DE REGIME DE BENS. TESTAMENTO PÚBLICO. SEPARAÇÃO DE BENS. PARTILHA NÃO DEVIDA. RECURSO PROVIDO.

1. Deve ser admitido o agravo de instrumento instruído com as peças essenciais conforme determina o art. 1.017, I a III, do CPC de 2015.

2. A preclusão opera-se pela perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual, que torna defeso à parte reabrir, no mesmo processo, discussão sobre questão já decidida.

3. Verificado que a questão relativa aos imóveis inventariados foi arguida antes de serem apresentadas as últimas declarações e não foi decidida, incorreu a alegada preclusão temporal.

4. Os testamentos públicos feitos pelos conviventes constituem ato solene e hábil para declarar o regime de separação de bens na união estável, circunstância que dispensa contrato escrito.

5. Assim, os imóveis adquiridos onerosamente durante a união estável não podem ser incluídos na partilha, em razão do regime de separação de bens adotado.

6. Agravo de instrumento conhecido e provido para excluir os imóveis questionados da partilha, rejeitada uma preliminar.

Opostos embargos declaratórios (f. 745-761 e-STJ), restaram desacolhidos na origem (f. 813-818 e-STJ).

Nas razões do especial (f. 821-839 e-STJ), a insurgente alega violação aos seguintes dispositivos de lei federal: (i) artigos 1.725 do Código Civil e 5º da Lei nº 9.278/96, porquanto somente seria possível eleger regime diverso do legal através de contrato escrito, não se podendo suprir essa exigência por declaração contida na qualificação de testamento; (ii) artigo 1.857 do Código Civil, ao argumento de que as disposições testamentárias prestam-se, tão

somente, a produzir efeitos após a morte. Aduziu, ainda, dissídio jurisprudencial, em relação à necessidade de contrato escrito, bem como à impossibilidade de retroação dos efeitos do regime eleito.

Apresentadas contrarrazões (f. 849-859 e-STJ), o apelo extremo foi admitido na origem.

Em julgamento monocrático, deu-se provimento ao apelo nobre, ante a impossibilidade de eleição de regime com efeitos retroativos, nos termos da jurisprudência desta Corte.

Inconformada, a sucumbente interpôs o presente agravo interno (f. 881-888 e-STJ), em síntese, sustentando que não se trata de eleição de regime com efeitos retroativos, mas de mero reconhecimento de situação preexistente.

Aduz, ainda, a necessidade de limitação dos efeitos aos bens adquiridos após a entrada em vigor da Lei nº 9.278/96, uma vez que inexistente prova de esforço comum em relação aos bens adquiridos anteriormente à lei que estipulou o regime de bens da comunhão parcial às uniões estáveis.

Impugnação a f. 891-905 e-STJ.

É o relatório.

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - INVENTÁRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE PROVEU O APELO NOBRE.

INSURGÊNCIA DA COMPANHEIRA SUPÉRSTITE.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a eleição de regime de bens diverso do legal, que deve ser feita por contrato escrito, tem efeitos apenas ex nunc, sendo inválida a estipulação de forma retroativa.

2. Na linha dos precedentes do STJ, os argumentos trazidos em agravo interno que não foram objeto do acórdão do Tribunal a quo, nem das contrarrazões ao recurso especial,

não são passíveis de conhecimento, por importar em inovação recursal, a qual é considerada indevida em virtude da preclusão consumativa.

3. Agravo interno desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator): O agravo interno não merece acolhida, porquanto os argumentos tecidos pela parte recorrente são incapazes de infirmar a decisão agravada, motivo pelo qual merece ser mantida, por seus próprios fundamentos.

1. Deve ser mantida a decisão que deu provimento ao recurso especial.

Segundo os autos, trata-se da ação de inventário dos bens deixados por R. A. DA S., que até a data do óbito (24 de abril de 2005), convivia em união estável com E. R.

Dois meses antes do falecimento, os conviventes registraram, cada qual, testamento público, no qual declararam conviver em união estável "e de bens separados", conforme consta da decisão impugnada (f. 735 e-STJ).

O Juízo do inventário entendeu que tal estipulação, ainda que fosse considerada válida, não poderia ter efeitos retroativos, de modo que manteve no inventário 4 (quatro) imóveis registrados apenas em nome da recorrida, adquiridos onerosamente no curso da união (e antes do registro do testamento), conforme decisão acostada a f. 19-23 e-STJ.

A companheira sobrevivente, ora recorrida, interpôs agravo de instrumento, ocasião na qual a Corte de origem reformou a decisão interlocutória, por considerar válida a eleição de regime de bens de forma unilateral, por ambos os conviventes, cada qual em seu testamento, e com efeitos retroativos - concluindo, portanto, que os bens registrados apenas em nome da companheira supérstite (E. R.) não deveriam ser objeto de partilha com o falecido (R. A. DA S.).

Cita-se o excerto correspondente (f. 734-736 e-STJ):

A recorrente afirma que os imóveis adquiridos onerosamente por ela durante a união estável não se comunicam com patrimônio deixado pelo falecido porque a convivência era regida pelo regime da separação de bens.

Verifico que consta do testamento público feito pelo *de cujus* (f. 180/181 - TJ):

(...) compareceu como outorgante testador R. A. da S., brasileiro, divorciado, Promotor de Justiça, em união estável com E. R., e de bens separados, portador do CPF (...).

E do testamento elaborado pela agravante (f. 182/183 - TJ):

(...) compareceu como outorgante testadora E. R., brasileira, solteira, em união estável com R. A. da S., Promotor de Justiça e de bens separados, funcionária pública aposentada (...).

Os dois testadores expressamente declararam bens separados, vale dizer, união estável com separação de bens. Ora, o testamento é negócio jurídico solene e mais importante que eventual contrato de convivência no qual também pode ser eleito o regime da separação de bens. Acrescento que a eficácia das disposições quanto ao regime de bens, já decidiu este Tribunal:

[...]

Portanto, os imóveis adquiridos onerosamente na constância da união estável não podem ser incluídos na partilha em decorrência do regime adotado. Logo, tem razão a recorrente em sua irresignação.

Com estes fundamentos, dou provimento ao agravo de instrumento, reformo a decisão agravada e determino que os imóveis questionados sejam excluídos da partilha.

Todavia, a jurisprudência desta Corte Superior entende não ser possível a retroação de efeitos

da eleição de regime de bens em união estável, uma vez que esta alcança, somente, os negócios posteriores. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO ESTÁVEL ELEGENDO O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS - MANIFESTAÇÃO DE VONTADE EXPRESSA DAS PARTES QUE DEVE PREVALECER - PARTILHA DO IMÓVEL DE TITULARIDADE EXCLUSIVA DA RECORRENTE - IMPOSSIBILIDADE - INSURGÊNCIA DA DEMANDADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

[...]

2.2. O pacto realizado entre as partes, adotando o regime da separação de bens, possui efeito imediato aos negócios jurídicos a ele posteriores, havidos na relação patrimonial entre os conviventes, tal qual a aquisição do imóvel objeto do litígio, razão pela qual este não deve integrar a partilha.

[...]

4. Recurso especial provido para afastar a partilha do bem imóvel adquirido exclusivamente pela recorrente na constância da união estável. (REsp 1.481.888/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018) [grifou-se]

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ESCRITURA PÚBLICA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS. ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DA TERCEIRA TURMA.

[...]

3. Controvérsia em torno da validade da cláusula referente à eficácia retroativa do regime de bens.

4. Consoante a disposição do art. 1.725 do Código Civil, "na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

5. Invalidez da cláusula que atribui eficácia retroativa ao regime de bens pactuado em escritura pública de reconhecimento de união estável.

6. Prevalência do regime legal (comunhão parcial) no período anterior à lavratura da escritura.

7. Precedentes da Terceira Turma do STJ.

8. Voto divergente quanto à fundamentação.

9. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 1.597.675/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 16/11/2016)

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. 1) ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO. ART. 104 E INCISOS DO CC/02. SENILIDADE E DOENÇA INCURÁVEL, POR SI, NÃO É MOTIVO DE INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE DIREITO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DE QUE NÃO TINHA O NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO. AFIRMADA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284 DO STF. REGIME OBRIGATÓRIO DE SEPARAÇÃO DE BENS NO CASAMENTO. INCISO II DO ART. 1.641 DO CC/02. APLICAÇÃO NA UNIÃO ESTÁVEL. AFERIÇÃO DA IDADE. ÉPOCA DO INÍCIO DO RELACIONAMENTO. PRECEDENTES. APONTADA VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO. NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO

DE LEGISLAÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ESPECIAL DO EX-COMPANHEIRO NÃO PROVIDO. 2) PRETENSÃO DE SE ATRIBUIR EFEITOS RETROATIVOS A CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DA EX-COMPANHEIRA NÃO PROVIDO. [...]

8. No curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, se estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento.

9. Recursos especiais não providos.

(REsp 1.383.624/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015)

Assim, ante a impossibilidade de retroação de efeitos, independentemente da validade ou não da eleição de regime (supostamente formulada em testamento), os imóveis em discussão devem integrar o inventário do falecido, eis que adquiridos onerosamente por sua companheira, no curso da união estável, e antes da suposta eleição do regime de separação de bens.

No presente agravo interno, a insurgente sustenta que não se tratou de eleição de regime com efeitos retroativos, mas sim do mero reconhecimento de uma situação preexistente.

Todavia, nos termos dos artigos 1.640 e 1.725 do Código Civil, não havendo contrato escrito entre os cônjuges ou companheiros, vigora o regime da comunhão parcial.

Logo, não há que se falar em reconhecimento de situação preexistente, uma vez que a legislação, expressamente, prevê que a eleição de regime de bens deve se dar por contrato escrito - afastando, por decorrência lógica, a eleição de regime de bens por contrato verbal.

Portanto, inexistindo contrato escrito elegend-
do regime de bens diverso do legal à época da
aquisição dos imóveis, vigora o regime de bens
da comunhão parcial.

2. No presente agravo interno, a insurgente
sustenta, ainda, a necessidade de limitação dos
efeitos aos bens adquiridos após a entrada em
vigor da Lei nº 9.278/96, uma vez que inexistente
prova de esforço comum em relação aos bens ad-
quiridos anteriormente à lei que estipulou o regime
de bens da comunhão parcial às uniões estáveis.

Afirma que "do jeito que a decisão agravada
foi proferida, parece que todos os bens, não im-
portando a data da vigência da Lei nº 9.278/96,
são presumidamente adquiridos pelo esforço
comum do casal, o que diverge do entendimento
do próprio STJ" (f. 887 e-STJ).

Imperioso esclarecer, de início, que a decisão
ora impugnada tratou, unicamente, dos 4 (quatro)
imóveis objeto do agravo de instrumento originário.

Neste sentido, foi a expressa disposição do
decisum (f. 874-876 e-STJ):

O Juízo do inventário entendeu que tal esti-
pulação, ainda que fosse considerada válida,
não poderia ter efeitos retroativos, de modo
que manteve no inventário 4 (quatro) imóveis
registrados apenas em nome da recorrida,
adquiridos onerosamente no curso da união
(e antes do registro do testamento), conforme
decisão acostada a f. 19-23, e-STJ.

[...]

Assim, considerando a impossibilidade de
retroação de efeitos, independentemente da
validade ou não da eleição de regime (supo-
stamente formulada em testamento), os imóveis
em discussão devem integrar o inventário do
falecido, eis que adquiridos onerosamente por
sua companheira, no curso da união estável,
e antes da suposta eleição do regime de se-
paração de bens.

Ressalta-se que, conforme se extrai da decisão
proferida pelo magistrado de origem, os bens
imóveis arrolados foram adquiridos antes da
confeção do testamento (f. 20 e-STJ).

Imperioso, portanto, o provimento do recurso
especial, para reestabelecer a decisão de
primeira instância, mantendo-se os referi-
dos imóveis nos bens do falecido a serem
partilhados.

Assim, não procede a afirmação da agravante,
acima transcrita.

Ademais, no presente agravo, limita-se a
afirmar a necessidade de limitar os efeitos da
decisão aos bens adquiridos após a vigência da
Lei nº 9.278/96.

Todavia, apresenta pedido genérico, não afir-
mando, sequer, se algum dos bens discutidos nos
presentes autos foi adquirido após a entrada em
vigor do referido diploma legal.

Ademais, nos termos da jurisprudência desta
Corte Superior, não se admite a adição de teses,
em sede de agravo interno, que não foram suscita-
das sequer em contrarrazões ao recurso especial.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO
EM RECURSO ESPECIAL. IRREGULARIDADE
FORMAL. INOVAÇÃO EM AGRAVO INTERNO.
IMPOSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER.
MULTA COMINATÓRIA. PEDIDO DE REDUÇÃO.
PRECLUSÃO. COISA JULGADA. NÃO OCORRÊN-
CIA. DECISÃO MANTIDA.

1. "É vedado o exame de questão trazida em
agravo regimental que não se constituiu em
objeto do acórdão do Tribunal a quo, nem das
contrarrazões ao recurso especial, em razão
da impossibilidade de se considerar matéria
objeto de inovação, não prequestionada, nos
processos em andamento na instância su-
perior dos recursos excepcionais" (REsp nº

673.853/RS, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Corte Especial, DJe 05/03/2009).

[...]

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.465.655/MG, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, julgado em 23/09/2019, DJe 27/09/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES INDIVIDUAIS. INOVAÇÃO NO RECURSO. INADMISSIBILIDADE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VAZAMENTO DE ÓLEO DOS TRANSFORMADORES DA SUBESTAÇÃO DA REQUERIDA. RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS DANOS E DO NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. É inadmissível a adição de teses não suscitadas sequer nas razões ou contrarrazões do recurso especial por consistir em indevida inovação.

[...]

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp nº 1.428.802/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 10/09/2019, DJe 18/09/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA 1. DEPÓSITO DO VALOR EXECUTADO REALIZADO TEMPESTIVAMENTE. FINALIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO. INCIDÊNCIA DA MULTA DE 10% DO ART. 475-J DO CPC/1973 E DE HONORÁRIOS DE ADVOGADO. 2. TESSES DE NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL E DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 884 E SEQUINTE DO CC E 743 DO CPC/1973. NÃO APONTAMENTO NAS CONTRARRAZÕES

AO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. 3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

2. Configuram inovação recursal e, por conseguinte, preclusão consumativa as alegações, na hipótese dos autos, de necessidade de liquidação do título executivo judicial e de violação aos arts. 884 e seguintes do CC e 743 do CPC/1973, porquanto não deduzidas tais matérias nas contrarrazões ao recurso especial, mas apenas neste agravo interno.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp nº 709.873/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 09/09/2019, DJe 12/09/2019)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÕES NÃO DEDUZIDAS NAS CONTRARRAZÕES. INOVAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. ERRO MATERIAL DE CÁLCULO PASSÍVEL DE CORREÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. É defeso suscitar teses que não foram aventadas nas contrarrazões do recurso especial por consistir em inadmissível inovação recursal.

[...]

4. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp nº 1.384.547/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 23/08/2019)

Acrescente-se, ainda, que, no caso, além de não ter sido debatida quando da apresentação das contrarrazões ao recurso especial

(f. 849-859 e-STJ), a tese não foi suscitada pela insurgente sequer quando esta interpôs o agravo de instrumento originário (f. 1-17 e-STJ).

Ou seja, em primeira instância foi reconhecido o direito a partilha destes 4 (quatro) imóvel e a parte ora insurgente, ao interpor agravo interno, limitou-se a discutir o regime de bens em razão da previsão testamentária, nada discorrendo acerca da existência de algum bem anterior à Lei nº 9.278/96, ou da necessidade de comprovação de que houve contribuição.

Assim, inegável o reconhecimento da preclusão consumativa - sob pena, inclusive, de prejudicar a parte adversa, a qual não foi oportunizada a produção de prova a respeito da colaboração mútua.

É de rigor, portanto, a manutenção da decisão agravada.

3. Do exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. EFEITOS FUTUROS. ENTENDIMENTO DO STJ. INDENIZAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE COTAS. PARTICIPAÇÃO DA COMPANHEIRA. IMPOSSIBILIDADE. NEGÓCIO REALIZADO ANTES DO CONTRATO LAVRADO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

UNIÃO ESTÁVEL. INDENIZATÓRIA. PRETENSÃO ENVOLVENDO A PARTICIPAÇÃO DO COMPANHEIRO DA AUTORA NA SOCIEDADE RÉ. TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DAS COTAS OCORRIDA EM 1996. ESCRITURA DECLARATÓRIA LAVRADA EM 2006. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE O CASAL JÁ VIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL POR OCASIÃO DA TRANSFERÊNCIA DAS COTAS, CONFORME SE EXTRAÍ DA ESCRITURA PÚBLICA.

- Para que a união estável seja reconhecida como entidade familiar é necessário que se demonstre a convivência pública, contínua e

duradoura, com o objetivo de constituição de família, por quem não ostente óbice ao casamento, conforme se extrai do artigo 226, § 3º da Constituição da República, os arts. 1.723 e 1.724, do Código Civil e a Lei nº 9.278/96.

- Por conseguinte, o contrato de convivência por si só não cria a união estável, visto que essa está condicionada à observância dos requisitos previstos em lei.

- Cotas que foram adquiridas 38 anos antes do contrato de convivência ter sido lavrado, época em que o M. era casado sob o regime da comunhão de bens.

- Ademais, o contrato de convivência em regra só produz efeitos para o futuro na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.383.624/MG.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0406861- 41.2014.8.19.0001, de que são partes Apelante: M. L. de P. e Apelado: S. R. Ltda..

Acordam os Desembargadores da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de Apelação Cível interposta por M. L. P., indexador 253, inconformada com a solução dada pela d. sentença acostada no indexador 223, de improcedência da indenizatória por danos morais e materiais, ajuizada em face de S. R. Ltda., sob a alegação de que faz jus a 50% das cotas da sociedade ré, em razão de ser viúva do sócio proprietário - J. M..

Da referida sentença, destacamos o seguinte trecho da sua razão de decidir e da sua parte dispositiva, *verbis*:

“(....)

A ré alega que o falecido companheiro da autora repassou suas cotas na sociedade

quando ainda estava casado transferindo suas cotas para o filho e o genro em 24 de outubro de 1996.

Na verdade, o que exsurge dos autos em questão seria a retirada do *de cujus* da sociedade em 1996 sendo que adquiriu cotas em 1968, portanto bem antes da autora iniciar o relacionamento e antes da mesma se tornar sua procuradora.

A Declaração de União estável apresentada legítima autora como beneficiária da pensão por morte do seu ex-companheiro, entretanto, não lhe permite retroagir no tempo para adquirir cotas de uma sociedade cujo *de cujus* já não mais fazia parte do quadro societário.

Neste processo, na forma do art. 333, I, do CPC o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito seria da autora que alegou ter sofrido prejuízos por força da suposta omissão do réu.

(...)

Diante dessas razões, julgo improcedente o pedido extinguindo o processo com apreciação do mérito, na forma do Art. 485, I do CPC. Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em dez por cento valor oferecido à causa, quantia está devidamente corrigida da data da distribuição até a data do efetivo pagamento, suspendo, no entanto, esta cobrança, por força do art. 12 da Lei nº 1.060/50, já que é beneficiária da gratuidade de justiça.”

Em suas razões recursais, a recorrente alega que a questão em tela não foi corretamente apreciada, aduzindo que já vivia maritalmente com o M. quando este cedeu as quotas da empresa, no ano de 1996, conforme se extrai da escritura pública de declaração de união estável datada de 16/09/2002, onde restou asseverado que já viviam como se casados fossem, há mais de 30 anos.

Nestes termos, pugna pela integral reforma da d. sentença.

Contrarrazões prestigiando a d. sentença, indexador 275, salientando que a negociação das cotas foi realizada pelo falecido, único sócio da empresa, casado pelo regime da comunhão de bens, razão pela qual, nenhum direito assiste à recorrente sobre a referida sociedade.

Prevenção da 17ª Câmara Cível apontada por ocasião da distribuição do presente feito, indexador 286.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cabe salientar que estão presentes os pressupostos de conhecimento e admissibilidade recursal.

Da análise dos elementos probantes adunados aos autos, verifica-se que a pretensão autoral está arrimada principalmente na Escritura Declaratória acostada nas f. 09 e verso, lavrada em 19/06/2006, na qual restou salientado que o casal já vivia como se casado fosse há mais de 30 anos.

E, com base neste documento a autora alega que faz jus a metade das cotas que o seu companheiro detinha na sociedade ré, cedidas ao filho e ao genro no ano de 1996.

De acordo com o artigo 226, § 3º da Constituição da República, os arts. 1.723 e 1.724, do Código Civil e da Lei nº 9.278/96, a união estável é reconhecida como entidade familiar diante da existência de enlace afetivo informado pela convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, por quem não ostente óbice ao casamento.

Por conseguinte, o contrato de convivência por si só não cria a união estável, visto que essa está condicionada à observância dos requisitos previstos em lei.

In casu, verifica-se que as cotas foram cedidas em 1968, ou seja, 38 anos antes do contrato de convivência ter sido lavrado, época em que o

M., ainda era casado sob o regime de comunhão de bens, indexador 83.

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça já assentou entendimento segundo o qual o contrato de convivência somente pode gerar efeitos para o futuro, na esteira do entendimento exarado no REsp nº 1.383.624-MG, Rel. Min. MOURA RIBEIRO.

Diante deste quadro, tenho que a d. sentença deu adequada solução à lide e deve ser mantida em seus exatos termos.

Por tais razões, nego provimento ao recurso.

RIO DE JANEIRO, 09 DE MAIO DE 2018.

DES.ª FLÁVIA ROMANO DE REZENDE

RELATORA

CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. ALTERAÇÃO. ROL DE IMÓVEIS DECLARADOS INCOMUNICÁVEIS. ASSINATURA CONSCIENTE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO AFASTADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL.

AÇÃO ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO C/C DECLARATÓRIA.

CONTRATO DE CONVIVÊNCIA.

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

1. As partes firmaram, em 10/12/2010, por instrumento particular, contrato de união estável, optando pelo regime da comunhão parcial de bens, mesmo regime adotado por ocasião do casamento, ocorrido em 2011.

2. Em 28/12/2010, as partes assinaram um instrumento de re-ratificação, modificando apenas o rol de bens declarados incomunicáveis.

3. Em seu apelo, a demandante reafirma a anulabilidade dos itens terceiro a sexto da cláusula quarta do contrato, sob o fundamento de vício na manifestação de vontade

por dolo (art. 145, CC/02) e por erro (art. 138, CC/02).

4. Como bem pontuado pelo juízo *a quo*, no dia 18/11/2010, isto é, pouco antes da celebração do contrato de convivência, assinado em dezembro de 2010, a autora, ora recorrente, enviou um e-mail ao réu demonstrando que estava assistida por advogado, que a instruiu quanto à eventual partilha de bens do casal no regime de união estável.

5. Neste contexto, deve-se reconhecer que a ora recorrente assinou, de forma consciente, a “proposta de acordo razoável” para ambas as partes.

6. Ademais, não há nos autos prova de que o réu teria se valido de artifício ardiloso empregado para enganar a ora recorrente, o que afasta a alegação de dolo.

7. Logo, deve ser rechaçada a tese de vício de consentimento.

8. Com efeito, impõe-se registrar que a presunção de esforço comum foi, no caso, afastada no momento em que a demandante, usufruindo da autonomia de sua vontade, firmou acordo reconhecendo que os imóveis foram adquiridos pelo réu com recursos próprios.

9. Os e-mails acostados pela autora apenas demonstraram contribuições pontuais, que não têm o condão de corroborar sua participação na construção do patrimônio ora almejado.

SENTENÇA QUE SE MANTÉM.

RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0431354-82.2014.8.19.0001, em que é Apelante R. C. F., sendo apelado J. C. C. S.,

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tri-

bunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto do Des. Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação de Anulação de Negócio Jurídico c/c declaratória proposta por R. C. F. contra J. C. C. S..

Narra que, após aproximadamente três meses da separação de fato entre o réu e sua ex-cônjuge, a autora veio a conhecê-lo e, desde então, passaram a nutrir forte sentimento de afinidade e afeto, no que resultou na união de ambos, marcada pela estabilidade e o intuito de constituir família (união estável).

Relata que, caracterizada a união estável entre as partes, ambas, de início, optaram por não se manifestarem quanto à regência dos aspectos patrimoniais decorrentes da sociedade afetiva encadeada, de modo a ensejar, então, o regime legal supletivo da comunhão parcial de bens, que posteriormente veio a ser mantido tanto no tempo da celebração do(s) contrato(s) de convivência quanto no momento da celebração do casamento.

Sustenta que o réu veladamente começou a adquirir, em seu nome - e omitindo a sua situação jurídica de companheiro nas respectivas escrituras, mas indicando o domicílio do casal em Laranjeiras -, variados imóveis, sem, contudo, nada comentar com a autora que, a esta altura, já havia lhe informado sobre a titularidade de seus dois imóveis, um em Laranjeiras, que servia de domicílio do casal e outro adquirido em 1993, no bairro do Flamengo, mas que somente foi registrado em seu nome em 2009, cuja participação do Réu foi essencial, haja vista que ele, no ato de registro, representava a antiga proprietária-outorgante-vendedora.

Alega que essa obscura situação perdurou durante alguns anos, porquanto o primeiro imóvel adquirido pelo réu, localizado na Tijuca, data de 03/01/2006, e os demais, um no Centro e outro na Barra da Tijuca, datam, respectivamen-

te, de 31/08/2009 e 10/09/2009, de modo a demonstrar às escâncaras o seu verdadeiro intuito de tentar alijar a autora da massa conjugal correspondente.

Esclarece que os únicos imóveis, além dos demais adquiridos onerosamente na constância da sociedade afetiva, da qual a autora tomou conhecimento de modo prévio e transparente, foram os situados em Itaipuaçu, adquirido, em 08/06/2007, para servir de casa de praia, e no Alto da Boa Vista, adquirido, em 22/12/2010, para servir de domicílio do casal; todos, sem exceção, ainda não partilhados.

Assegura que, sabedor de que tais imóveis, pelo modo de aquisição e pelo regime adotado até ali, se comunicam ao patrimônio da autora, o réu, dando continuidade à sua saga em tentar, a todo custo, expurgar a autora da participação sobre os citados bens, tratou de procurar seu advogado de confiança, que ajuizou seu divórcio com a autora, para redigir o(s) contrato(s) de convivência e fazê-lo(s) retroagir sobre os efeitos legais já consumados.

Argumenta que, contando o réu com a assessoria de seu advogado, com a titularidade registral dos imóveis adquiridos na constância da união estável, bem como com o desconhecimento técnico-jurídico da autora, ele condicionou seu reconhecimento ao direito à meação daquela quanto aos imóveis situados em Itaipuaçu e na Barra da Tijuca à declaração pela autora da incomunicabilidade do imóvel situado no Centro.

Acrescenta que, na tentativa de arrefecer os ânimos e evitar o dissenso, afirmou o réu, aproveitando-se do recente mero registro imobiliário - 2009 -, que também consideraria incomunicável o imóvel situado no Flamengo, quando, na verdade, esse imóvel não lhe era comunicável, uma vez que sua causa aquisitiva é muito anterior ao início do enlace afetivo. Na mesma oportunidade, mesmo tendo adquirido o imóvel situado na Tijuca na constância da sociedade afetiva, conforme

demonstra seu título aquisitivo, o réu afirmou tê-lo adquirido anteriormente, assim, opondo-lhe enganosamente a incomunicabilidade.

Assevera que o intuito de excluir a autora de considerável parte da massa conjugal era tamanho que o réu fez incluir não somente as cotas sociais da sociedade empresária VBM, que, por si só, não são comunicáveis, visto que adquiridas antes da união, mas, outrossim, os bônus e ônus dela decorrentes.

Notícia que, dias após a celebração do primeiro contrato de convivência, já em um segundo momento, o réu, aproveitando-se do momento de recentíssima reconciliação e de encantamento pela decorrente aquisição conjunta do imóvel situado no Alto da Boa Vista, cujos valores da parte que lhe cabia afirmava ter retirado do caixa de sua sociedade empresária, buscou celebrar novo contrato de convivência, agora, para inserir entre os "bens incomunicáveis", o imóvel situado na Barra da Tijuca.

Aduz que, após a consumação dos efeitos jurídicos pertinentes ao regime de bens escolhido pelo silêncio das partes, pretendia o réu, aproveitando-se da ignorância da autora e desconsiderando sua colaboração e esforços, alijá-la da massa conjugal, tanto por meio do engodo argumentativo, fazendo-a manifestar uma vontade viciada, quanto sob a forma de uma doação indireta, não permitida legalmente, visto que o contrato de convivência, assim como qualquer outro instrumento normativo, não pode retroagir para alcançar e desfazer o ato jurídico perfeito e o direito adquirido dele decorrente.

Postula pela procedência dos pedidos para (a) declarar: (i) a irretroatividade do contrato de união estável ou, subsidiariamente, (ii) a retroatividade, ao início da convivência, do regime da comunhão parcial de bens adotado na conversão da união estável em casamento; ou, eventualmente, (b) anular, por vício da vontade da autora (tanto dolo, quanto erro) a cláusula

quarta, itens terceiro, quarto, quinto e sexto do contrato de convivência; e, sucessivamente, (c) Declarar comunicáveis à autora os imóveis contidos no contrato de união estável, situados, respectivamente, na Rua XXXXX, Tijuca; na Rua XXXXX, Centro, e na Rua XXXXX, Barra da Tijuca, todos no Estado e na Cidade do Rio de Janeiro, adquiridos onerosamente, pelo réu, no curso da constância da união estável seguida de casamento, assim como os bônus decorrentes das cotas sociais relativas à sociedade empresária V. E. Ltda (CNPJ XXXXX).

Contestação, doc. 104, na qual suscita preliminar de incompetência absoluta em razão da matéria.

Sustenta que não é crível que a autora, pesquisadora de física de partículas, com extenso currículo acadêmico, depois de dois casamentos e de dois processos de divórcio litigioso, tenha se relacionado com o réu sem ao menos conhecer elementos básicos acerca do regime de bens.

Alega que quem propôs o acordo de convivência foi a própria autora, que depois de consultar advogado unilateralmente e sem a ciência do outro convivente, vislumbrou algum risco ao seu patrimônio particular e, para evitar qualquer contratempo, passou a exigir do réu a formalização do documento, que agora tanto vilipendia.

Assegura que a reprodução da mensagem eletrônica, emitida pela autora em 18/11/2010, permite concluir que foi ela quem buscou aconselhamento prévio sobre os efeitos patrimoniais da União Estável e — logo em seguida — propôs em tom ameaçador a celebração do acordo de convivência.

Destaca que, pela leitura do Contrato de União Estável de f. 31 a 34, verifica-se que seu redator primou pela simplicidade e objetividade das cláusulas, adotando texto de mediana clareza, compreensível mesmo para almas não versadas em Direito.

Assevera que o ponto nodal do Contrato de União Estável não é o tempo em que os bens e demais imóveis foram adquiridos, mas sim a devida delimitação da contribuição (ou não contribuição) de cada um dos conviventes para sua formação e sua origem.

Ressalta que o contrato de União Estável nada mais fez do que reconhecer — consensualmente — quais eram os bens particulares e quais eram os bens adquiridos em comum, fato jurídico que não se confunde com a aferição de aquisição dentro ou fora do lapso temporal da convivência.

Pugnou pela improcedência dos pedidos e condenação da autora ao pagamento das despesas processuais e multa por litigância de má-fé.

Réplica, doc. 155.

Decisão saneadora, doc. 367, que rejeitou a preliminar de incompetência e indeferiu a produção da prova oral.

Alegações finais da autora, doc. 369, e do réu, doc. 402.

Foi proferida sentença, doc. 405, nos seguintes termos:

“Diante do exposto, julgo improcedentes os pedidos deduzidos na petição inicial, extinguindo o processo com apreciação do mérito, nos moldes do art. 487, I do Código de Processo Civil. Condene a autora nos ônus da sucumbência, e arbitro os honorários advocatícios em 18% sobre o valor atribuído à causa, considerados os parâmetros estabelecidos no § 2º do art. 85 do CPC, notadamente a quantidade de pedidos deduzidos em alternância, a complexidade da matéria, desafiando maior diligência no exercício da ampla defesa pelo réu. P.I. Com o trânsito em julgado da presente, e certificada a regularidade das custas, dê-se baixa e arquivem-se.”

Inconformada, a autora apresenta recurso de apelação, doc. 410 e 454. Alega que a sentença recorrida merece reforma no seu dispositivo para

fixar os honorários advocatícios no mínimo legal, previsto no art. 85, § 2º, do CPC.

Argumenta que, ao que tudo indica, para além do equívoco quanto à titularidade dos bens perseguidos pela apelante/autora, os quais estão em nome do apelado/réu e não de sua empresa, adotou a r. sentença recorrida a antiga e superada tese, do tempo das denominadas sociedades de fato, quando ainda não existia a figura da união estável (antes do ano de 1994), da presunção relativa do esforço comum no âmbito do regime da comunhão parcial de bens, o que está em confronto com a lei e o pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Destaca que os imóveis que compõem a cláusula quarta, itens terceiro, quarto e sexto do pacto de convivência impugnado, foram adquiridos, sorrateiramente, pelo apelado/réu entre os anos de 2006 a 2009, valendo ainda frisar que os imóveis contidos nos itens terceiro (31/08/2009) e quarto (10/09/2009) do pacto impugnado foram adquiridos com lapso temporal inferior a 15 dias.

Explica que, ocorridos os fatos jurídicos respectivos e regulados estes pela norma legal incidente à época - *tempus regit actum* -, ainda que as partes, neste caso, pretendessem regularizar de modo diferente os fatos passados, estas encontrariam óbice legal, que ora se pode extrair do art. 5º, *caput* e XXXVI, da CRFB/88 c/c art. 6º, §§ 1º e 2º, da LINDB, art. 1.658, art. 1.660, art. 1.662 e art. 1.725, do Código Civil e que homenageia a segurança jurídica entre as partes e em relação a terceiros (neste caso, verifique-se, por exemplo, em relação à filha da apelante/autora o art. 544 c/c art. 549, art. 1.829, I, art. 1.789, art. 1.846 e art. 2.018. todos do Código Civil).

Assevera que o pacto de convivência impugnado, para além da questão inerente à legítima filha da apelante/autora, que também implica nulidade do negócio jurídico, por importar em transferência gratuita de propriedade sobre imó-

veis, viola igualmente, além daquelas normas já acima mencionadas, as normas extraídas do art. 499 c/c art. 538, art. 541, art. 544 e art. 108, ambos do Código Civil, e do art. 1º IV, da Lei Estadual/RJ nº 1.427/89, porquanto assume o referido negócio jurídico de natureza jurídica de doação, ao qual se mostra indispensável, quanto à forma, a natureza pública do instrumento de transmissão e, por outro lado, sob o aspecto tributário, o recolhimento do respectivo ITDMC.

Sustenta que a causa de pedir apontada pela apelante/autora em sua petição inicial cinge-se à verificação da anulabilidade da cláusula quarta, itens terceiro, quarto, quinto e sexto do pacto de convivência, pois maculada de vício na manifestação de vontade por dolo (art. 145, CC/02) e por erro (art. 138, CC/02).

Alega que a situação que se coloca é mais complexa do que a mera literalidade do pacto de convivência ora impugnado e, diferentemente do exposto na sentença recorrida, há, sim, não somente indícios, mas prova concreta de que a apelante/autora emitiu sua vontade com incongruência entre o pretendido e o declarado documentalmente.

Requer o provimento do recurso a fim de que sejam julgados procedentes os pedidos.

Contrarrazões (doc. 486).

É o relatório. Passa-se ao voto.

VOTO

A *quaestio juris* consiste em averiguar a regularidade da sentença que julgou improcedentes os pedidos na ação anulatória c/c declaratória.

As partes firmaram, em 10/12/2010, por instrumento particular, contrato de união estável, optando pelo regime da comunhão parcial de bens (f. 37/39 - doc. 25):

Cláusula Primeira:

As partes de livre e espontânea vontade decidem, nos termos dos artigos 1.723 e seguintes do Código Civil, firmar o presente contrato de

união estável, com o objetivo de constituir família, ficando a data de 10/12/2005 como termo inicial da convivência.

Cláusula Segunda:

Usando da faculdade que o artigo 1.725 do Código Civil lhes confere, ou seja, a livre estipulação quanto ao regime de seus bens, as partes decidem pela Comunhão Parcial de Bens.

(...)

Cláusula Quarta:

Os contratantes, embora tenham optado pelo regime da comunhão parcial de bens, reconhecem e declaram expressamente que não se comunicam os seguintes bens:

- O imóvel constituído pelo apartamento XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX Laranjeiras, na cidade do Rio de Janeiro, visto que foi adquirido em data anterior ao início da união estável, com recursos próprios e exclusivos da segunda contratante, devendo manter-se na propriedade exclusiva desta;
- O imóvel constituído pelo apartamento nº XXXXX, Flamengo, na cidade do Rio de Janeiro, visto que foi adquirido com recursos próprios e exclusivos da segunda contratante, devendo manter-se na propriedade exclusiva desta;
- O imóvel constituído pela sala nº XXXXX, na cidade do Rio de Janeiro, visto que foi adquirida com recursos próprios e exclusivos do primeiro contratante, devendo manter-se na propriedade exclusiva deste;
- As cotas sociais que constituem o capital social da sociedade empresária VBM Equipamentos Ltda. (CNPJ XXXXX), visto que foram adquiridas com recursos próprios e exclusivos do primeiro contratante, antes da vigência da união estável, devendo manter-se na propriedade exclusiva deste, sem comunicação de

bônus ou ônus que, porventura, incidam na aludida sociedade empresária;

- O imóvel constituído pelo apartamento nº XXXXX, na cidade do Rio de Janeiro, visto que foi adquirido com recursos próprios e exclusivos do primeiro contratante, antes da vigência da união estável, devendo manter-se na propriedade exclusiva deste;

Parágrafo Único:

Os contratantes declaram, neste ato, que os imóveis constituídos pela casa nº 2, da XXXXX, bem como o apartamento nº XXXXX, cidade do Rio de Janeiro, foram adquiridos na constância da união estável.

Em 28/12/2010, as partes assinaram um instrumento de rratificação, em que a cláusula quarta passou a ter a redação a seguir (f. 31/34 – doc. 25):

Cláusula Quarta:

Os contratantes, embora tenham optado pelo regime da comunhão parcial de bens, reconhecem e declaram expressamente que não se comunicam os seguintes bens:

- O imóvel constituído pelo apartamento nº XXXXX, na cidade do Rio de Janeiro, visto que foi adquirido em data anterior ao início da união estável, com recursos próprios e exclusivos da segunda contratante, devendo manter-se na propriedade exclusiva desta;

- O imóvel constituído pelo apartamento nº XXXXX, na cidade do Rio de Janeiro, visto que foi adquirido com recursos próprios e exclusivos da segunda contratante, devendo manter-se na propriedade exclusiva desta;

- O imóvel constituído pelo apartamento nº XXXXX, na cidade do Rio de Janeiro, visto que foi adquirido com recursos próprios e exclusivos do primeiro contratante, devendo

manter-se na propriedade exclusiva deste;

- O imóvel constituído pela sala nº XXXXX, na cidade do Rio de Janeiro, visto que foi adquirida com recursos próprios e exclusivos do primeiro contratante, devendo manter-se na propriedade exclusiva deste;

- As cotas sociais que constituem o capital social da sociedade empresária V. E. Ltda. (XXXXX), visto que foram adquiridas com recursos próprios e exclusivos do primeiro contratante, antes da vigência da união estável, devendo manter-se na propriedade exclusiva deste, sem comunicação de bônus ou ônus que, porventura, incidam na aludida sociedade empresária;

- O imóvel constituído pelo apartamento nº XXXXX, na cidade do Rio de Janeiro, visto que foi adquirido com recursos próprios e exclusivos do primeiro contratante, antes da vigência da união estável, devendo manter-se na propriedade exclusiva deste;

Parágrafo Único:

Os contratantes declaram, neste ato, que o imóvel constituído pela casa nº XXXXX, foi adquirido na constância da união estável.

A autora ora, recorrente, almeja a anulação da cláusula quarta, itens terceiro, quarto, quinto e sexto do pacto.

Sob este prisma, pretende também seja declarada a comunicabilidade dos bens situados, respectivamente, na Rua XXXXX; na Rua XXXXX, todos no Estado e na Cidade do Rio de Janeiro, adquiridos onerosamente, pelo réu, no curso da constância da união estável seguida de casamento, assim como os bônus decorrentes das cotas sociais relativas à sociedade empresária V. E. Ltda. (CNPJ XXXXX).

Ao julgar improcedentes os pedidos, o juízo de 1º grau apresentou as seguintes razões de decidir:

“(…) Especificamente quanto ao consentimento, cumpre destacar que, para que este seja válido, deve ser demonstrada a vontade entre as partes, que não pode estar afetada por vício ou defeito do negócio jurídico.

Vê-se que todos os elementos acima destacados no artigo 104 do Código Civil se encontram presentes no contrato de f. 31/34, celebrado entre as partes ora litigantes. Vale destacar que o mesmo fixou como início da relação conjugal a data de 10/12/2005, optando pelo regime de comunhão parcial de bens conforme art. 1.725 do Código Civil.

No caso em tela, não há qualquer indício que comprove a ocorrência do erro alegado pela autora. Seu perfil, conforme destacado do pelo réu e demonstrado pelas provas juntadas aos autos, confirma que a mesma é pessoa de alto nível de instrução, contando com Pós-doutorado pela USP, com diversos cursos complementares, publicações e produções (f. 81/97). Ademais, em relação de processos em que a autora figura como parte, juntado um rol a f. 101/103, restou comprovado que a autora já demandou em Vara de família dissolução de união estável e casamento, anteriores, o que demonstra certa familiaridade com a ideia de estabelecimento de regimes de bens. Por fim, e-mail de f. 79, datado de 18/11/2010, enviado pela autora ao réu, demonstra que ela estava assistida por advogado, que a instruiu quanto à eventual partilha de bens do casal no regime de união estável. Vale destacar que o e-mail fora enviado em data próxima à celebração do contrato de união estável (28/12/2010), o que demonstra que a autora estava assistida e bem informada quanto aos termos do contrato que assinava, no qual ressalte-se vige a

autonomia da vontade diante da sua característica de contrato particular.

Assim, não havendo qualquer indício de que o contrato tenha sido assinado sem a anuência livre e espontânea da parte autora, não há que se falar em vício de consentimento.

(…)

Impossível, assim, seja pela via da anulação do pacto de união estável, que já se disse não estar caracterizada, seja pela pretensão de retroação dos efeitos do regime de bens adotado com o casamento, que a autora alcance a comunicação entre todos os bens adquiridos pelo ex-casal, na constância da união Estável.

Quanto ao pedido de declaração de irretratividade do contrato de união estável firmado entre as partes, este disfarça a mesma pretensão a autora de ver retirados os efeitos do referido contrato, pretendida com a sua anulação.

Ora, em regra os contratos de fato não retroagem, não surtindo efeitos para atos anteriores a eles.

No caso da lide, o pacto de união estável, firmado validamente pelas partes, estabelece cláusulas específicas acerca da incommunicabilidade de alguns bens havidos na constância da união estável, o que significa que pela escolha das partes os efeitos do regime patrimonial escolhido para regência da relação de união estável não afetariam os atos de aquisição daqueles bens ou direitos listados expressamente.

Ora, se o juízo declarasse, secamente, que os efeitos do pacto de união estável não retroagirão, poder-se-ia concluir que se estaria negando vigência às cláusulas de

inalienabilidade referidas, e isto não é juridicamente possível.

Está perfeitamente conforme à lei se estabelecerem cláusulas de incomunicabilidade de bens. Não há qualquer óbice a que nubentes ou conviventes excluam da meação alguns dos bens havidos ou levados na ou para a constância da unidade familiar.

Não vislumbro fundamentos, portanto, para negar validade e aplicabilidade às cláusulas de incomunicabilidade do pacto de união estável firmado entre as partes.

Não se trata de conferir retroatividade à manifestação e vontades das partes, mas de respeitá-la, considerando que naquela data os contraentes é que optaram em dispor de forma excepcional relativamente a alguns dos bens ou direitos havidos.

Salta aos olhos que qualquer dos pedidos da autora têm por finalidade assegurar sua meação relativamente a bens e direitos excepcionados em favor do réu, sem que, no entanto, se afetem os seus próprios.

Se houvesse vício na declaração de vontade da autora, e este fosse reconhecido, à toda evidência afetaria a integralidade do pacto.

Embora entendendo que os fundamentos acima bastam para concluir pelo afastamento das pretensões autorais, uma nota se deve acerca do esforço comum, supostamente empreendido pela autora em apoio ao réu na construção do patrimônio pretendido.

Não logrou a autora demonstrar sua participação na construção daquele patrimônio, limitando-se a juntar dois e-mails trocados com seu ex-marido, relativamente aos quais afirma ter contribuído com traduções de

contratos em língua estrangeira.

Entendo que estas intervenções, se existiram, foram pontuais, tendo ocorrido conforme os documentos juntados pela autora em 2012 e 2014. Isto não caracteriza colaboração para o desempenho dos negócios da empresa do réu, que, aliás, não tem patrimônio comunicável sequer com o autor, que dirá se poderia estendê-lo para sua mulher. (...)"

Importa salientar que as partes firmaram, por instrumento particular rerratificado, contrato de convivência, elegendo o regime da comunhão parcial, o mesmo adotado por ocasião do casamento, datado de 10/12/2011 (f. 35 – doc. 25).

A alteração no pacto de convivência, portanto, ficou limitada ao rol de imóveis declarados incomunicáveis.

Como cediço, no contrato de convivência, as partes interessadas podem não apenas escolher o regime de bens como também estabelecer a incomunicabilidade de certos e determinados bens.

Explica CAHALI que¹:

(1)“podem as partes estipular comunhão universal apenas ao patrimônio futuro, e não preexistente ao casamento, de tal sorte que, em linhas gerais, a herança e as doações após as núpcias comunicam-se, mas os bens anteriores ao matrimônio permanecem particulares”, (2) podem ainda “estabelecer a incomunicabilidade de certos e determinados bens, prevalecendo a presunção legal da comunhão quanto aos demais”; (3) podem ainda os conviventes “escolher um destes regimes, ou modificá-los e combiná-los entre si, de modo a formar uma espécie, como se, por exemplo, convencionam a separação de certos e determinados bens em comunhão

1 CAHALI, F. J. **Contrato de Convivência na União Estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 221.

de todos os demais. Neste caso torna-se misto o regime e cada espécie de bens é regulado pelos princípios do regime cardeal a que é sujeito.”

Em seu apelo, a demandante reafirma a anulabilidade dos itens terceiro a sexto da cláusula quarta, sob o fundamento de vício na manifestação de vontade por dolo (art. 145, CC/02) e por erro (art. 138, CC/02).

Nas lições de FLÁVIO TARTUCE²:

“O erro é um engano fático, uma falsa noção, em relação a uma pessoa, ao objeto do negócio ou a um direito, que acomete a vontade de uma das partes que celebrou o negócio jurídico. De acordo com o art. 138 do atual Código Civil, os negócios jurídicos celebrados com erro são anuláveis, desde que o erro seja substancial, podendo ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias em que o negócio foi celebrado. Em síntese, mesmo percebendo a pessoa que está agindo sob o vício do erro, do engano, a anulabilidade do negócio continua sendo perfeitamente possível.

De acordo com esse mesmo art. 138 do CC/2002, não mais interessa se o erro é escusável (justificável) ou não. Isso porque foi adotado pelo comando legal o princípio da confiança. Na sistemática do atual Código, está valorizada a eticidade, motivo pelo qual, presente a falsa noção relevante, merecerá o negócio a anulabilidade.”

O renomado autor leciona sobre o dolo³:

“O dolo pode ser conceituado como sendo o artifício ardiloso empregado para enganar alguém, com intuito de benefício próprio.

O dolo é a arma do estelionatário, como diziam os antigos civilistas. De acordo com o art. 145 do CC, o negócio praticado com dolo é anulável, no caso de ser este a sua causa. Esse dolo, causa do negócio jurídico, é conceituado como dolo essencial, substancial ou principal (*dolus causam*). Em casos tais, uma das partes do negócio utiliza artificiais maliciosos, para levar a outra a praticar um ato que não praticaria normalmente, visando a obter vantagem, geralmente com vistas ao enriquecimento sem causa.”

Como bem pontuado pelo juízo *a quo*, no dia 18/11/2010, isto é, pouco antes da celebração do contrato de convivência, assinado em dezembro de 2010, a autora, ora recorrente, enviou um e-mail ao réu demonstrando que estava assistida por advogado, que a instruiu quanto à eventual partilha de bens do casal no regime de união estável:

“C.,

Estive ontem com um advogado e recebi algumas informações que gostaria de partilhar com você.

1. A união estável se caracteriza necessariamente pela coabitação, então, para fins de direito, pode-se considerar que a nossa união teve início no começo de 2006, quando você passou a frequentar minha casa quase que diariamente.

2. Como você mesmo reconheceu, eu tenho direito a 50% dos imóveis adquiridos nesse período. Como após nossa separação, na primeira semana de novembro, dois desses imóveis (apartamento da XXXX e sala na XXXX) vêm sendo utilizados somente por

2 TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** I. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p.254

3 *Ob. cit*, p. 258.

...você, eu teria direito a receber aluguel referente a minha parte nesses imóveis, até que a partilha seja formalizada. Sendo assim, gostaria de sugerir que você continuasse pagando meu plano de saúde e os empregados de XXXX (D. XXXX e XXXX) como forma de compensação, eu então me comprometeria a não requerer qualquer valor passado ou futuro referente a esses aluguéis.

3. Em relação à casa de XXXX, posso pagar um aluguel referente a sua parte ou podemos frequentá-la em finais de semana alternados.

4. Em relação à XXXX, embora eu não tenha direito a 50% da empresa, tenho direito de participação no lucro líquido e as aplicações financeiras referentes a eles nesses últimos cinco anos, que coincidem com a vigência da nossa união estável, e que podem ser atribuídos a ela, nem que seja subjetivamente, lhe trazendo conforto emocional e permitindo a busca de novos negócios.

Isso exposto, gostaria que você refletisse sobre as consequências de entrarmos num litígio. Qualquer advogado vai cobrar pelo menos 20% a mim sobre a parte que me couber e o seu cobrará 20% sobre a parte que ficar com você. Nós sabemos que advogados são abutres e com a razoável soma de dinheiro envolvida vão fazer de tudo para a briga durar. Fora a contratação de peritos para avaliar imóveis, contadores para analisar (sic) as contas da empresa, etc, etc.

Aguardo então manifestação com sua proposta de acordo razoável para nós dois.

R.”

À luz da doutrina acima mencionada que consigna o prestígio à eticidade, bem como das provas dos autos, deve-se reconhecer que a ora

recorrente assinou, de forma consciente, a “proposta de acordo razoável” para ambas as partes.

Cabe aqui a aplicação do princípio *venire contra factum proprium*, ou seja, princípio da vedação do comportamento contraditório.

Confira-se, por oportuno, trecho da fundamentação contida no Recurso Especial nº 1.046.418 - RJ:

“Em nosso ordenamento jurídico, entretanto, há vedação do comportamento contraditório, consubstanciado na máxima *venire contra factum proprium*.

(...)

Com efeito, há proibição de que ‘alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento inicial’ (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 20).

Na lição de PONTES DE MIRANDA, ‘a ninguém é lícito *venire contra factum proprium*, isto é, exercer direito, pretensão ou ação, ou exceção, em contradição com o que foi a sua atitude anterior, interpretada objetivamente, de acordo com a lei’ (*in Tratado de Direito Privado*, Campinas: Bookseller, 2000, p. 64).

O eminente Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, no voto proferido no REsp nº 95.539/SP, salientou que ‘(...) o Direito moderno não compactua com o **venire contra factum proprium**, que se traduz como exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente (Menezes Cordeiro, **Da Boa-Fé no Direito Civil**, 742). Havendo real

contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior'. (Quarta Turma, DJ de 14/10/1996)". (REsp nº 1.046.453/RJ, Recurso Especial 2008/0075920-8, Ministro RAUL ARAÚJO, T4 - Quarta Turma, Julgamento: 25/06/2013).

Ademais, não há nos autos prova de que o réu teria se valido de artifício ardiso empregado para enganar a ora recorrente, o que afasta a alegação de dolo.

Logo, deve ser rechaçada a tese de vício de consentimento.

Com efeito, impõe-se registrar que a presunção de esforço comum foi, no caso, afastada no momento em que a demandante, usufruindo da autonomia de sua vontade, firmou acordo reconhecendo que os imóveis foram adquiridos pelo réu com recursos próprios.

A propósito, as lições de MARIA BERENICE DIAS⁴:

"Na união estável, é a convivência que impõe o regime condominial, em face da presunção de esforço comum à sua constituição. Não importa o fato de os bens estarem registrados apenas no nome de um dos companheiros, para a partilha ocorrer de forma igualitária. No entanto, há a possibilidade de os conviventes, a qualquer tempo (antes, durante, ou mesmo depois de solvida a união), regularem da forma que lhes aprouver as questões patrimoniais, agregando, inclusive, efeito retroativo às deliberações.

(...)

A liberdade dos conviventes é plena, e somente em raras hipóteses merece ser tolhida."

Outrossim, os e-mails acostados pela autora apenas demonstraram contribuições pontuais, que não têm o condão de corroborar sua participação na construção do patrimônio agora almejado.

Tampouco há que se falar em "transferência gratuita propriedade sobre imóveis", visto que os imóveis, nos termos do contrato, foram adquiridos com recursos próprios e exclusivos do réu.

Por fim, no tocante à sucumbência, ficam os honorários mantidos em 18% do valor atualizado da causa, especialmente pela complexidade da demanda e trabalho realizado pelo patrono da parte contrária, compelido a ler extensas peças processuais.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

RIO DE JANEIRO, 23 DE MAIO DE 2018.
DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS
RELATOR

PARTILHA DE BENS. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. REGIME DA SEPARAÇÃO ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO E FRAUDE NA AQUISIÇÃO DOS BENS. APELO DESPROVIDO.

APELAÇÃO. AÇÃO DE PATILHA DE BENS. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA REGISTRADO, NO QUAL, AMBOS OS CONVIVENTES OPTARAM PELO REGIME DA SEPARAÇÃO ABSOLUTA. APELANTE QUE ERA MAIOR E CAPAZ NA ÉPOCA DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER VÍCIOS DE CONSENTIMENTO. VALIDADE DO CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.725, DO CÓDIGO CIVIL. SÚMULA Nº 377, DO STF QUE SE APLICA AO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. INAPLICABILIDADE DA SOBREDITA SÚMULA AO REGIME DA SEPARAÇÃO ABSOLUTA. JURISPRUDÊNCIA DO C. STJ (RESP 1.481.888/SP). ADEMAIS, OS IMÓVEIS ENCONTRAM-SE EM NOME DE TERCEIROS. BENS ADQUIRIDOS DE FORMA VÁLIDA. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE. FRAUDE QUE DEVE SER COMPROVADA, E NÃO

4 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 10ª. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 257.

PRESUMIDA. APELADO QUE TEM APENAS 30% DA PROPRIEDADE DE UM ÚNICO IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE DE PARTILHA DO PERCENTUAL CORRESPONDENTE A 30% DO IMÓVEL, DIANTE DA OPÇÃO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO ABSOLUTA. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0035334-68.2015.8.19.0001, em que é Apelante: K. A., e Apelado: J. A. R. J..

Acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível, em conhecer o apelo e negar-lhe provimento, por unanimidade.

RELATÓRIO

A autora K. A. ajuizou ação de partilha de bens em face de J. A. R. J., objetivando a partilha dos bens adquiridos durante a convivência conjugal. A autora, em resumo, alega que conviveu em união estável com o requerido no período de janeiro de 1999 até 20 de janeiro de 2012; aduz que da união nasceu o menor J. A. R. N. Neto, em 06/11/2000, que devido a total falta de recursos financeiros da autora, se encontra sob a guarda do pai; alega que embora o casal vivesse junto há 5 anos, somente em 2004, após a autora atingir 21 anos, o requerido, unilateralmente, providenciou uma escritura declaratória de convívio marital; alega que a citada escritura repete à exaustão que o casal não possui patrimônio a partilhar e que o regime de bens é o da separação absoluta de bens; pugna pela partilha dos bens, conforme a súmula 377 do STF; e, por fim, requer a procedência do pedido.

Em contestação de f. 60/65, o réu, em síntese, alega que ainda que a união tivesse início em fevereiro de 1999 – que não teve –, ainda que o réu tivesse adquirido bens em nome de seus pais – o que não fez, a autora não teria direitos a esses bens, que não se confunde com o regime

da separação legal de bens; aduz que os bens apontados pela autora não se comunicam; e, por fim, requer a improcedência do pedido.

A sentença de f. 201 julgou improcedente o pedido, condenando a autora aos ônus de sucumbência, como procedente o pedido para declarar a união estável constituída entre J. G. e F. M. C. no período compreendido entre 1º de julho a 12 de janeiro de 2012, partilhando-se, em partes iguais, as dívidas decorrentes dos contratos de empréstimos realizados em nome da autora indicados a f. 45 (nº 54345878-0), a f. 51 (nº 54526637-1), a f. 56 (nº 24656-7), a f. 64 (nº 42430918) e a f. 71 (nº 177996725), existentes a partir de janeiro de 2012, incluídas as parcelas já pagas desde janeiro de 2012 cuja soma deve ser abatida da metade de responsabilidade de quem efetuou o pagamento. A sentença condenou a parte ré ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios fixados no percentual de 10% sobre o valor da causa.

Em razões recursais de f. 204/210, o apelante, em resumo, alega que reconhece o período da convivência de 1º julho de 2006 à 12 de janeiro de 2012; aduz que as partes exercem a atividade de cabelereiro e esteticista, sendo que em 20/09/2011 constituíram a sociedade empresarial N. XX – Instituto de Beleza Ltda., a qual é localizada no endereço residencial da apelada, ou seja, foi edificada uma acessão em sua residência; sustenta que com o término do relacionamento de três meses após, o apelante não teve mais nenhum acesso ao local, ou à sociedade, e a partir de então a apelada passou a usufruir e gerir com exclusividade a referida empresa; aduz que com o declínio da atividade, as partes convencionaram a venda em 12/04/2013 para Z. S. M. no valor de R\$ 75.000,00, em que foi devidamente partilhado e entregue a quantia de R\$ 55.000,00 para a apelada, liquidando assim, qualquer obrigação do apelante; aduz

que a sentença não determinou a partilha das benfeitorias realizadas na edificação do salão de beleza que foi erguido no endereço da Rua XXXX e que se justifica pelos materiais de construção noticiados a f. 56, cuja contratação se fez em 01/09/2011, e que na verdade foram utilizados para a melhoria da residência onde vive a apelada, cujas benfeitorias devem ser partilhadas com o apelante; alega que não se faz possível a partilha de dívida contraída em data posterior e que a apelada contraiu diversas dívidas todas com datas posteriores ao término da convivência, como se verifica nos contratos de f. 71 n° 177996725, em 08/03/2012, f. 64 n° 42430918 em 06/03/2012; sustenta que os contratos de f. 45 e 51, ambos datados de 25/11/2011, as partes não conviviam em harmonia; e, por fim, requer o provimento do apelo para reformar a sentença.

Em contrarrazões de f. 212/214, a apelada pugnou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O caso em comento versa sobre ação de partilha de bens ajuizada pela autora (apelante) em face do réu (apelado), objetivando a primeira a partilha dos bens adquiridos na constância da convivência conjugal.

Analisando o contexto probatório colacionado aos autos, à apelante não lhe assiste qualquer razão.

As partes celebraram, no dia 24/04/2003, com efeitos pretéritos a contar do dia 05/02/2000, contrato particular de convívio conjugal, devidamente registrado (f. 16/18), onde foram estipuladas, por ambos os conviventes, regras patrimoniais específicas a fim de nortear os efeitos patrimoniais da relação conjugal.

Vale ressaltar que o sobredito negócio jurídico é válido, pois atende todos os requisitos delineados no art. 104, do Código Civil, quais

seja, partes capazes, objeto lícito, possível, determinado e forma prescrita em lei, não merecendo guarida a assertiva de nulidade da escritura de convivência celebrada pelas.

No referido contrato, os conviventes, diante do disposto no art. 1.725 do Código Civil, adotaram o regime da separação de bens, tendo pactuado as seguintes regras: “Que convivem sob o mesmo teto desde 05/02/2000, como se casados fossem, advindo desse relacionamento um filho de nome J. A. R. N., nascido em 06/11/2000; Jamais, em tempo algum adquiriram em sociedade qualquer bem, não havendo patrimônio comum a partilhar, seja por força de condomínio, seja em decorrência de uma suposta sociedade de fato, que desde já declaram não existir; ... que o regime de bens que rege a sua união é o que sempre a regulou, ou seja, o da mais absoluta separação de bens, que abrangerá, além dos que já possuem no momento, também os que forem eventuais adquiridos no futuro, seja por aquisição gratuita e/ou por qualquer título, assim como frutos, produtos e rendimentos de seus bens, podendo cada qual dos contratantes deles usar e dispor livremente, respondendo cada um pelas dívidas que contrair; Os bens que possuem e os que vierem a possuir, não podem em hipótese alguma ser considerados frutos de trabalho e de colaboração comum; O presente contrato prevalecerá entre os contratantes-conviventes, reciprocamente e de forma irrevogável e irretroatável, surtindo daí todos os efeitos legais, isto é, para cada um dos contratantes-conviventes, terceiros, inclusive herdeiros e sucessores.”

Ou seja, diante da leitura do sobredito contrato, depreende-se que os bens anteriores à relação conjugal, bem como os bens adquiridos por cada cônjuge durante a convivência não se comunicam. E mais, ambos as partes convencionaram que os bens que vierem a possuir, não podem em hipótese alguma ser considerados frutos de trabalho e da colaboração comum.

O contrato de convivência tem previsão no artigo 1.725, do Código Civil, abaixo colacionado:

“Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

Com efeito, diante do princípio da autonomia privada, é possível aos conviventes optarem pelo regime da separação de bens para regulamentar os efeitos econômicos advindos da relação conjugal.

A autora (apelante) pretende a partilha dos bens adquiridos na relação conjugal, invocando, por analogia, o verbete nº 377, da súmula do STF, *verbis*:

“No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

O regime de separação legal de bens é o regime da separação obrigatória, previsto no art. 1.641, do Código Civil, sendo que tal regime se aplica somente nos casos previstos num dos incisos deste artigo, o que não corresponde à discussão versada aos autos, onde se verifica que as partes, não obstante a declaração de união estável, optaram pelo regime da separação absoluta de bens.

A súmula nº 377 do STF surgiu, justamente, para mitigar o rigor do art. 1.641, do Código Civil, considerado discriminatório pela doutrina majoritária, pois retirava a possibilidade dos maiores de 60 anos de disporem do seu patrimônio, violando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não há como aplicar a súmula nº 377 do STF ao presente, valendo colacionar o julgado do C.STJ, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - ESCRITURA PÚBLICA DE UNIÃO ESTÁVEL ELE-

GENDO O REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS - MANIFESTAÇÃO DE VONTADE EXPRESSA DAS PARTES QUE DEVE PREVALECER - PARTILHA DO IMÓVEL DE TITULARIDADE EXCLUSIVA DA RECORRENTE - IMPOSSIBILIDADE - INSURGÊNCIA DA DEMANDADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Hipótese: Cinge-se a controvérsia a definir se o companheiro tem direito a partilha de bem imóvel adquirido durante a união estável pelo outro, diante da expressa manifestação de vontade dos conviventes optando pelo regime de separação de bens, realizada por meio de escritura pública.

1. No tocante aos direitos patrimoniais decorrentes da união estável, aplica-se como regra geral o regime da comunhão parcial de bens, ressalvando os casos em que houver disposição expressa em contrário.

2. Na hipótese dos autos, os conviventes firmaram escritura pública elegendo o regime da separação absoluta de bens, a fim de regulamentar a relação patrimonial do casal na constância da união.

2.1. A referida manifestação de vontade deve prevalecer à regra geral, em atendimento ao que dispõe os artigos 1.725 do Código Civil e 5º da Lei nº 9.278/96.

2.2. O pacto realizado entre as partes, adotando o regime da separação de bens, possui efeito imediato aos negócios jurídicos a ele posteriores, havidos na relação patrimonial entre os conviventes, tal qual a aquisição do imóvel objeto do litígio, razão pela qual este não deve integrar a partilha.

3. Inaplicabilidade, *in casu*, da Súmula nº 377 do STF, pois esta se refere à comunicabilidade dos bens no regime de separação legal de bens (prevista no art. 1.641, CC), que não é caso dos autos.

3.1. O aludido verbete sumular não tem aplicação quando as partes livremente convencionam a separação absoluta dos bens, por meio de contrato antenupcial. Precedente.

4. Recurso especial provido para afastar a partilha do bem imóvel adquirido exclusivamente pela recorrente na constância da união estável.

(REsp. nº 1.481.888/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018) O caso em comento, todavia, versa sobre o regime da separação absoluta, o que nada tem a ver com o regime da separação legal ou obrigatória ou compulsória estabelecida pelo art. 1.641, do Código Civil.

Portanto, não se aplica ao presente a súmula nº 377 do STF que é atinente ao regime da separação legal ou obrigatória de bens, e não ao regime da separação absoluta de bens.

Por outro lado, diante de vasta prova documental colacionada aos autos, observa-se que os imóveis registrados pertencem à terceiros, e não ao apelado.

O imóvel (XXXXX) foi adquirido em 2008, pela Sra. T. S. M. R. (genitora do apelado), sendo propriedade pertencente à terceiro, e não ao apelado. Os genitores do apelo não são desprovidos de recursos para adquirir o sobredito bem. O apartamento nº XXX foi adquirido pelos genitores do apelado no ano de 1988, ou seja, quando a apelante tinha 07 anos de idade. A fraude não se presume, devendo ser demonstrada. Sendo imóvel da genitora do apelado, não há como partilhar o sobredito bem em benefício da apelante.

Quanto ao imóvel (apartamento nº XXXXX), foi adquirido pela Sra. T. e marido, no ano de 1988 (f. 43), ou seja, época em que a apelante tinha 07 anos de idade, sendo que no ano 2000, a Sra. T. doou a sua propriedade do imóvel para os seus dois filhos, com a cláusula

de incomunicabilidade. O irmão do apelado, no ano de 2003, doou a sua propriedade de sua parte para o apelado, e foi mantida a cláusula de incomunicabilidade. Portanto, à apelante não lhe assiste direito à partilha do aludido apartamento.

No que tange ao imóvel nº XXXXX, a sala foi adquirida, no ano de 2001, pela Sra. T. e marido (f. 44), que no ano seguinte, doaram o imóvel para os seus filhos, com cláusula de reserva de usufruto vitalício e incomunicabilidade. À apelante não lhe assiste direito à partilha do imóvel em questão.

Com relação à sala nº XXXXX, o imóvel foi adquirido, no ano de 2010, pela Sra. T. e marido (f. 46), sendo propriedade pertencente aos genitores do réu, motivo pelo qual, à apelante não lhe assiste direito à partilha do imóvel em questão.

Quanto à sala nº XXXXX, o imóvel, adquirido no ano de 2004, é pertencente a Sra. T., na proporção de 72,5% e ao seu filho R., na proporção de 27,5%, sendo, portanto, propriedade de terceiros. Logo, não há como partilhar o bem pertencente a terceiros.

No que tange à sala nº XXXXX, sendo o único bem que consta em nome do réu (apelado), o referido imóvel foi adquirido, em 2011, pela Sra. T., na proporção de 70%, e pelo réu, na proporção de 30%.

As partes, todavia, celebraram o contrato de convivência sob o regime da separação absoluta, não se comunicando os bens adquiridos por um dos cônjuges. Portanto, à apelante não lhe assiste direito à metade (15%) da proporção pertencente ao apelado (30%), diante do contrato celebrado entre as partes.

Nesse panorama, não merece qualquer reparo a sentença.

Por tais fundamentos, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER O APELO E NEGAR-LHE PROVI-

MENTO, MANTENDO-SE NA ÍNTEGRA A SENTENÇA. DIANTE DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL, MAJORO OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO PERCENTUAL DE 2,5% SOBRE O VALOR DA CAUSA QUE DEVERÁ SER ACRESCIDOS AO PERCENTUAL FIXADO PELO JUÍZO DE ORIGEM, OBSERVADA A GRATUIDADE DE JUSTIÇA DEFERIDA EM FAVOR DA APELANTE.

RIO DE JANEIRO, 20 DE JUNHO DE 2018.
DES. PAULO SÉRGIO PRESTES DOS SANTOS
RELATOR

PARTILHA DE BENS. UNIÃO ESTÁVEL. BEM ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. INEXISTÊNCIA. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. ART. 1.725 DO CÓDIGO CIVIL. CORREÇÃO DOS HONORÁRIOS. RECURSO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL E PARTILHA DE BENS. TESTEMUNHAS QUE CONFIRMARAM A DATA DE INÍCIO DO RELACIONAMENTO. BEM ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SUB-ROGAÇÃO. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM DOS CONVIVENTES. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85, § 14, DO CPC/2015. De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.278/96, é reconhecida a como entidade familiar a convivência duradoura e contínua entre homem e mulher, com o objetivo de formar família. As testemunhas foram incisivas ao confirmar que o relacionamento entre as partes começou quando o Sr. J. ainda era casado e que as partes passaram a conviver em união estável logo após a ruptura do matrimônio do falecido. Correta a sentença ao fixar o prazo inicial em fevereiro de 2008, aplicando-se a interpretação sistemática das regras que regem as relações familiares, isto é, o art.

226, § 6º, da CRFB, antes da alteração da EC 66/2010, c/c o art. 1.723, § 1º, do CC/2002. De acordo com o art. 1.725 do CC, salvo a existência de contrato escrito entre os companheiros, a regra, na união estável, é do regime da comunhão parcial de bens, no qual se comunicam os bens que sobrevierem ao casal na constância da união (art. 1.658 do CC). Ainda que não haja prova da efetiva ajuda material do Sr. J. na aquisição do bem, a conjunção de esforços na construção do patrimônio comum é presumida na comunhão parcial de bens, podendo se constituir até mesmo de apoio moral. Considerando que a sentença foi proferida a luz do atual CPC, ela merece um pequeno reparo de ofício. Como se observa do art. 85, § 14º, do CPC/2015, a os honorários advocatícios constituem direito do advogado e têm natureza de verba alimentar, sendo vedada a sua compensação em caso de sucumbência parcial. Sendo assim, tendo em vista a sucumbência parcial, condeno as Autoras ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 50% do valor atualizado da causa. Da mesma forma, condeno a parte Ré ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 51% sobre o valor atualizado da causa, já considerados os honorários recursais. Deve ser observada a regra do art. 98 do CPC para ambas as partes. DESPROVIMENTO DO RECURSO E CORREÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE OFÍCIO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível número 0010582-02.2012.8.19.0045, em que é Apelante M. F. P. e Apelada T. S. A. e Outro.

Acordam os Desembargadores da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e negar provimento

e corrigir a sentença de ofício, nos termos do voto da relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação contra sentença (Index 000302) que, nos autos da ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha de bens proposta por T. S. A. e Outra em face de M. F. P., julgou parcialmente procedente o pedido, declarando a união estável entre J. L. A. e M. F. P. no período compreendido entre fevereiro de 2008 a maio de 2012. Conferiu a J. L. A. o direito à metade do imóvel situado na Rua XXXXXXXXXXXXXXXX. Considerando a sucumbência recíproca, as despesas processuais devem ser rateadas, sendo compensados os honorários advocatícios. Suspensa a execução quanto às Autoras, em razão da gratuidade de justiça.

Inconformada, a ré apresentou recurso de apelação (Index 000314), pleiteando, inicialmente, o deferimento da gratuidade de justiça. No mérito, sustenta que o período fixado na sentença não pode ser compreendido todo como sendo de união estável, já que as partes namoraram antes da convivência e coabitação. Afirmo que não há nos autos comprovação da data inicial da união estável e que o prazo fixado na sentença não passa de mera suposição. Afirmo que o imóvel foi adquirido por meio de sub-rogação como demonstram as provas dos autos.

Foram apresentadas contrarrazões (Index 01263).

É o relatório. Passo ao voto.

VOTO

O recurso interposto é tempestivo e guarda os demais requisitos de admissibilidade, de forma a trazer o seu conhecimento.

Inicialmente, defiro o pedido da gratuidade de justiça, na forma do art. 99, § 7º, do CPC/2015.

Cinge-se a questão dos autos ao período que se iniciou a união estável entre a Ré, ora apelante, M. F. P. e J. L. A., falecido e substituído nos autos por suas herdeiras, T. S. A. e T. H. S.

A., bem como o direito à partilha do imóvel descrito na petição inicial.

De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.278/96, é reconhecida a como entidade familiar a convivência duradoura e contínua entre homem e mulher, com o objetivo de formar família.

Neste contexto, é importante esclarecer que as testemunhas foram incisivas ao confirmar que o relacionamento entre as partes começou quando o Sr. J. ainda era casado e que as partes passaram a conviver em união estável logo após a ruptura do matrimônio do falecido. Neste ponto, especialmente esclarecedor o depoimento da testemunha A. C. S..

Assim sendo, correta a sentença ao fixar o prazo inicial em fevereiro de 2008, aplicando-se a interpretação sistemática das regras que regem as relações familiares, isto é, o art. 226, § 6º, da CRFB, antes da alteração da EC 66/2010, c/c o art. 1.723, § 1º, do CC/2002.

Ressalte-se que não há nos autos qualquer comprovação de que o relacionamento entre as partes no período entre 2008 e 2010 se configurava como simples namoro, como defende a apelante.

Da mesma forma, muito embora a apelante tenha sustentado, não restou comprovado que os valores recebidos em razão do acordo de divórcio consensual celebrado por esta e seu ex-marido, que totalizavam R\$ 45.000,00, tenham sido integralmente utilizados na compra do referido imóvel, caracterizando, assim a sub-rogação.

Conforme se observa do documento de f. 14/15, o imóvel foi adquirido em 17/02/2009, no valor de R\$ 40.000,00, com quitação em duas parcelas, sendo R\$ 20.000,00 no momento da assinatura do contrato e R\$ 20.000,00 na assinatura da escritura.

De acordo com o art. 1.725 do CC, salvo a existência de contrato escrito entre os companheiros, a regra, na união estável, é do regime da comunhão parcial de bens, no qual se co-

municam os bens que sobrevierem ao casal na constância da união (art. 1.658 do CC).

Ainda que não haja prova da efetiva ajuda material do Sr. J. na aquisição do bem, a conjugação de esforços na construção do patrimônio comum é presumida na comunhão parcial de bens, podendo se constituir até mesmo de apoio moral.

Desta forma, correta a sentença ou estabelecer a partilha do bem adquirido no curso da união estável.

Considerando que a sentença foi proferida a luz do atual CPC, ela merece um pequeno reparo de ofício. Como se observa do art. 85, § 14º, do CPC/2015, a os honorários advocatícios constituem direito do advogado e têm natureza de verba alimentar, sendo vedada a sua compensação em caso de sucumbência parcial.

Sendo assim, tendo em vista a sucumbência parcial, condeno as autoras ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 50% do valor atualizado da causa. Da mesma forma, condeno a parte ré ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 51% sobre o valor atualizado da causa, já considerados os honorários recursais. Deve ser observada a regra do art. 98 do CPC para ambas as partes.

RIO DE JANEIRO, 30 DE MARÇO DE 2015.
DES^a. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES
RELATORA

PARTILHA DE BENS. UNIÃO ESTÁVEL. PATRIMÔNIO AMEALHADO NO CURSO DA CONVIVÊNCIA. ESFORÇO COMUM. INEXISTÊNCIA DE CONTRATO ESCRITO. ALIENAÇÃO SEM O CONSENTIMENTO DO CONVIVENTE. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. DIREITO À METADE DO VALOR DA VENDA. RECURSO DESPROVIDO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pela Primeira Vara de Família da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que entendeu que deverão compor o patrimônio do casal para fins de partilha, os bens alienados pelo Agravante, bem como determinou que fosse procedida a avaliação de forma indireta dos referidos bens.

2. Com arrimo no art. 1.725 do Código Civil, a união estável será regida pelo regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros.

3. Configurada a união estável e sua posterior dissolução, o patrimônio amealhado pelos conviventes durante a convivência há de ser partilhado igualmente, presumindo-se que adquiridos por esforço comum, conforme também expressamente determina o art. 5º da Lei nº 9.278/96.

4. De certo que, em dissolvendo a união estável, os bens adquiridos onerosamente durante a relação, serão partilhados na proporção de 50% para cada companheiro, excluindo-se aqueles adquiridos anteriormente ou comprados com o produto exclusivo da venda de outros bens obtidos previamente (sub-rogação).

5. Na hipótese, dessume-se que as partes conviveram em união estável no período de 17/02/1992 até dezembro de 2002.

6. Imóveis que foram adquiridos durante o curso da união estável e alienados pelo agravante após o término do vínculo entre os conviventes, embora ainda dentro do período de convivência entre as partes.

7. Não há dúvida de que os bens que integram o patrimônio comum das partes no momento da ruptura da vida conjugal, eis que adquiridos de forma onerosa durante a constância da união estável, não podem ser alienados após

o término da relação sem o consentimento expresso do convivente.

8. Tendo em vista que os imóveis alienados não deixaram de compor as propriedades em comum e o produto da venda dos bens não foi integrado ao patrimônio a ser partilhado, deve a agravada ser compensada na metade do valor da venda dos bens.

9. A presunção de que o valor auferido com a venda dos imóveis tenha sido utilizado em prol da família somente se opera nas hipóteses de bens alienados durante a união estável.

10. Inexistência de prova de que o produto das alienações tenha sido utilizado para o custeio das despesas do casal, cuja dilação probatória, inclusive, extravasa aos lindes do inventário.

11. Manutenção da decisão objurgada no tocante à avaliação de forma indireta dos bens alienados, a qual se afigura essencial para justa partilha de bens, evidenciando o atual valor de mercado dos imóveis e aquele atribuído à venda.

12. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento nº 0050748-70.2019.8.19.0000, em que é Agravante F. S. da R. e Agravados O. G. B. de A..

Acordam os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pela Primeira Vara de Família da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que decidiu que os seguintes bens devem compor o patrimônio do casal

para fins de partilha, sem prejuízo de que, surgindo outros bens, sejam objeto de sobrepilha entre as partes: a) Rua XXXXX; b) metade do imóvel situado na Avenida XXXXX; c) XXXXX; d) Rua XXXXX; e) Rua XXXXX, f) Avenida XXXXX; g) Avenida XXXXX; h) bens relacionados a f. 56, 59, 66, 70, 74, 75, 81, 84, 87, 90, 92, 94, 96 e 104. Assentou o julgador que os imóveis dos itens “b”, “f” e “g” deverão, quando da partilha, integrar o quinhão do réu, visto que já alienados por esse e de forma a legitimar as vendas, sem que se acarrete prejuízo a terceiros. Determinou que as partes apresentem, no prazo de quinze dias, os documentos do IPTU dos imóveis relacionados, onde conste área do bem e valor venal, assim como sejam expedidos mandados de avaliação dos bens descritos nos itens de “a” até “h”, sendo certo que com relação aos bens imóveis dos itens “f” e “g”, já vendidos, e os bens moveis do item “h” (f. 56/59, 66, 70, 74, 75, 81, 84, 87, 90, 92, 94, 96, 104), cuja uma parte também já pereceu, procedendo o avaliador a avaliação de forma indireta.

Defende o recorrente que o imóvel da Rua XXXXX, jamais pertenceu ao casal, como revela a certidão de ônus reais. Destaca que, em relação aos imóveis situados na Avenida XXXXX, Avenida XXXXX e 50% da Avenida XXXXX, foram vendidos ao longo da união estável, cujo produto foi exaurido para manutenção da família, sendo utilizado em prol do sustento dos filhos da agravada que residia com o agravante, bem como custear as viagens internacionais que o casal fazia. Acrescenta que parte desse dinheiro, também custeou a casa de alto padrão no qual a agravada reside situada em XXXXX, composta por 4 (quatro) quartos, sendo duas suítes, piscina, churrasqueira etc. Salaria que, em relação aos bens móveis esclareceu-se que todos eles foram exauridos ao longo da relação, sendo

consumidos durante os 14 (quatorze) anos de união estável do casal. Alega que o imóvel situado na Rua XXXXX, foi adquirido pelo agravado antes do início da relação do casal, mais precisamente em 20/06/1988, ou seja, quatro anos antes do início da união estável. No tocante aos eletrodomésticos, tais como geladeira, freezer, micro-ondas, máquina de lavar roupas, formo elétrico, esclarece que a agravada residiu lá por 14 anos e obviamente também usufruiu deles durante esse período. Pontua que devem ser afastados os três imóveis alienados durante a união estável, uma vez que o fruto da venda dos bens serviu para suportar os gastos da casa do casal que eram altos, assim como para financiar a viagem internacional, além de custear a aquisição do lote de terreno s/n da XXXXX, onde erigiu-se para agravada, uma casa com dois pavimentos, com quatro quartos, e suítes, além de ampla sala, e demais dependências, inclusive piscina e churrasqueira. Pontua, ademais, que a atual avaliação indireta dos bens alienados de imóveis que foram vendidos há mais de quinze anos, se faz desarrazoada e injusta. Requer o provimento do recurso para, reformando-se a decisão recorrida, excluir da partilha os bens móveis e os imóveis vendidos ao longo da união estável, eis que seu produto foi exaurido em proveito do ex-casal, ou caso não seja este o entendimento, que as avaliações considerem o valor das vendas atualizados pela correção monetária e não avaliados para o valor de mercado atual.

Despacho ordinatório a f. 22/23.

As informações foram prestadas a f. 27/30, restando mantida a decisão agravado por seus próprios fundamentos.

Contrarrrazões apresentadas a f. 34/38.

É o relatório.

O recurso é tempestivo, estando satisfeitos os demais requisitos de admissibilidade.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pela Primeira Vara de Família da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que entendeu que deverão compor o patrimônio do casal para fins de partilha, os bens alienados pelo agravante situados na Avenida XXXXX e na Avenida XXXXX, bem como determinou que fosse procedida a avaliação de forma indireta dos referidos bens.

Defende o agravante que tais bens foram vendidos ao longo da união estável, cujo produto foi exaurido para manutenção da família, utilizado em prol do sustento dos filhos da agravada que residia com o agravante, bem como custear as viagens e a casa de alto padrão no qual a agravada reside situado em XXXXX.

Com arrimo no art. 1.725 do Código Civil, a união estável será regida pelo regime da comunhão parcial de bens, *in verbis*:

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Configurada a união estável e sua posterior dissolução, o patrimônio amealhado pelos conviventes durante a convivência há de ser partilhado igualmente, presumindo-se que adquiridos por esforço comum, conforme também expressamente determina o art. 5º da Lei nº 9.278/96.

Nas palavras de MARIA BERENICE DIAS “Adquirido o bem por um, transforma-se em propriedade comum, devendo ser partilhado por metade na hipótese de dissolução do vínculo. Portanto, quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é o seu titular exclusivo. O fato de o patrimônio figurar com de propriedade de um não afasta a cotitularidade do outro.”

(in **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, p.166/167)

De certo que, em dissolvendo a união estável, os bens adquiridos onerosamente durante a relação, serão partilhados na proporção de 50% para cada companheiro, excluindo-se aqueles adquiridos anteriormente ou comprados com o produto exclusivo da venda de outros bens obtidos previamente (sub-rogação).

Na hipótese, dessume-se que as partes conviveram em união estável no período de 17/02/1992 até dezembro de 2002.

A escritura de promessa de compra e venda do imóvel situado na Avenida XXXXXXXXXXX, dá conta de que o agravante teria adquirido o referido bem em 24/01/2001 e, alienado este, em 20/06/2003. (f. 53/55)

Já o imóvel localizado na Avenida XXXX, teria sido arrematado pelo agravante em 26/11/1997 e alienado em 17/08/2006. (f. 56/69)

Deste modo, observa-se que ditos bens foram adquiridos durante o curso da união estável e alienados após o término do vínculo entre os conviventes, embora ainda dentro do período de convivência entre as partes.

Logo, considerando que os imóveis acima referidos integravam o patrimônio comum das partes no momento da ruptura da vida conjugal, eis que adquiridos de forma onerosa durante a constância da união estável, não poderiam ter sido alienados após o término da relação sem o consentimento expresso da agravada.

Assim sendo, tendo em vista que os imóveis alienados não deixaram de compor as propriedades em comum e o produto da venda dos bens não foi integrado ao patrimônio a ser partilhado, deve a agravada ser compensada na metade do valor da venda dos bens.

Bem de ver que a presunção de que o valor auferido com a venda dos imóveis tenha sido utilizado em prol da família somente se ope-

ra nas hipóteses de bens alienados durante a união estável.

Na hipótese, inexistente prova de que o produto das alienações tenha sido utilizado para o custeio das despesas do casal, cuja dilação probatória, inclusive, extravasa aos lindes do inventário.

Nesse particular, seguem os julgados abaixo:

Apelação Cível. Ação de Divórcio c/c Partilha de Bens e Danos Morais. Sentença que julgou improcedentes os pedidos de pensionamento e compensatório, assim como parcialmente procedentes os pleitos de divórcio e de divisão dos haveres. Irresignação do réu quanto à partilha e aos ônus sucumbenciais. Imóvel localizado em Macaé. Título aquisitivo. Instrumento particular de compra e venda que, embora firmado em data pouco anterior ao matrimônio, ocorreu em período no qual as partes viviam em regime de união estável, atestado em escritura pública. Terreno situado em Rio das Ostras. Bem adquirido no curso da convivência e alienado à sorrelha da outrora companheira. Apelante que não logrou êxito em comprovar que o dinheiro apurado na alegada cessão do imóvel a seus genitores haja ingressado no patrimônio do casal. Acervo de bens que há de ser igualmente repartido entre os cônjuges. Sucumbência recíproca. Decaimento parcial de ambos os sujeitos da demanda. Precedentes deste Egrégio Sodalício. Reforma em parte da sentença. Conhecimento e provimento parcial ao Apelo. (0004801-84.2011.8.19.0028 – Apelação, Des. SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO - Julgamento: 25/07/2017 - Décima Nona Câmara Cível)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADO COM PARTILHA. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTE EM PARTE

O PEDIDO PARA DECRETAR O DIVÓRCIO DO CASAL E DETERMINAR A PARTILHA DE METADE DO VALOR DA VENDA DE IMÓVEL COMUM. IRRESIGNAÇÃO DAS PARTES. O capítulo da sentença de natureza declaratória em que foi reconhecida e dissolvida a união estável não é contestada pelos recursos. A partilha deve seguir o regime da comunhão parcial de bens uma vez que os outrora companheiros não optaram expressamente por outro regime. Artigo 1.725 do Código Civil. Autonomia da vontade dos apelantes. O imóvel de Saquarema foi comprado pelos litigantes no exato dia em que afirmam ter iniciado a união estável. No contrato de compra e venda consta o nome de ambos. A vontade e era a de que o bem pertencesse aos dois. As benfeitorias patrocinadas por qualquer dos companheiros devem integrar o patrimônio comum do casal. O bem foi alienado pelas partes a terceiro na data em que asseveram o término da união. O interesse de um e outro era tão somente a venda do imóvel e a partilha do preço pago uma vez que a partir de então estavam encerrando o relacionamento estável. Alienado o bem, o imóvel deixou de compor as propriedades em comum e o montante auferido foi integrado ao patrimônio. Sendo incontroverso que o réu não entregou qualquer quantia à autora, cabe a condenação do demandado tal como lançada em sentença a fim de que o réu indenize a autora na metade do valor da venda do imóvel de Saquarema. Em relação ao imóvel de Duque de Caxias, deve-se ressaltar que nunca chegou a integrar o patrimônio comum uma vez que as negociações ocorreram após o término do relacionamento das partes. Ademais, sequer há comprovação de que foi acordado entre os mesmos que o valor apurado na venda do bem de Saquarema seria utilizado para aquisição conjunta de imóvel em Duque de Caxias e nem que o valor de um foi aplicado

pelo réu na obtenção da fração do outro. Recursos conhecidos e desprovidos. (0050666-83.2013.8.19.0021 – Apelação, Des. CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA - Julgamento: 15/09/2015 - Oitava Câmara Cível)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE BENS. IMPUGNAÇÃO QUANTO À VERACIDADE DE DOCUMENTO PARTICULAR. PRECLUSÃO. IMÓVEL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE VALORES DECORRENTES DE ECONOMIA PRÓPRIA. ART. 333, II, DO CPC. EX-CONVIVENTE QUE FAZ JUS À METADE DO VALOR CORRESPONDENTE AO BEM ALIENADO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Cinge-se a controvérsia à divisão do patrimônio adquirido durante união estável. 2. Comprovada a convivência do casal ao longo de vários anos e a unidade familiar, torna-se imperioso reconhecer a existência da união estável e declarar sua dissolução, com a repercussão patrimonial correspondente ao esforço comum. 3. Deixando a autora de impugnar documento particular quando oportuno, resta configurada a preclusão. Assim, afasta-se a alegada nulidade por vício de vontade no que tange à alienação do imóvel. 4. Ausência de comprovação por parte do réu de que o valor utilizado para a aquisição do imóvel na constância da união estável tenha sido proveniente de benefício trabalhista percebido antes dessa união. 5. Por isso, faz jus a autora à metade do valor do bem, correspondente à quantia recebida pelo réu quando da alienação do imóvel em questão. 6. A correção monetária deve incidir desde o recebimento, em conformidade com a Súmula nº 43 do Superior Tribunal de Justiça. 7. Os juros de mora devem incidir a contar do evento danoso, de acordo com a Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça. 8. Decaindo a autora em parte mínima do pedido, deve réu

arcar com a integralidade dos ônus sucumbências, nos termos do parágrafo único do art. 21 do CPC. 9. Provimento do recurso. (1015089-55.2011.8.19.0002 – Apelação, Des. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME - Julgamento: 06/08/2014 - Décima Sétima Câmara Cível)

Por fim, dever ser mantida a decisão objurgada no tocante à avaliação de forma indireta dos bens alienados, a qual se afigura essencial para justa partilha de bens, evidenciando o atual valor de mercado dos imóveis e aquele atribuído à venda.

Confira-se os julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS. SENTENÇA DE PRODECÊNCIA RECONHECENDO A UNIÃO ESTÁVEL E SUA DISSOLUÇÃO, ASSIM COMO DECRETANDO A PARTILHA NOS MOLDES PRETENDIDOS PELO AUTOR. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ. ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE NA PARTILHA. 1. Entendimento do STJ de que, passado longo período desde a aquisição do imóvel pelo casal sendo controvertidos os valores atribuídos a ele e considerando a oscilação do mercado imobiliário para se chegar a uma divisão mais igualitária na partilha, faz-se necessária, mesmo por prudência, a realização de avaliação de bens por perito idôneo. (AgRg no REsp nº 1.171.641/SP) 2. No caso dos autos, o imóvel foi adquirido em 1997 e as cotas da sociedade em 2008, sendo necessária sua avaliação. 3. A ré, ora apelante, requereu a avaliação do imóvel e das cotas societárias, tendo sido tal pleito deferido pelo juízo e, no entanto, não foi realizado, pois foi proferida a sentença sem a avaliação dos bens. 4. Flagrante o cerceamento de defesa, sendo certo que a avaliação dos bens é essencial para a sua justa partilha, devendo ser apurado o atual valor de mercado dos referidos bens. Sentença anulada. Recurso

provido. (0032305-28.2011.8.19.0202 – Apelação, Des. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS - Julgamento: 30/11/2016 - Décima Primeira Câmara Cível)

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. PARTILHA DE BENS APÓS O DIVÓRCIO. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. PARTILHA DOS BENS DO EX-CASAL ATÉ A SEPARAÇÃO DE FATO DO MESMO, OCORRIDA EM AGOSTO DE 2007. INOBTNTE AS ALEGAÇÕES DAS PARTES, A INICIAL DA AÇÃO DE DIVÓRCIO, AJUIZADA EM 2011, REVELA A SEPARAÇÃO DE FATO "HÁ QUATRO ANOS", SENDO IRRETOCÁVEL A SOLUÇÃO ADOTADA PELO JUÍZO A QUO QUE, FRISE-SE, NÃO FOI IMPUGNADA POR NENHUMA DAS PARTES NO MOMENTO OPORTUNO. NULIDADE QUE NÃO SE RECONHECE. SUPOSTA QUEBRA DO MOTOR DO AUTOMÓVEL QUE, ALÉM DE NÃO SER MINIMAMENTE COMPROVADA, É IRRELEVANTE AO DESLINDE DO FEITO. AVALIAÇÃO INDIRETA REALIZADA NOS MOLDES LEGAIS. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Majoração, com base no art.82, § 11º do NCPC, dos honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) do valor da condenação, observada a gratuidade de justiça do vencido (ART. 98, § 3º, DO NCPC). (0020124-19.2013.8.19.0042 – Apelação, Des. MARIO GUIMARÃES NETO - Julgamento: 29/11/2016 - Décima Segunda Câmara Cível

Agravo de Instrumento. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. Veículo adquirido onerosamente na constância da convivência marital. Cumprimento de sentença. Avaliação indireta do bem. Decisão que rejeita a impugnação oferecida pelo ex-companheiro. Inconformismo que não prospera. Determinação de que a avaliação levasse em consideração o valor do bem ao tempo da separação do casal. Ausência de

impugnação oportuna. Preclusão. Automóvel vendido após cinco anos do rompimento. Companheiro que, durante todo esse tempo, fez uso exclusivo do bem comum. Depreciação do valor que deve por ele ser suportada. Avaliação indireta que, abatida a inflação dos últimos cinco anos, alcança o valor da venda. Decisão que se mantém. Recurso a que se nega seguimento monocraticamente. (0065429-21.2014.8.19.0000 - Agravo de Instrumento, Des. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO - Julgamento: 10/12/2014 - Décima Sexta Câmara Cível)

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

RIO DE JANEIRO, 26 DE NOVEMBRO DE 2019.

DES^a. MÔNICA MARIA COSTA

RELATORA

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO. DESLIZAMENTO DE ENCOSTAS EM LOTEAMENTO. DANO AMBIENTAL. CFRB/88. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. RISCO À COMUNIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO LEGÍTIMA E ESSENCIAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. NECESSIDADE DE OBRAS DE CONTENÇÃO.

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO. LOTEAMENTO NOSSO LAR. DANO AMBIENTAL. DESLIZAMENTO DE ENCOSTAS. INSTABILIDADE DO SOLO. RISCO GEOLÓGICO IMINENTE. COMPROVADA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE OBRAS DE CONTENÇÃO E ESTABILIZAÇÃO DO SOLO. EXTENSÃO DO DANO COMPROVADA POR PARECER DA PRÓPRIA SECRETARIA DE DEFESA CIVIL DO MUNICÍPIO RÉU. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO ENTE MUNICIPAL PARA CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS DE PREVENÇÃO A DESASTRES. LEI Nº 12.608/12. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO QUE SE JUSTIFICA PELA GARANTIA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS JURISDIONADOS. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL À HIPÓTESE. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA, À INCOLUMIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA E À MORADIA DIGNA. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*. Cinge-se a controvérsia recursal acerca da imposição de medidas para diminuição de risco de deslizamento de encostas no Loteamento Nosso Lar, ante a omissão do poder público municipal em fazê-lo, considerado o dano ambiental retratado na exordial. No caso em apreço, compulsando os elementos de prova carreados aos autos, conclui-se que a sentença deu adequada solução à lide. Tratou-se, na origem, de ação civil pública deflagrada pelo Ministério Público no ano de 2016, após instauração e conclusão do Inquérito Civil nº 01/2014, que, por sua vez, tinha por finalidade apurar as necessárias intervenções

urbanísticas a serem realizadas no Loteamento Nosso Lar, em Nova Friburgo, município réu. Ao longo da instrução processual, restou indiscutível que o dano ambiental objeto desta lide foi provocado pela movimentação irregular de terras feita por particular, à revelia do município apelante, com a finalidade de abrir caminho para sua residência, o qual teria sido inviabilizado após uma queda de barreira, fato este que, contudo, não objeta a responsabilidade do réu em reparar o dano ambiental inerente ao acidente geológico e à conduta do particular. Isto porque, considerando-se que a responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, impõe-se o dever de reparar o dano ambiental a todos aqueles que, por ação ou omissão, contribuíram para a sua ocorrência. Observa-se que o parquet trouxe aos autos o documento de f. 38/39, no qual se verifica que a Secretaria de Defesa Civil do município, emitiu um parecer em que aponta que o descarte irregular do material proveniente da remoção de parte do talude, com o passar do tempo, pode escorregar e invadir os terrenos vizinhos, ou seja, pode desmoronar, desabar. Ademais, conforme f. 112, a própria Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano Sustentável da edilidade, a fim de instruir o inquérito civil em questão, emitiu ofício no qual, além de constatar a queda da barreira em uma das ruas do loteamento, afirmou que a Subprefeitura de Conselheiro Paulino foi quem a retirou e realizou algumas intervenções no local. Acrescentou-se, no referido documento, que estas intervenções minimizaram a situação de Alto Risco de deslizamentos e desastres encontrada no local, contudo, permanecendo uma grande suscetibilidade de movimento de massas em alguns pontos. Analisando os referidos documentos, é possível constatar que a área é classificada como de alto risco de escorregamento de ter-

ra, ante a instabilidade do solo provocada pela remoção irregular de parte do talude, e aterramento atécnico do local próximo ao número 70 do loteamento descrito na exordial, sendo certo que correm perigo as moradias adjacentes, trazendo como consequências danos a bens particulares e riscos para terceiros. Tratando-se de área que possui alto risco geológico, a incidência de chuvas mais fortes poderá gerar uma situação de completo desastre em uma comunidade onde vivem pessoas de baixa renda, que provavelmente não possuem outro local para se abrigarem. Neste sentido, é clara a omissão da Administração Pública em relação aos riscos enfrentados pelos moradores da comunidade, não havendo qualquer elemento nos autos que comprove a mudança dessa situação de forma suficiente a evitar tragédias. E na esteira do até então exposto, é importante que se destaque o disposto no art. 2º, *caput* e § 2º, da Lei nº 12.608/12, que institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC. Por estes dispositivos, impõe-se a solidariedade entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios em adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de catástrofes, estabelecendo, inclusive, que a incerteza quanto ao risco de desastre não será óbice para a prevenção e mitigação da situação de risco. Ainda sobre as disposições desta lei, há que ser ressaltado o conteúdo dos seus artigos 7º e 8º, os quais determinam a adoção e execução das políticas preventivas nela versadas por estados e municípios, respectivamente, em âmbito territorial e local. Ainda que assim não fosse, a própria Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 23, inciso VI, que é de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção do meio ambiente. E mais, em seu art. 30, estabelece a competência específica dos

municípios quanto à adequação do ordenamento territorial, pelo planejamento e controle do solo urbano. Neste passo, resta inequívoca a competência do ente municipal em dar consecução às obras necessárias ao controle de encostas sob risco geológico no Loteamento apontado na exordial. Outrossim, não se justifica a afirmação de que a procedência do pedido violaria o princípio da separação de poderes, porquanto a jurisprudência pátria, inclusive do STJ, permite o controle judicial de políticas públicas em casos excepcionais, mormente nos casos de inércia do Estado em assegurar a efetivação de direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana como os direitos à vida e à moradia. Não é possível imaginar um ordenamento jurídico fundado no princípio da dignidade da pessoa humana em que o Poder Judiciário mantenha-se alheio à inércia do Poder Executivo na execução de programas de proteção de habitantes de áreas de risco de deslizamentos e desabamentos, enquanto se proliferam anualmente os exemplos de desastres naturais, em sua maioria em áreas carentes, que posteriormente descobre-se que poderiam ter sido evitados com a atuação estatal. A mitigação dos riscos não é favor que é prestado pelo Poder Público. É dever institucional imposto pela mais alta norma do nosso país: a Constituição da República. Da mesma forma, diante da natureza dos direitos envolvidos, impossível a invocação da reserva do possível. Vale ressaltar, que a doutrina propõe a aplicação do método de ponderação, pelo qual a prestação pleiteada pelos cidadãos deve estar cingida àquilo que se pode razoavelmente exigir do Poder Público. Segundo tal doutrina, impende reconhecer que o direito a um mínimo vital, à educação escolar, à assistência médica, à moradia, deve ter a efetivação garantida pelo Poder Público, por conta de

que é mínimo o conflito com os demais princípios constitucionais, competindo ao Judiciário assegurá-lo. Assim, com o fito de dar efetividade aos comandos constitucionais, a luz da ideia de mínimo existencial, impõe-se a defesa da entidade familiar e do lugar em que a família reside, em detrimento do secundário interesse patrimonial da Fazenda Pública. Logo, não há que se falar em aplicação do princípio da reserva do possível, implícito na Constituição, segundo o qual os direitos assegurados pela Carta dependem de dotação orçamentária para serem implementados pelo Estado. Com efeito, conforme precedentes do E. STF, a cláusula da reserva do possível encontra limite na garantia constitucional do mínimo existencial, não podendo o Estado deixar de assegurar condições adequadas à existência digna do cidadão. No caso em tela, requer-se a condenação do réu a adotar providências para a redução do risco de deslizamento no Loteamento Novo Lar, em Nova Friburgo. Nesse ponto, a tutela jurisdicional está intimamente ligada ao núcleo essencial do direito fundamental à vida na medida em que o parecer elaborado pela Defesa Civil atestou que havia risco de deslizamentos na região. Anualmente, assistimos com pesar notícias quanto à perda de vida de centenas de pessoas por conta de deslizamentos causados por fortes chuvas em nosso Estado, não podendo o Poder Judiciário manter-se inerte em relação aos pedidos de tutela jurisdicional decorrentes do total descaso da Administração com a vida dos moradores dessas comunidades. Por fim, ressalta-se que o prazo fixado para realização das obras não se mostra exíguo, ainda mais se considerado que o município réu é conhecedor dos problemas retratados nos autos desde os idos de 2013. Ou seja, a edilidade dispôs de mais de sete anos para reverter a perigosa situação local, não havendo notícias

de que tenha sido tomada qualquer providência neste sentido até o momento. Desprovisionamento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013659-04.2016.8.19.0037, em que é Apelante: Município de Nova Friburgo e Apelado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que integram a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Des. Relatora.

VOTO

O recurso de apelação é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade.

Apelação interposta contra sentença que, nos autos de ação civil pública, julgou parcialmente procedente o pedido, nos seguintes termos:

“(...) Posto isso, ratificando aqui a tutela de urgência, julgo procedente, em parte, o pedido, para condenar o réu à realização das intervenções descritas na inicial, concluindo as intervenções com eficiência e eficácia no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 2.000,00, limitando-a a R\$ 30.000,00. 2 - Publique-se. Intimem-se.” (f. 221/231)

Recorre o Município de Nova Friburgo, aduzindo que os documentos indicados na exordial, pelo Ministério Público, não se prestam a precisar e determinar quais obras/intervenções devem ser a ele impostas.

Acrescenta que jamais reconheceu existir risco de desabamento na encosta do talude, irregularmente movimentada por morador do local, a ponto de se exigir uma imediata intervenção pública com obras de contenção.

Ressalta que os fatos que deram origem à demanda remontam ao ano de 2013, após ocorridas tragédias climáticas na região, tendo sido a ação ajuizada somente em 2016.

Informa que após a tragédia de 2011, coube ao governo estadual a realização de obras de estabilização dos taludes existentes na cidade, e que, quanto a si, não possui recursos financeiros suficientes para execução de tantas obras de contenção de encostas que se fazem necessárias.

Entende que o Poder Judiciário não pode se imiscuir nas escolhas administrativas, pois tratar-se-ia de uma predileção realizada por agente político sem atribuição legal para fazê-lo.

Argumenta que a pretensão do Ministério Público, em razão disso, agride o princípio da separação dos poderes, pois pretende que o Judiciário se imiscua em questões inerentes à eleição de prioridades por parte do Poder Executivo.

Sustenta a necessidade de se aplicar ao caso a teoria da reserva do possível, em razão do atual estado financeiro e orçamentário em que se encontra.

Requer o provimento da apelação para a reforma da sentença (f. 269/294).

Contrarrazões a f. 298/326, em que o Ministério Público rechaça a pretensão recursal do município, ressaltando que tanto a necessidade de intervenção pública no logradouro indicado na exordial, a fim de evitar desmoronamentos/desabamentos, como a extensão do dano ambiental, restaram devidamente demonstrados nos documentos encaminhados pelo próprio réu, nos quais se observa, ainda, que o problema perdura por muito tempo.

Salienta que a Lei n° 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), em seu art. 14, § 1º, consagra que a responsabilidade civil proveniente de dano ambiental é objetiva e solidária, estando o agente poluidor imbuído da reparação integral do ambiente lesado.

Argumenta que o provimento judicial objugado não viola o princípio democrático e da

separação dos poderes, pois visa o restabelecimento da ordem jurídica.

Enfatiza que não há qualquer política pública em andamento para a área descrita na exordial, sendo a atuação do Poder Judiciário não só legítima, como também essencial.

Alega que a indisponibilidade dos direitos envolvidos se dá exatamente por se tratar de direitos difusos, titularizados por toda a coletividade.

Aduz que não há violação do princípio constitucional da separação dos poderes quando o Poder Judiciário age buscando determinar que o administrador cumpra, de forma efetiva, com o múnus que lhe cabe, observando os princípios norteadores de sua atuação.

Entende que o argumento da “reserva do possível”, embora aplicável à determinados casos, não tem lugar na relação jurídica subjacente, já que os direitos fundamentais debatidos na demanda devem prevalecer, sobretudo quando são considerados o direito à vida, à incolumidade e à moradia digna.

Ressalta que a edilidade ré não fez prova da impossibilidade financeira de implementar a política pública determinada na sentença.

Com isso, aproveita a oportunidade para prequestionar a matéria discutida nos autos e requerer a manutenção da sentença vergastada.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça a f. 339/346, oficiando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Portanto, cinge-se a controvérsia recursal acerca da imposição de medidas para diminuição de risco de deslizamento de encostas no Loteamento Nosso Lar, ante a omissão do poder público municipal em fazê-lo, considerado o dano ambiental retratado na exordial.

A rigor, a ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público.

Sobre o tema HUGO NIGRO MAZZILLI¹:

1 **Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** 25ª ed. SP: Saraiva, 2012, p.73/74.

“Sem melhor técnica, portanto, a Lei n.º 7.347/85 usou a expressão ação civil pública para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos legitimados ativos, entre os quais até mesmo associações provadas, além do Ministério Público e outros órgãos públicos.”

A ação civil pública, sem dúvida, está vocacionada a servir de instrumento à aplicação dos diversos dispositivos legais de proteção do meio ambiente, patrimônio cultural e consumidor, dentre outros tantos direitos metaindividuais.

Desse modo, podemos afirmar que se insere no objeto de trabalho da ciência processual civil, na medida em que espraia seus dispositivos sobre searas típicas do direito processual: foro, pedido, possibilidade de ação cautelar, legitimação, atuação do MP, sentença, coisa julgada, exceção, ônus de sucumbência, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

O Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional, tendo a Constituição da República elencado algumas de suas atribuições.

O art. 129 traz rol de funções do *Parquet*, *in verbis*:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...)

Outorgou, portanto, a Constituição da República ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como essencial à função jurisdicional do Estado, enumerando como função institucional a promoção do inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do

patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Relacionada ao inciso III, do art. 129 (acima transcrito), encontra-se em vigor a Lei n.º 7.347/85, cujo art. 1.º disciplina as matérias que poderão ser objeto de ação civil pública:

“Art. 1.º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei n.º 8.884, de 11/06/1994)

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei n.º 8.078 de 1990).

V - por infração da ordem econômica e da economia popular; (Redação dada pela Medida provisória n.º 2.180-35, de 2001).

VI - à ordem urbanística. (Incluído pela Medida provisória n.º 2.180-35, de 2001).

Por sua vez, costuma-se conceituar o dano ambiental como a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação ou prejuízo do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida dos indivíduos e da sociedade.

No caso em apreço, compulsando os elementos de prova carreados aos autos, conclui-se que a sentença deu adequada solução à lide.

Tratou-se, na origem, de ação civil pública deflagrada pelo Ministério Público no ano de 2016, após instauração e conclusão do Inquérito Civil n.º 01/2014, que, por sua vez, tinha por finalidade apurar as necessárias intervenções urbanísticas a serem realizadas no Loteamento Nosso Lar, em Nova Friburgo, município réu.

Ao longo da instrução processual, restou indiscutível que o dano ambiental objeto desta lide foi provocado pela movimentação irregular de terras feita por particular, à revelia do município, com a finalidade de abrir caminho para sua residência, o qual teria sido inviabilizado após uma queda de barreira, fato este que, contudo, não objeta a responsabilidade do réu em reparar o dano ambiental inerente ao acidente geológico e à conduta do particular.

Isto porque, considerando-se que a responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, impõe-se o dever de reparar o dano ambiental a todos aqueles que, por ação ou omissão, contribuíram para a sua ocorrência.

Observa-se que o parquet trouxe aos autos o documento de f. 38/39, no qual se verifica que a Secretaria de Defesa Civil do município, emitiu um parecer em que aponta que o descarte irregular do material proveniente da remoção de parte do talude, com o passar do tempo, pode escorregar e invadir os terrenos vizinhos, ou seja, pode desmoronar, desabar.

Ademais, conforme f. 112, a própria Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano Sustentável da edilidade, a fim de instruir o inquérito civil em questão, emitiu ofício no qual, além de constatar a queda da barreira em uma das ruas do loteamento, afirmou que a Subprefeitura de Conselheiro Paulino foi quem a retirou e realizou algumas intervenções no local.

Acrescentou-se, no referido documento, que estas intervenções minimizaram a situação de Alto Risco de deslizamentos e desastres encontrada no local, contudo, permanecendo uma grande suscetibilidade de movimento de massas em alguns pontos.

Analisando os referidos documentos, é possível constatar que a área é classificada como de alto risco de escorregamento de terra, ante a instabilidade do solo provocada pela remoção irregular de parte do talude, e aterramento

atécnico do local próximo ao número 70 do loteamento descrito na exordial, sendo certo que correm perigo as moradias adjacentes, trazendo como consequências danos a bens particulares e riscos para terceiros.

Tratando-se de área que possui alto risco geológico, a incidência de chuvas mais fortes poderá gerar uma situação de completo desastre em uma comunidade onde vivem pessoas de baixa renda, que provavelmente não possuem outro local para se abrigarem.

Neste sentido, é clara a omissão da Administração Pública em relação aos riscos enfrentados pelos moradores da comunidade, não havendo qualquer elemento nos autos que comprove a mudança dessa situação de forma suficiente a evitar tragédias.

E na esteira do até então exposto, é importante que se destaque o disposto no art. 2º, *caput* e § 2º, da Lei nº 12.608/12, que institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC.

Por estes dispositivos, impõe-se a solidariedade entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios em adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de catástrofes, estabelecendo, inclusive, que a incerteza quanto ao risco de desastre não será óbice para a prevenção e mitigação da situação de risco. Veja-se:

“Lei nº 12.608/12. Art. 2º. É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre.

§ 1º (...)

§ 2º A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco.”

Ainda sobre as disposições desta lei, há que ser ressaltado o conteúdo dos seus artigos 7º e 8º, os quais determinam a adoção e execução

das políticas preventivas nela versadas por estados e municípios, respectivamente, em âmbito territorial e local.

“Lei nº 12.608/12. Art. 7º. Compete aos Estados:

I - Executar a PNPDEC em seu âmbito territorial; (...)”

“Lei nº 12.608/12. Art. 8º. Compete aos Municípios:

I - Executar a PNPDEC em âmbito local; (...)”

Ainda que assim não fosse, a própria Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 23, inciso VI, que é de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção do meio ambiente. E mais, em seu art. 30, estabelece a competência específica dos municípios quanto à adequação do ordenamento territorial, pelo planejamento e controle do solo urbano:

“CRFB/88. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

VI – Proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;”

“CRFB/88. 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;”

Neste passo, resta inequívoca a competência do ente municipal em dar consecução às obras necessárias ao controle de encostas sob risco geológico no Loteamento apontado na exordial.

Outrossim, não se justifica a afirmação de que a procedência do pedido violaria o princípio da separação de poderes, porquanto a jurisprudência

pátria, inclusive do STJ, permite o controle judicial de políticas públicas em casos excepcionais, mormente nos casos de inércia do Estado em assegurar a efetivação de direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana como os direitos à vida e à moradia.

O direito social à moradia (art. 6º, *caput*, da CF) é efeito direto da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF). Igualmente, a Constituição prevê que o Estado deve assegurar especial proteção à família (art. 226, da CF).

O controle de políticas públicas pelo Judiciário é de caráter excepcional e não poderá ser levado a cabo quanto se estiver diante de possível ofensa à separação de poderes. O maltrato ao princípio da separação de poderes se dá ao instante no qual é desprestigiada a discricionariedade da Administração, existente quando esta possui possibilidade de escolher entre o atuar e o não atuar.

Tratando-se da efetivação dos direitos fundamentais à vida e à moradia, há o poder-dever de atuação da Administração no sentido de prestigiar um fundamento da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, prestigiando-se assim o princípio do mínimo vital.

Não é possível imaginar um ordenamento jurídico fundado no princípio da dignidade da pessoa humana em que o Poder Judiciário mantenha-se alheio à inércia do Poder Executivo na execução de programas de proteção de habitantes de áreas de risco de deslizamentos e desabamentos, enquanto se proliferam anualmente os exemplos de desastres naturais, em sua maioria em áreas carentes, que posteriormente descobre-se que poderiam ter sido evitados com a atuação estatal.

A mitigação dos riscos não é favor que é prestado pelo Poder Público. É dever institucional imposto pela mais alta norma do nosso país: a Constituição da República.

Nesse sentido, cito trecho de voto do Ministro HUMBERTO MARTINS: "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. nº 1.185.474/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 29/04/2010)

Da mesma forma, diante da natureza dos direitos envolvidos, impossível a invocação da reserva do possível.

Vale ressaltar, que a doutrina propõe a aplicação do método de ponderação, pelo qual a prestação pleiteada pelos cidadãos deve estar cingida àquilo que se pode razoavelmente exigir do Poder Público.

Segundo tal doutrina, impende reconhecer que o direito a um mínimo vital, à educação escolar, à assistência médica, à moradia, deve ter a efetivação garantida pelo Poder Público, por conta de que é mínimo o conflito com os demais princípios constitucionais, competindo ao Judiciário assegurar-lo.

Assim, com o fito de dar efetividade aos comandos constitucionais, a luz da ideia de mínimo existencial, impõe-se a defesa da entidade familiar e do lugar em que a família reside, em detrimento do secundário interesse patrimonial da Fazenda Pública.

Logo, não há que se falar em aplicação do princípio da reserva do possível, implícito na Constituição, segundo o qual os direitos assegurados pela Carta dependem de dotação orçamentária para serem implementados pelo Estado.

Com efeito, conforme precedentes do E. STF, a cláusula da reserva do possível encontra limite na garantia constitucional do mínimo existencial, não podendo o Estado deixar de assegurar con-

dições adequadas à existência digna do cidadão.

Logo, por outro lado, deve o Estado realizar prestações positivas, de forma a viabilizar a fruição de direitos sociais básicos.

No caso em tela, requer-se a condenação do réu a adotar providências para a redução do risco de deslizamento no Loteamento Novo Lar, em Nova Friburgo.

Nesse ponto, a tutela jurisdicional está intimamente ligada ao núcleo essencial do direito fundamental à vida na medida em que o parecer elaborado pela Defesa Civil atestou que havia risco de deslizamentos na região.

Anualmente, assistimos com pesar notícias quanto à perda de vida de centenas de pessoas por conta de deslizamentos causados por fortes chuvas em nosso Estado, não podendo o Poder Judiciário manter-se inerte em relação aos pedidos de tutela jurisdicional decorrentes do total descaso da Administração com a vida dos moradores dessas comunidades.

A propósito, vale transcrever:

"APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA EM FACE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DO MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO OBJETIVANDO COMPELIR OS ENTES FEDERATIVOS A EXECUTAR INTERVENÇÕES DE ENGENHARIA, GEOTÉCNICA E URBANÍSTICA EM ÁREAS CONSIDERADAS DE RISCO, EM RAZÃO DA CATÁSTROFE NATURAL QUE ATINGIU DRÁSTICAMENTE O MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO NO ANO DE 2011. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE OBRAS DE CONTENÇÃO QUE RESTOU APURADA EM INQUÉRITOS CIVIS QUE TRAMITARAM PERANTE A PROMOTÓRIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA, TENDO COMO BASE O LAUDO DE VISTORIA TÉCNICA ELABORADO PELO DEPARTAMENTO DE RECURSO MINERAIS - DRM/RJ. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DOS ENTES PÚBLICOS.

MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. 1 - Trata-se de Ação Civil Pública visando a adoção de medidas de engenharia, geotécnica e intervenção urbanística em área considerada de alto risco de deslizamentos. 2 - Sentença de parcial procedência, condenando os réus a realizarem as intervenções descritas na inicial, no prazo de 180 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). 3 - Requerimento de atribuição de efeito suspensivo à apelação interposta pelo Município de Nova Friburgo não suscetível de apreciação, tendo em vista à inobservância da regra disposta no § 3º do artigo 1.012 do CPC. 4 - Nulidade por ausência de fundamentação que não merece ser acolhida, vez que a sentença foi devidamente fundamentada nos laudos e estudos técnicos, tendo o magistrado de 1º grau indicado o suporte fático e as correlatas normas jurídicas que entendeu aplicáveis ao caso concreto. 5 - Na presente hipótese, não há que falar em deslocamento da ação para a Justiça Federal, como pretendido pelos réus e em suas apelações, uma vez que o art. 21, XVIII da CRFB/88 não atribui à União o dever de executar obras de contenção nos limites territoriais dos Municípios, mas sim de prover, através de suplementação financeira, os entes estatais e municipais para que possam promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e inundações. Logo, a União Federal não está vinculada à execução direta e imediata de medidas de contenção de riscos geológicos, posto que a atribuição para planejar e promover a defesa permanente não se confunde com a efetiva execução de obras para recuperação de áreas atingidas. 6 - De igual modo, não há que se falar em negativa

de vigência à Lei nº 12.340/2010, pois, na realidade, a mesma dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres, de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas. Portanto, não há na referida lei qualquer dispositivo que atribua aos municípios responsabilidade exclusiva pela contenção das encostas e atividades correlatas. 7 - Competência da Justiça Estadual para o julgamento do feito, haja vista que a área atingida pelo dano ambiental é de responsabilidade do Estado e do Município. Por conseguinte, a alegada incompetência do Juízo *a quo* para o julgamento da presente Ação Civil pública, também, não merece acolhida, uma vez que o art. 2º da Lei nº 7.347/85 conferiu ao juízo do local onde ocorreu o dano a competência territorial absoluta para conhecer e julgar a demanda. Assim, a regra para fixação da competência territorial nas ações coletivas – e, por conseguinte, na ação civil pública – perpassa sempre pelo local do dano ou ilícito como juízos preponderantes. 8 - Inexistência de previsão atribuindo competência exclusiva aos Municípios pela contenção das encostas e atividades correlatas. 9 - Responsabilidade solidária dos Estados e Municípios. Assim, cabe tanto aos Estados como aos Municípios a adoção de medidas para a redução dos riscos de desastres. 10 - Intervenção do Poder Judiciário em questões envolvendo políticas públicas que se revela legítima quando necessária para assegurar e efetivar direitos fundamentais, mormente quando em risco a vida e a segurança dos cidadãos. Assim, o Poder Judiciário, em si-

tuações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. Entendimento do Supremo Tribunal Federal. 11 - O Poder Judiciário, no exercício de suas funções, pode impor ao Poder Executivo o cumprimento de direitos fundamentais, amparadas em nossa Lei Maior, não havendo que se falar em afronta ao princípio da separação dos poderes. 12 - A Administração Pública não pode invocar a cláusula da reserva para justificar o descumprimento de direitos previstos na Constituição Federal. 13 - Cerceamento de defesa que não restou demonstrado, visto que a verificação da necessidade e pertinência das provas requeridas recai sobre a análise do julgador, destinatário da prova, como se verifica no art. 370 do CPC, cumprindo-lhe deferir os meios instrutórios para a formação de sua convicção. 14 - Razoabilidade do prazo de 180 dias imposto aos réus para o cumprimento da obrigação, assim como do valor da multa diária fixada em R\$ 2.000,00 em caso de descumprimento. 15 - Manutenção da sentença que se impõe. 16 - Recursos desprovidos.” (0013748- 27.2016.8.19.0037 - Apelação. Des(a). ÁLVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA - Julgamento: 23/10/2019 - Vigésima Quarta Câmara Cível)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS - OBRAS DE CONTENÇÃO, ESTABILIZAÇÃO E DRENAGEM EM ENCOSTAS COM RISCO GEOLÓGICO - MUNICÍPIO DE NOVA FRIBURGO. Ação civil pública. Implemento de políticas públicas. Realização de obras de contenção, estabilização e drenagem necessárias nas encostas com risco geológico, em áreas descritas na inicial, jun-

to ao Município de Nova Friburgo, que fora atingido por catástrofe climática, no mês de janeiro de 2011. Ausência de interesse da União Federal a justificar sua inclusão no polo passivo e o respectivo reconhecimento da competência da Justiça Federal. Necessidade de recuperação ambiental, a fim de se evitar novos deslizamentos de terra. Possibilidade do Poder Judiciário fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Inexistência de afronta ao princípio da separação dos poderes. Princípio da reserva do possível. Inteligência da Súmula nº 241, do TJRJ. Honorários advocatícios. Conforme o entendimento jurisprudencial do STJ, não é cabível a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Ministério Público nos autos de Ação Civil Pública. Sentença confirmada. Recursos conhecidos e desprovidos.” (0011816-43.2012.8.19.0037 - Apelação / Reexame Necessário. Des(a). RICARDO COUTO DE CASTRO - Julgamento: 24/05/2017 - Sétima Câmara Cível.)

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRAGÉDIA QUE SE ABATEU SOBRE A REGIÃO SERRANA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DEVIDO ÀS FORTES CHUVAS OCORRIDAS NO MÊS DE JANEIRO DE 2011. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE OBRAS DE CONTENÇÃO, ESTABILIZAÇÃO E DRENAGEM NAS ENCOSTAS DE RISCO GEOLÓGICO IMINENTE, NA LOCALIDADE CHAMADA "RIOGRANDINA". COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. Agravo retido que deve ser desprovido. Cerceamento de defesa. Inexistência. O Juiz é o destinatário da prova, na forma do art. 370 do CPC. Inexiste qualquer nulidade na sentença, que se encontra devidamente fundamentada nas provas existentes nos presentes autos. Não

há que falar em chamamento da União ao processo, por não se tratar, a presente hipótese, de litisconsórcio necessário. Município e Estado legitimados a responder pela obrigação de fazer pretendida pelo Ministério Público. Responsabilidade solidária. Cabe tanto aos Estados como aos Municípios a adoção de medidas para a redução dos riscos de desastres. In casu, para justificar a sua inércia, os entes Públicos se socorrem na "reserva do possível e na separação dos poderes". No entanto, a intervenção do Poder Judiciário em questões inerentes à noção de política pública revela-se legítima quando necessária a assegurar e efetivar direitos fundamentais, como no presente caso, em que a vida e a segurança de centenas de pessoas encontram-se em situação de perigo. Por sua vez, há princípios norteadores no sistema jurídico brasileiro que, de tão relevantes, não podem sucumbir diante de argumentos orçamentários genéricos, sendo inaplicável, na presente hipótese, o princípio da reserva do possível. Razoável e correto o arbitramento da multa diária. Condenação do Município ao pagamento da taxa judiciária. É pacífico o entendimento de que o Ministério Público, quando autor da demanda coletiva, não faz jus aos honorários advocatícios, uma vez que a propositura da ação civil pública constitui função institucional. Levando-se em conta a data da tragédia, janeiro de 2011, merece ser mantido o prazo de 120 (cento e vinte) dias para realização da obrigação de fazer, tendo em vista que os Entes Públicos tiveram mais de 06 (seis) anos para realizarem obras na localidade descrita na inicial. No entanto, mantiveram-se inertes até a presente data. Recursos desprovidos. Reforma da sentença, de ofício, para afastar a condenação da parte ré ao

pagamento dos honorários advocatícios, bem como condenar o Município de Nova Friburgo ao pagamento da taxa judiciária." (0012107-09.2013.8.19.0037 – Apelação. Des(a). CARLOS EDUARDO MOREIRA DA SILVA - Julgamento: 15/08/2017 - Vigésima Segunda Câmara Cível)

Por fim, ressalta-se que o prazo fixado para realização das obras não se mostra exíguo, ainda mais se considerado que o município é conhecedor dos problemas retratados nos autos desde os idos de 2013, ou seja a edilidade dispôs de mais de sete anos para reverter a perigosa situação local, não havendo notícias de que tenha sido tomada qualquer providência neste sentido até o momento.

Quanto aos honorários advocatícios recursais, deixo de arbitrá-los em respeito à disciplina especial da Lei nº 7.347/85.

Por tais fundamentos, conheço e nego provimento ao recurso.

RIO DE JANEIRO, 23 DE MARÇO DE 2020.
DES^a. RENATA MACHADO COTTA
RELATORA

ADMINISTRATIVO. POLÍCIA MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO. ENVOLVIMENTO EM CRIME DE LESÃO CORPORAL. NÃO COMPROVAÇÃO. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO ADMINISTRATIVO. CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADOS DA PMERJ. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. 1) Embora seja defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabe-lhe examiná-lo sob o aspecto da legalidade. 2) A Administração Pública tem liberdade para estabelecer as bases dos concursos que organiza, desde que com observância aos princípios da legalidade,

impessoalidade e razoabilidade. 3) Eliminação de candidato fundamentada em resultado de investigação social, a qual constatou que aquele estaria envolvido em crime de lesão corporal. 4) Procedimento que restou arquivado ainda no âmbito policial. 5) Demandante que colacionou aos autos certidão de antecedentes criminais a qual restou demonstrada a inexistência de qualquer anotação em seu nome. 6) Irrazoabilidade na desclassificação levada a efeito com base em tal fundamento, uma vez que não há nos autos notícia ou a descrição de qualquer fato dando conta de conduta inidônea imputada ao candidato, capaz de comprometer a sua incorporação às fileiras da Polícia Militar. 7) Precedentes do E. STF. 8) Não obstante o autor apelante tenha decaído de parte dos seus pedidos, os honorários advocatícios de sucumbência foram compensados, contrariando expressa previsão legal do artigo 85, § 14 do CPC/2015. Nesse sentido, diante do que restou decidido nos autos, à sucumbência deve o ente réu arcar com os honorários de sucumbência do patrono da parte autora, os quais estabeleço em R\$ 1.000,00, nos termos do artigo 85, § 8º do CPC/2015. 8) Recurso interposto pelo Estado do Rio de Janeiro ao qual se nega provimento. 9) Recurso do autor ao qual se dá provimento. 10) Sentença que se reforma em sede de reexame necessário para estabelecer que a parte autora também deverá arcar com os honorários advocatícios da parte adversa, os quais, de igual sorte, estabeleço em R\$ 1.000,00, observada a gratuidade de justiça inicialmente conferida ao demandante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0386811-28.2013.8.19.0001, que são Apelantes Estado do Rio de Janeiro e Leonidas Henrique do Amaral de Paula e Apelados Os Mesmos.

Acordam os desembargadores que integram a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao primeiro recurso, dar provimento ao segundo apelo, e reformar em parte a sentença, em sede de reexame necessário, nos termos do voto do relator.

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos, impõe-se o conhecimento dos recursos de apelação, os quais, inclusive, devem ser apreciados em conjunto.

Examinando a petição inicial, observa-se que, ao postular a anulação do ato administrativo que não o admitiu no Curso de Formação de Soldados da PMERJ, o autor fundamenta seu pedido em suposta ilegalidade e inconstitucionalidade da norma do edital que prevê o exame social como etapa do concurso, bem como na inexistência de prova da situação fática alegada como motivo determinante da sua reprovação no certame.

Cumprido ressaltar, de início, que embora seja defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabe-lhe examiná-lo sob o aspecto da legalidade. Nesta linha, não existe óbice para que se analise o motivo da reprovação do candidato, se em conformidade ou não com a lei e com os princípios que devem reger a atuação da Administração Pública, dentre os quais o da razoabilidade.

Assentada tal premissa, passa-se ao exame do caso em si.

Cabe, de plano, salientar que a jurisprudência do STJ já assentou entendimento de que o Edital do concurso público pode exigir a avaliação de conduta social, como requisito essencial para a aprovação do candidato, tendo ainda firmado compreensão no sentido de que é discricionário o poder do administrador de avaliar se a conduta moral e social do candidato, no decorrer de sua vida, guarda compatibilidade com as exigências da atividade inerente ao cargo pretendido.

De fato, a Administração Pública tem o poder de impor requisitos para admitir servidores em

seus quadros, sendo que as normas apostas aos editais reguladores dos certames decorrem de seu poder discricionário.

No caso, a celeuma gira em torno da regra editalícia trazida pelo item 4.7, segundo a qual o candidato, caso possua antecedentes criminais, deverá comprovar a situação mediante apresentação de certidões a fim de ser analisada a incompatibilidade de eventuais registros com os princípios e valores éticos dos policiais militares.

Neste aspecto, tem-se que a despeito da discricionariedade administrativa, o fato é que a liberdade para que a Administração Pública estabeleça as bases dos concursos que organiza é limitada pelos princípios que a norteiam, sobretudo os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da inocência, os quais não foram observados na situação em exame.

Nesta senda, verifica-se que o candidato foi eliminado do certame com base no seguinte fundamento, *in verbis*:



É certo que o candidato ao se inscrever para o concurso em tela concordou com as regras estabelecidas pelo aludido edital, todavia, também é certo que não há razoabilidade na desclassificação de um candidato quando não há, nos

autos, qualquer notícia ou, ainda, a descrição de qualquer fato dando conta de conduta inidônea imputada ao recorrido, capaz de comprometer a sua incorporação às fileiras da Polícia Militar.

Note-se que o procedimento registrado em delegacia por suposta prática de crime de lesão corporal restou arquivado, inclusive, em sede policial, sem maiores consequência para o autor, diante das alegações do Promotor de Justiça de que a natureza e a localização das lesões da vítima, segundo laudo médico, guardam relação com as informações prestadas pelo demandante no sentido de que apenas seguiu a sua prima para evitar que o agredisse, tendo esta caído com o desenrolar dos fatos (f. 72/73 – indexador 66).

Impende destacar, ainda, que o demandante colocou aos autos certidões de antecedentes criminais a f. 75/78 (indexador 75), as quais demonstravam, à época, a inexistência de qualquer anotação em seu nome.

Assim sendo, se não há qualquer antecedente criminal em seu nome, não há de falar-se em descumprimento de qualquer item do edital do certame e, portanto, da eliminação do candidato com fundamento em prática de crime pelo qual tenha sido condenado por decisão transitada em julgado.

Nesse sentido, confira-se o que já se decidiu no STF:

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. CANDIDATO. ELIMINAÇÃO NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE CARATER CONDENATÓRIO. PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA LEGALIDADE. AS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL NÃO SÃO APTAS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS QUE LASTREARAM A DECISÃO AGRAVADA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 26/10/2012. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que viola

o princípio da presunção de inocência a exclusão de certame público de candidato que responda a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastream a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido.

(ARE nº 754.528 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/08/2013, Acórdão Eletrônico Dje - 172 Divulg 02/09/2013 Public 03/09/2013)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 08/10/2013. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO DE CANDIDATO EM INVESTIGAÇÃO SOCIAL. ART. 5º, LVII, DA CF/88. VIOLAÇÃO. 1. Nos termos da jurisprudência dominante nesta Corte, viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que respondeu a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado de sentença condenatória. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE nº 655.179 AgR - segundo, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/10/2016, Acórdão Eletrônico Dje - 244 Divulg 17/11/2016 Public 18/11/2016)

Dessa forma, inegável o excesso praticado pela autoridade ao excluir do certame o candidato, pelo que a sentença deve ser mantida neste parte.

Contudo, assiste razão ao autor recorrente no que tange à fixação dos honorários advocatícios de sucumbência.

Não obstante o autor apelante ter decaído de parte dos seus pedidos, os honorários advocatícios de sucumbência foram compensados, contrariando expressa previsão legal do artigo 85, § 14 do CPC/2015.

Assim, diante do deslinde do feito, deve ser acolhido o apelo autoral para se determinar a redistribuição dos ônus da sucumbência, pelo que o ente réu deverá arcar com os honorários de sucumbência do patrono da parte autora, os quais estabeleço em R\$ 1.000,00, nos termos do artigo 85, § 8º do CPC/2015, diante da pouca complexidade da causa, iguais a tantas outras deste Tribunal.

Já em sede de reexame necessário, a sentença deve ser reformada para estabelecer que a parte autora também deverá arcar com os honorários advocatícios da parte adversa, os quais, de igual sorte, estabeleço em R\$ 1.000,00, observada a gratuidade de justiça conferida a f. 115 (indexador 115).

Ante o exposto, voto no sentido de se negar provimento ao primeiro apelo, interposto pelo ente réu; e dar provimento ao segundo para estabelecer que o ente réu deverá arcar com os honorários de sucumbência do patrono da parte autora, os quais estabeleço em R\$ 1.000,00, nos termos do artigo 85, § 8º do CPC/2015.

Já em sede de reexame necessário, a sentença deve ser reformada para estabelecer que a parte autora também deverá arcar com os honorários advocatícios da parte adversa, os quais, de igual sorte, estabeleço em R\$ 1.000,00, observada a gratuidade de justiça inicialmente conferida ao demandante.

RIO DE JANEIRO, 31 DE MARÇO DE 2020.
DES. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES
RELATOR

CDC. IDOSA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SAQUES BANCÁRIOS INDEVIDOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO DO EMPREENHIMENTO. SÚMULA Nº 297 DO STJ.

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. OPERAÇÕES BANCÁRIAS FRAUDULENTAS. SAQUES. IDOSA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. NÃO COMPROVAÇÃO. FORTUITO INTERNO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO POR AUSÊNCIA DE SEGURANÇA E EFICIÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES E DANO MORAL. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cuida-se de ação indenizatória por danos morais e materiais, na qual a parte autora alega ter sido vítima de saques praticados mediante fraude, efetivados por terceiro.
2. A sentença julgou procedentes os pedidos.
3. Apela somente o banco réu.
4. O recurso é tempestivo, estando presentes todos os requisitos de admissibilidade.
5. A relação jurídica existente entre as partes, é, por óbvio, de consumo, uma vez que se adequam à previsão dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/90; nos termos, ainda, da Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.
6. Deve incidir o artigo 14 do citado diploma legal, consoante a Teoria do Risco do Empreendimento.
7. Na hipótese, discute-se a legitimidade dos saques praticados na conta-corrente da autora, com a apuração dos danos materiais e morais sofridos pela autora.
8. A autora, idosa, e que recebia seu benefício

previdenciário na conta objeto dos saques, produziu as seguintes provas: apresentação dos extratos bancários, contestação e discriminação dos saques, totalizando o montante de R\$ 55.355,00, datada de 05/07/2017, que teve resposta negativa da instituição, em missiva datada de dia 10 de julho de 2017, apresentação dos protocolos de atendimento da autora nos dias 28/06/2017 e 29/06/2017, quando afirmou que foi instruída a realizar a biometria, tendo cessados os saques após o procedimento.

9. Tem-se do conjunto probatório dos autos, ainda, que a apelada, idosa, com 76 anos, não tinha histórico de realização de saques na forma do ocorrido, em grandes quantias, numerosos, e em caixa eletrônico.

10. A verossimilhança da narrativa autoral não restou afastada pelo banco apelante, que defendeu a ocorrência de culpa exclusiva de terceiro, sob a alegação de que as operações não poderiam ter sido efetivadas sem a senha pessoal do consumidor.

11. Instado a produzir provas, o réu ficou-se inerte, não logrando êxito em comprovar que teria a apelada fornecido senha à qualquer pessoa, tampouco desconstituiu os fatos apresentados pela autora, não se desincumbindo de seu ônus probatório esculpido no artigo 373, II, do NCPC.

12. Resta nítido o nexos causal entre a falha de segurança e eficiência da empresa apelante e o cometimento das operações fraudulentas por terceiro.

13. Não há como negar que a conduta de terceiro fraudador se relaciona com os riscos da atividade desenvolvida, razão pela qual os danos dela decorrentes são considerados fortuito interno, não havendo ruptura do nexos de causalidade, ao que a responsabilização civil do fornecedor se mantém.

14. Súmulas nº 479 do STJ e 94 deste Tribunal de Justiça.

15. Incontroversa a fraude, deve ter o consumidor o seu patrimônio restabelecido, notadamente em razão da comprovação efetiva dos descontos, consoante a declaração do banco apelante contida na contestação dos débitos, pelo que a condenação na devolução do valor de R\$ 55.355,00, atualizado, deve se manter.

16. Já quanto ao dano moral, tal reparação advém, frise-se, dos evidentes transtornos de ordem psíquica, notadamente pela negativa de resolução do conflito na seara administrativa, bem como em razão dos demais prejuízos que toda fraude acarreta, notadamente quando se trata de subtração financeira em conta na qual a apelada, idosa, recebe o seu benefício por pensão por morte, destinado à sua subsistência.

17. Quantum indenizatório razoável e proporcional aos danos sofridos. Manutenção. Precedentes.

18. Desprovimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0026751-90.2017.8.19.0206, que é Apelante Banco do Brasil S.A. e Apelado Catarina Deusa de Souza Alves.

Acordam os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

VOTO

C.D.S.A. ajuizou “Ação Indenizatória Com Pedido de Danos Morais”, em face do Banco do Brasil S.A, alegando, em síntese, que possui conta-corrente junto ao banco-réu, vinculada à uma conta-poupança, utilizada para receber benefício previdenciário do INSS, por morte de seu esposo, no valor de R\$ 1.725,89. Disse que sempre efe-

tuou saques dentro do interior da agência, diretamente com o funcionário, no caixa. Contou que esteve na Agência do Banco do Brasil em Itaoca Praia e, depois de entrevistar-se com a gerência local, restou constatado a existência de saques frequentes, realizados em suas contas, com início no mês de junho de 2016, totalizando um prejuízo financeiro na ordem de R\$ 55.355,00. Alegou que houve diversos saques em sua conta-poupança, por intermédio de cartão magnético. Aduziu que protocolou contestação dos saques na Agência em itaoca Praia, no dia 05 de julho de 2017, sob o número 2017-1257-000000028, que teve resposta negativa da instituição, em missiva datada de dia 10 de julho de 2017. Contou que os saques, iniciados em 20/06/2016, somente cessaram a partir do mês de junho de 2017, quando recebeu instruções da Gerente Nádia para realizar o procedimento biométrico. Pediu a devolução de todos os valores suprimidos das contas, corrente e poupança, desde 20/06/2016, valor estimado em R\$ 55.355,00, e danos morais.

Decisão a f. 51, concedendo a gratuidade de justiça.

Sentença a f. 190/191, julgando procedentes os pedidos, para condenar o réu na devolução da quantia de R\$ 55.355,00, acrescida de correção monetária na forma da lei e juros de 1,00% ao mês, contados desde cada desconto e danos morais no valor de R\$ 5.000,00, acrescido de correção monetária na forma da lei deste a data da presente sentença e juros de mora de 1% ao mês, estes contados desde a data da citação. Condenou a autora ao pagamento de 20% das custas/taxas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 4.500,00, observada a gratuidade de justiça. Condenou o réu ao pagamento de 80% das custas/taxas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação.

Apela o réu a f. 195, alegando que as transações alegadas foram efetivadas com cartão e senha, sendo de responsabilidade exclusiva da

autora. Pede a improcedência ou a redução do valor do dano moral.

Contrarrazões a f. 218, da parte autora, pela manutenção da sentença.

VOTO

O recurso é tempestivo, estando presentes todos os requisitos de admissibilidade.

De início, registre-se que a relação jurídica existente entre as partes, é, por óbvio, de consumo, uma vez que se adequam à previsão dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/90; nos termos, ainda, da Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Deve incidir, pois, o artigo 14 do citado diploma legal, que atribui ao fornecedor de bens e serviços o dever de responder, independentemente de culpa, pelos fatos e vícios resultantes de seu negócio, já que a sua responsabilidade decorre da atividade de produzir, distribuir, comercializar ou executar determinados serviços, consoante a Teoria do Risco do Empreendimento.

Na hipótese, discute-se a legitimidade dos saques praticados na conta-corrente da autora, com a apuração dos danos materiais e morais sofridos pela autora.

O réu apela pela improcedência da ação, alegando que as operações foram efetuadas mediante senha pessoal, pelo que seriam de responsabilidade exclusiva da autora, pedindo, alternativamente, a redução da quantia fixada para o dano moral.

Pois bem.

Na hipótese, a autora, idosa, e que recebia seu benefício previdenciário (R\$ 1.725,89 - f. 46) na conta objeto dos saques, produziu as seguintes provas: (i) apresentação dos extratos bancários (f. 21/41), (ii) contestação e discriminação dos saques a f. 13/18, totalizando o montante de R\$ 55.355,00 (f. 16), datada de 05/07/2017, sob o número 2017-1257-000000028, que teve resposta negativa da instituição, em missiva

datada de dia 10 de julho de 2017 (f. 48), (iii) apresentação dos protocolos de atendimento da autora nos dias 28/06/2017 e 29/06/2017 (f. 20/21), quando afirmou que foi instruída a realizar a biometria, tendo cessados os saques após o procedimento.

Tem-se do conjunto probatório dos autos, ainda, que a apelada, idosa, com 76 anos, não tinha histórico de realização de saques na forma do ocorrido, em grandes quantias, numerosos, e em caixa eletrônico.

A verossimilhança da narrativa autoral, pois, não restou afastada pelo banco apelante, que defendeu a ocorrência de culpa exclusiva de terceiro, sob a alegação de que as operações não poderiam ter sido efetivadas sem a senha pessoal do consumidor.

Frise-se que, instado a produzir provas, o réu ficou-se inerte (f. 188).

Assim, o apelante não logrou êxito em comprovar que teria a apelada fornecido senha a qualquer pessoa, tampouco desconstituiu os fatos apresentados pela autora, não se desincumbindo de seu ônus probatório esculpido no artigo 373, II, do NCPC.

Posto isto, resta nítido o nexa causal entre a falha de segurança e eficiência da empresa apelante e o cometimento das operações fraudulentas por terceiro.

Não há como negar, inclusive, que a conduta de terceiro fraudador se relaciona com os riscos da atividade desenvolvida, razão pela qual os danos dela decorrentes são considerados fortuito interno, não havendo ruptura do nexa de causalidade, ao que a responsabilização civil do fornecedor se mantém.

É nesse sentido, inclusive, o entendimento esposado nas súmulas nº 479 do STJ e nº 94 deste Tribunal de Justiça, a saber:

STJ, Súmula nº 479 – “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos

danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”.

TJRJ, Súmula nº 94 – “CUIDANDO-SE DE FORTUITO INTERNO, O FATO DE TERCEIRO NÃO EXCLUI O DEVER DO FORNECEDOR DE INDENIZAR”.

Dessa forma, evidente a falha na prestação do serviço, devendo haver a consequente reparação civil, seja de natureza material, seja de natureza moral.

Incontroversa a fraude, deve ter o consumidor o seu patrimônio restabelecido, notadamente em razão da comprovação efetiva dos descontos, consoante a declaração do banco apelante contida na contestação dos débitos a f. 16, pelo que a condenação na devolução do valor de R\$ 55.355,00, atualizado, deve se manter.

Já quanto ao dano moral, tem-se acertadamente identificado pelo Juízo *a quo*.

Tal reparação advém, frise-se, dos evidentes transtornos de ordem psíquica, notadamente pela negativa de resolução do conflito na seara administrativa, bem como em razão dos demais prejuízos que toda fraude acarreta, notadamente quando se trata de subtração financeira em conta na qual a apelada, idosa, recebe o seu benefício por pensão por morte, destinado à sua subsistência.

No caso em apreço, pois, o montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) mostra-se de acordo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como ao caráter punitivo, pedagógico e preventivo da verba reparatória, além não destoar do comumente arbitrado por esta eg. Corte em casos parecidos, senão vejamos:

Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenizatória. Compra parcelada efetuada por meio de cartão de crédito, não reconhecida. Sentença de procedên-

cia. Relação de consumo. Responsabilidade civil objetiva - art. 14 do CDC. Fraude perpetrada por terceiro. Ausência de prova de fato da vítima. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento no sentido de que as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados pelo fortuito interno, relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias, pois esse tipo de evento caracteriza-se como risco inerente à atividade econômica desenvolvida - Súmula nº 479 do STJ. Devolução em dobro dos valores indevidamente cobrados e pagos pela consumidora - parágrafo único do art. 42 do CDC. Danos morais configurados e fixados com moderação em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com juros de mora a contar da citação e correção monetária a partir do arbitramento - Súmula nº 362 do STJ. Honorários recursais. Recurso não provido. (TJRJ; 205505-24.2016.8.19.0001 – Apelação - Des. MAURÍCIO CALDAS LOPES - Julgamento: 10/10/2018 - Décima Oitava Câmara Cível).

DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. MOVIMENTAÇÕES NÃO RECONHECIDOS PELO AUTOR. RELATO COE-SSO E VEROSSÍMIL. PARTE QUE EFETUOU RECLAMAÇÃO E REALIZOU O BOLETIM DE OCORRÊNCIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA, NA FORMA DO ART. 14 DO CDC. FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIROS QUE NÃO EXCLUI O DEVER DE INDENIZAR. TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. DANO MATERIAL CORRESPONDENTE AO VALOR DAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS NÃO RECONHECIDAS. DANO MORAL CONFIGURADO E QUE DEVE SER REDUZIDO A FIM DE SE ADEQUAR AOS PARÂMETROS DESTA CÂMARA.

ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PROVIMENTO AO RECURSO DE FORMA PARCIAL, PARA REDUZIR O QUANTUM INDENIZATÓRIO PARA R\$ 3.000,00 (Três Mil Reais). (TJRJ; Apelação 0018635-44.2016.8.19.0202 – Des. ANTÔNIO CARLOS ARRABIDA PAES - Julgamento: 05/09/2018 - Vigésima Terceira Câmara Cível).

Portanto, a sentença não merece qualquer reparo.

Finalmente, com o desprovimento do recurso, impõe-se o incremento da verba honorária em desfavor do apelante, conforme artigo 85, § 11, CPC/15, devendo ser majorada em 5% sobre o valor da condenação, em observância aos §§ 2º e 3º do mesmo artigo.

Face ao acima exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se o julgado incólume. Honorários sucumbenciais recursais, na forma do artigo 85, § 11 c/c §§ 2º e 3º, CPC/2015, majorados em 5% do valor da condenação, em desfavor do réu apelante.

RIO DE JANEIRO, 13 DE FEVEREIRO DE 2019.
DES^a. MÔNICA MARIA COSTA
RELATORA

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCON. AUTARQUIA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. BANCO. INFRAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. MULTA. PEDIDO DE ANULAÇÃO. RECLAMAÇÃO DE CONSUMIDORES. EMPRÉSTIMOS NÃO REALIZADOS. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA.

APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTAS ADMINISTRATIVAS IMPOSTAS PELO PROCON. INFRAÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE MERECE EM PARTE REPARO. ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO FISCALIZADOR PARA APURAR E APLICAR MULTA POR INFRAÇÕES AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

RESPEITADO O DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO PARA A FIXAÇÃO DAS MULTAS. LIMITAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO AO CONTROLE DA LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. VALOR DAS MULTAS QUE NÃO RESPEITOU A FÓRMULA ESTIPULADA PELA LEI ESTADUAL Nº 6.007/11 E ARTIGO 57 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INOBSERVÂNCIA DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019375-52.2018.8.19.0001, em que são Apelantes Banco Votorantim S/A e BV Financeira S/A - Crédito Financiamento e Investimento e Apelado PROCON RJ - Autarquia de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta por Banco Votorantim S/A e BV Financeira S/A - Crédito Financiamento e Investimento, contra sentença de f. 473/477, prolatada pelo Juízo da 16ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, que julgou improcedentes os pedidos formulados, nos seguintes termos:

“...Assim, não se verifica qualquer ilegalidade em nenhum nos atos punitivos, tampouco desrespeito à proporcionalidade ou razoabilidade na fixação das multas.

Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos iniciais, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, na forma do art. 85, § 4º, III, do CPC.”

Alegam os Apelantes em suas razões recursais de f. 506/519, em breve síntese, que suas condutas foram regulares e que as multas aplicadas pelo Procon não se enquadram nos casos propostos pelos consumidores. Ressaltam que ocorreu desrespeito dos princípios norteadores dos atos administrativos, inexistência da infração, em razão de ausência de comprovação de que as alegações dos consumidores estariam de acordo com a realidade dos fatos e não realização de perícia para demonstrar se as contratações realmente decorreram de fraude.

Sustentam ainda, que a decisão administrativa não guarda relação com os fatos noticiados pelos consumidores quanto à ocorrência de fraude nas contratações, enquanto uma das decisões descreve legislação que nada se relaciona com o caso (f. 509).

Ressaltaram que após analisarem as reclamações dos consumidores, cancelaram os contratos.

Enfatizaram que a regra de contratação no direito de consumidor é utilizada a modalidade de adesão e que a situação apontada se amolda na excludente de responsabilidade prevista no § 3º do art. 14 do CDC e a ausência de motivação no processo administrativo violando o art. 50 da Lei nº 9.784/99, incidindo a aplicação de vultosa multa por infração aos artigos 42 e 6º, ambos do Código de Defesa do Consumidor, e artigos 5º e 6º da Lei Estadual nº 9.870/99.

Por fim, requereu, subsidiariamente, caso não seja acolhida a tese de ilegalidade das multas aplicadas, a redução do valor das mesmas, pois ocorreu a violação aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e o da indivisibilidade prevista no art. 57 da Lei Consumerista.

O apelado apresentou suas contrarrazões a f. 540/563, pugnando pela manutenção na íntegra da sentença atacada.

Instada a se manifestar, a Doutra Procuradoria de Justiça oficiou a f. 579/586, (i.e. 000579), pelo não provimento do recurso, para a integral manutenção da sentença.

VOTO

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual deve ser recebido nos seus regulares efeitos.

Trata-se de ação proposta pelos bancos apelantes almejando a anulação da multa administrativa imposta pelo Procon/RJ, em virtude de violação das regras previstas no CDC.

Alegaram os apelantes que as penalidades impostas decorrem de processo administrativo instaurados em virtude de reclamações de consumidores.

A sentença não merece reforma, pois aos apelantes foram assegurados o contraditório, a ampla defesa e oportunizada a produção de provas, sendo que os mesmos se quedaram inertes.

Com efeito, cabe aos autores a prova do fato constitutivo do seu direito na forma do art. 373, I, do CPC, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Pois bem, a sentença vergastada apreciou bem os fatos noticiados e fundamentou de forma suficiente, não havendo qualquer prova de que os contratos bancários foram celebrados pelos consumidores reclamantes, o que afastaria a aplicação das multas.

Ademais, inexistente ilegalidade na aplicação das penalidades, isto é, pois as multas foram decorrentes de processo administrativo, em que também foi assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Ressalte-se que mesmo sendo contrato de adesão firmado pelos consumidores, tal fato não exclui a responsabilidade do fornecedor de analisar a veracidade das declarações prestadas pelos pretendentes.

Na hipótese em exame, constata-se que o Procon/RJ, dentro da área de suas atribuições,

instaurou dois processos contra os apelantes em virtude de reclamações dos consumidores Jardir Correa e Maria de Fátima Rodrigues do Espírito Santo, em que ambos negaram a solicitação de empréstimos nos valores de R\$ 2.995,80, R\$ 4.125,40 e R\$ 436,61.

Assim, o Procon decidiu pelo acolhimento das reclamações e aplicou multas nos valores de R\$ 34.986,67 e R\$ 52.240,00, respectivamente.

Pois bem, a infração administrativa restou comprovada, eis que os consumidores reclamantes não solicitaram empréstimos, o que enseja incidência de multa administrativa.

Com efeito, o controle judicial do ato administrativo é limitado a sua legitimidade e legalidade, sob pena de violação ao princípio constitucional da separação de poderes.

Assim, os apelantes não conseguiram demonstrar qualquer violação aos princípios constitucionais ou desvio de finalidade pelos atos praticados pelo apelado a ensejar a anulação dos mesmos.

No entanto, o CDC no art. 57 e o art. 28 do Decreto nº 2.181/97, editado de acordo com a Lei nº 8.656/93 e Lei nº 6.007/2011, estabeleceu normas gerais para a aplicação das sanções administrativas.

No tocante às multas fixadas, verifica-se que as mesmas não atenderam os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e assim, devem ser reduzidas.

Na hipótese dos autos, as multas se afiguraram excessivas e desproporcionais à infração praticada pelos apelantes, levando em conta os valores dos supostos empréstimos seriam de valores e portanto, merece reforma parcial da sentença para reduzir pela metade os valores das multas para R\$ 17.493,34 e R\$ 26.120,00, respectivamente a fim de observar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

De acordo com a Jurisprudência:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON. CONTROLES DE LEGALIDADE E RAZOABILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PELO JUDICIÁRIO. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA, POSTO QUE A DECISÃO ESTÁ DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. MULTA ARBITRADA QUE SE MOSTRA DESPROPORCIONAL, ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO, DEVENDO SER REDUZIDA. A decisão administrativa proferida pela autarquia homologou o parecer exarado pela assessoria jurídica, não havendo ilegalidade no procedimento. Contudo, a multa foi fixada de forma desproporcional, considerando as circunstâncias do caso. Cobrança indevida do valor de aproximadamente R\$ 30,00 que ensejou aplicação de multa no valor de R\$ 186.000,00. Não se pode confirmar multa que assume patamar exorbitante, apenas em razão da elevada capacidade econômica da empresa, sem se considerar a baixíssima gravidade da infração, a ausência de vantagem econômica e o fato de que o fornecedor adotou medidas para reverter as consequências da infração, com ressarcimento dos valores em dobro. Redução que se impõe, em respeito ao princípio da proporcionalidade. Recurso conhecido e parcialmente provido. 0076398-53.2018.8.19.0001 – Apelação 1ª Ementa Des(a). MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO - Julgamento: 28/08/2019 - Quarta Câmara Cível”

Outrossim, fixo os honorários advocatícios em favor dos apelantes em 10% do valor atualizado da causa.

Por tais fundamentos, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para reduzir as multas aplicadas em R\$ 17.493,34 e R\$ 26.120,00, mantendo-se a sentença nos demais

termos, fixados honorários sucumbenciais em 10% do valor atualizado da causa.

RIO DE JANEIRO, 28 DE JANEIRO DE 2020.
DES^a. LÚCIA REGINA ESTEVES MAGALHÃES
RELATORA

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRATO TEMPORÁRIO. DIREITOS SOCIAIS GARANTIDOS. DÉCIMO TERCEIRO PROPORCIONAL. FÉRIAS PROPORCIONAIS. IRRELEVÂNCIA DE PREVISÃO EM NORMA MUNICIPAL. NORMA CONSTITUCIONAL QUE SE APLICA.

Direito Administrativo. Servidor contratado na forma do art. 37, IX, CF. Férias. Art. 39, § 3º. CF. Apelação desprovida.

1. Ao servidor temporário contratado nos termos do art. 37, IX, CF, aplicam-se os direitos sociais previstos no art. 39, § 3º. CF, dentro os quais, o de gozar férias, com o acréscimo de 1/3 em sua remuneração.
2. Adequação do dispositivo quanto à correção monetária e aos juros de mora ao decidido pelo STF.
3. Apelação a que se nega provimento. Reforma parcial da sentença de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0001119-62.2014.8.19.0046, em que é Apelante Município de Rio Bonito e Apelado V.P.M.,

Acordam os Desembargadores da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade de votos, em conhecer da apelação e negar-lhe provimento, reformando parcialmente a sentença de ofício, nos termos do voto do Sr. Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de cobrança proposta pelo apelado em face do apelante.

Na inicial, conta o autor que foi contratado pelo réu para exercer a função de auxiliar de serviços diversos pelo período de 16/11/2009 a 31/12/2012. Alega que nunca gozou ou recebeu qualquer valor a título de férias. Afirma ainda que faz jus ao recebimento dos depósitos fundiários.

Requer a condenação do réu ao pagamento dos valores devidos a título de férias e FGTS.

A r. sentença de f. 67/69 julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar o réu ao pagamento das férias proporcionais, acrescidas do terço constitucional, referentes aos períodos mencionados na inicial relativos ao exercício da função no cargo de auxiliar de serviços diversos, valores a serem calculados na fase de liquidação e atualizados com juros de mora e correção monetária na forma da Lei nº 11.960/09 até 25/03/2015 e, após, pelo IPCA-E como índice de atualização e juros da poupança. Determinou o rateio das custas processuais, observada a gratuidade de Justiça do autor e a isenção do réu, salvo em relação à taxa judiciária. Condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor da condenação e o autor ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 500,00, observada a gratuidade de Justiça deferida. Deixou de submeter a sentença ao reexame necessário.

Apela o réu a f. 70/73. Sustenta a prescrição parcial da pretensão autoral. Alega que a contratação temporária é prevista pela Lei Municipal nº 708/98. Argumenta que o regime especial de contratação não prevê os direitos postulados pelo autor. Aduz que não há previsão legal para o pagamento de férias proporcionais. Afirma que, ante a sucumbência recíproca, deve o autor ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios. Requer o provimento da apelação para julgar-se improcedente o pedido acolhido.

As contrarrazões de f. 76/80 prestigiam o julgado.

A d. Procuradoria de Justiça não vislumbrou interesse público a resguardar.

É o relatório.

VOTO

O recurso de apelação é tempestivo, adequado e isento de preparo, nos termos do art. 1.007, § 1º., CPC. Impõe-se seu conhecimento.

Ante o valor da remuneração do apelado – f. 14 e f. 54, a condenação é manifestamente inferior a 100 salários-mínimos, pelo que não está sujeita a sentença ao reexame necessário, na forma do art. 496, § 3º., III, CPC.

Não merece provimento a apelação. Reforma-se parcialmente a sentença de ofício.

Inicialmente, afasta-se a alegação de prescrição do fundo de direito.

Em se tratando de ato omissivo, a prescrição é apenas das parcelas vencidas há mais de cinco anos. Aplica-se a orientação da Súmula nº 85 STJ:

“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.”

No caso vertente, os documentos de f. 14 e de f. 54 demonstram que o apelado foi contratado temporariamente, no período de 16/11/2009 a 31/12/2012, para exercer a função de auxiliar de serviços diversos.

Ajuizou a presente ação aos 13/02/2014. Não há, portanto, prescrição, seja de fundo do direito, seja de parcelas vencidas.

Prossigo.

Dispõe o art. 37, IX, CF, *in verbis*:

“Artigo 37. (...).

IX - A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender

à necessidade temporária de excepcional interesse público;”

No caso vertente, há no Município lei dispondo sobre a contratação temporária – Lei Mun. nº 708/1998 – f. 52/53. O regime jurídico estabelecido entre as partes é de índole administrativa e não trabalhista.

Asseguram-se, portanto, aos aludidos servidores os direitos previstos no art. 39, § 3º. CF, entre os quais o de ter direito a férias acrescido a remuneração de um terço. É a norma:

“Art. 39. (...)

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.”

Assim, precedente do STF:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NO ART. 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FÉRIAS E DÉCIMO TERCEIRO. EXTENSÃO AO SERVIDOR CONTRATADO TEMPORARIAMENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os servidores contratados em caráter temporário têm direito à extensão de direitos sociais constantes do art. 7º do Magno Texto, nos moldes do inciso IX do art. 37 da Carta Magna. 2. Agravo regimental desprovido.” (ARE nº 663.104 AgR, STF, 2ª T., Rel.: Min. AYRES BRITTO, julgado em 28/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-056 Divulg 16/03/2012 Public 19/03/2012).

Grife-se que, se a Carta Magna garante ao servidor o direito a férias acrescido do terço, é irrelevante se há ou não previsão em

norma municipal. A norma constitucional é autoaplicável.

Ademais, o fato de não haver previsão legal ao pagamento de férias proporcionais não afasta tal direito do apelado, sob pena também de enriquecimento sem causa da Administração.

Assim, está correta a sentença quando reconheceu o direito do apelado às férias, inclusive, proporcionais, com o terço constitucional (art. 7º., XVII, CF).

Nesse sentido, é a jurisprudência do STF:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITOS SOCIAIS. DÉCIMO TERCEIRO PROPORCIONAL. FÉRIAS PROPORCIONAIS. EXTENSÃO AOS CONTRATOS TEMPORÁRIOS. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. São extensíveis aos servidores contratados temporariamente (art. 37, IX, CF) os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição da República. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RE nº 775.801 AgR, STF, 1ª. T., Rel.: Min. EDSON FACHIN, julgado em 18/11/2016, Processo Eletrônico DJe-257 Divulg. 01/12/2016 Public. 02/12/2016).

Fixa-se o dia 31/12 como termo inicial do pagamento das férias, porquanto o último dia para seu gozo e, portanto, a partir do qual o apelante passa a ficar em mora.

Impõe-se ainda, de ofício, adaptar a r. sentença ao decidido pelo STF no que concerne à inconstitucionalidade do art. 5º. Lei nº 11.960/09.

Quanto à taxa de juros de mora, deve ser aplicável a das cadernetas de poupança, na forma do art. 5º. Lei nº 11.960/09, que, nessa parte, não foi declarado inconstitucional pelo STF. Atente-se que os juros são devidos desde a citação (art. 405 CC), e essa já se deu na vigência da aludida lei de 2009.

Quanto ao índice de correção monetária das parcelas em atraso, determina-se a incidência do IPCA-E, ante a declaração parcial de inconstitucionalidade do art. 5º. suprarreferido.

Por fim, não possui o apelante interesse recursal quanto à pretensão de condenação do apelado ao pagamento de honorários advocatícios. A sentença já reconheceu a sucumbência recíproca e condenou o apelado ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 500,00, observada, contudo, a gratuidade de Justiça deferida.

Não prospera o apelo. Corrige-se de ofício parcialmente a r. sentença.

Por tais fundamentos, conhece-se da apelação, nega-se-lhe provimento e reforma-se parcialmente a sentença de ofício para: a) dispor-se que as férias correspondem à remuneração paga em dezembro de cada ano – 2010, 2011 e 2012, inclusive quanto às férias proporcionais de 17/11/2012 a 31/12/2012, com correção monetária desde 31/12 de cada ano; b) determinar a incidência de correção monetária desde o vencimento de cada parcela, observando-se o IPCA-E; c) dispor-se que os juros de mora incidem desde a citação e no percentual dos juros remuneratórios das cadernetas de poupança. Na forma do art. 85, § 11 CPC, majoram-se os honorários advocatícios em 2%, ou seja, passarão a ser de 12% do valor da condenação. Mantida, no mais, a r. sentença.

RIO DE JANEIRO, 07 DE ABRIL DE 2020.
DES. HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO
RELATOR

EXECUÇÃO. FRAUDE. NOVA PENHORA. RENDA DE ALUGUÉIS DE SOCIEDADE ANÔNIMA. DESNECESSIDADE. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. INDEFERIMENTO DA SEGUNDA PENHORA. RECURSO PROVIDO.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. LEGITIMIDADE RECURSAL. SEGUNDA PENHORA.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE INVERSA. RENDA DE ALUGUÉIS DA SOCIEDADE.

Agravo de instrumento contra decisão que deferiu a penhora de aluguéis da sociedade anônima de capital fechado que não integra a relação processual.

Possível reconhecer o interesse recursal do agravante como terceiro prejudicado, na condição de acionista da sociedade cuja renda foi afetada pela penhora.

A garantia do juízo há muito definida consiste na penhora de ações pertencentes ao agravante no capital social da empresa atingida pelo gravame, as quais já foram avaliadas.

Proclamada a fraude a execução cometida pelo agravante em virtude da cisão da sociedade, o que reduziu sua participação social e conseqüentemente a garantia do juízo, a decisão agravada deferiu a penhora sobre a renda de aluguéis da mesma sociedade.

Somente é possível garantir a execução com bens da pessoa jurídica da qual o devedor é socio se promovida a desconsideração da personalidade inversa, com a instauração do incidente.

O fato de o agravante ser titular de ações não é suficiente para atingir bem da própria empresa, pois são pessoas distintas, inconfundíveis, e os aluguéis constituem receita desta, não do executado.

Ao contrário do que afirma o agravado, não existe confusão de patrimônios, o que não se presume pela tentativa de lesar os credores com a fraude a execução.

Somente é possível a segunda penhora, o que determinou a r. decisão agravada, se anulada a primeira, se o produto arrecadado for insuficiente a satisfazer o crédito, ou se o credor desistir da garantia, nos termos do artigo 851, do Código de Processo Civil, e nenhuma dessas hipóteses ocorreu na execução.

Assim, nada justifica por enquanto a segunda penhora, tanto mais que já houve avaliação das cotas penhoradas, bastando tão somente a execução seguir o trâmite legal para atingir a satisfação do crédito.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0057686-81.2019.8.19.0000, originários da 10ª Vara Cível da Comarca de Niterói, em que figuram como Agravante G.J.P.L.L. e Agravado N.S.,

Acordam os Desembargadores da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

G.J.P.L.L. interpõe agravo de instrumento à r. decisão proferida nos autos da execução de título extrajudicial proposta por N.S. que deferiu penhora do aluguel dos imóveis da S/A Distribuidora Mercantil, da qual o agravante é sócio minoritário. Afirma equivocada a decisão, pois atinge bens de terceiro, sem a prévia instauração do incidente de desconsideração inversa da personalidade jurídica, além de ser incabível porque não atendidos os pressupostos da lei nem se provou a necessidade de ampliar a garantia do juízo. Requer a reforma da decisão para revogar a medida ou restringi-la a sua participação na sociedade.

Contrarrazões a f. 32/48 pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A princípio, seria da S/A Distribuidora Mercantil o interesse recursal, mas se admite o recurso na condição de terceiro prejudicado do agravante, porque sócio daquela empresa cuja receita de aluguéis a r. decisão agravada deferiu a penhora, e essa intervenção na renda da

sociedade sem dúvida afeta seu patrimônio de forma subsidiária.

Pretende o agravante a reforma da decisão que deferiu a penhora de renda, consistente nos aluguéis de imóveis de sociedade que detém parte do capital social.

Trata-se de execução baseada em título executivo extrajudicial em que determinada a penhora de ações do agravante na S/A Distribuidora Mercantil, seguindo-se a avaliação destes bens, objeto de homologação pela r. decisão de f. 283/284 (pasta 282 do Anexo 1) em outubro de 2017.

Tendo em vista a fraude a execução cometida pelo agravante como afirmou tanto o r. juízo de origem como esta E. Câmara Cível, pois reduziu sua participação societária na referida empresa de forma a alterar o volume da penhora, o agravado postulou a extensão da garantia do juízo para alcançar a renda proveniente dos imóveis que pelo decreto de nulidade da cisão societária retornaram ao patrimônio da S/A Distribuidora Mercantil.

A medida, nesta fase do processo de execução, depende da prévia instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica inversa como determina o artigo 795, § 4º, do Código de Processo Civil.

Isto porque a receita de aluguéis, não importa se proveniente de bens incluídos na fraude a execução como justifica a r. decisão agravada, será sempre da proprietária, a pessoa jurídica que não integra o polo passivo da relação processual.

O fato de o agravante ser titular de ações da empresa é insuficiente para atingir bem da sociedade, pois são pessoas distintas, inconfundíveis, e os aluguéis constituem receita desta e não do devedor executado. Ao contrário do que afirma o agravado, inexistente prova da confusão de patrimônios, o que não se caracteriza pela tentativa de lesar os credores com a fraude a execução.

Por outro lado, somente é possível a segunda penhora, o que na realidade representa a medi-

da deferida na r. decisão agravada, se anulada a primeira, o produto arrecadado for insuficiente a satisfazer o credor, ou se este desistir da garantia, nos precisos termos do artigo 851, do Código de Processo Civil, e nenhuma dessas hipóteses ocorreu.

Como dito no início da fundamentação, a garantia do juízo da execução consiste na penhora das ações pertencentes ao agravante no capital social da S/A Distribuidora Mercantil, já avaliadas, sendo o caso de ingressar na fase seguinte da execução.

Portanto, para o regular desenvolvimento da lide, não há necessidade de maiores digressões, ou procurar outras formas para obter o pagamento; basta, por enquanto, seguir os passos previstos nos artigos 861 e seguintes do Código de Processo Civil.

Apenas no caso de a alienação das cotas ser insuficiente para a satisfação do crédito ou se o agravado formalmente desistir da penhora será pertinente lançar mão de novas medidas voltadas ao pagamento do crédito exequendo.

Nestes termos, dá-se provimento ao recurso para indeferir a penhora da renda de aluguel da S/A Distribuidora Mercantil e determinar o regular desenvolvimento do feito.

RIO DE JANEIRO, 29 DE ABRIL DE 2020.

**DES. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA
RELATOR**

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA. IDOSO. PROVENTOS DE APOSENTADORIA. REDUÇÃO. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. VIOLAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Agravo de Instrumento. Ação de execução de título executivo extrajudicial. Decisão que deferiu pedido de penhora de percentual dos proventos do executado. Irresignação do executado. Alegação de que os proventos de aposentadoria e impenhoráveis. Decisão que merece parcial reforma. Precedentes deste

Tribunal mitigando a garantia conferida pelo art. 833, IV do novo CPC (art. 649, IV do CPC/73) em favor da efetividade do processo de execução. Inquestionável o fato de que deve haver equilíbrio entre a proteção dos interesses do credor e do devedor, não podendo o Poder Judiciário chancelar abusos de direito. Malgrado reconhecer a possibilidade de constrição sobre proventos de aposentadoria, no caso concreto a medida como fixada vulnera o mínimo existencial. Executado que é idoso. Proventos que já sofrem descontos de 2 quase 30% (trinta por cento) de empréstimos consignados. Penhora que deve ser reduzida para o percentual de 7,5% (sete e meio por cento), o que representa, neste momento, o mais justo, tanto para o credor/exequente como para o devedor/agravante. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Relatados, revistos e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0066467-92.2019.8.19.0000, em que figura, como Agravante, M.L.N., sendo Agravado Banco Bradesco Berj S A,

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, na forma do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Insurge-se o agravante contrariamente à decisão acostada a f. 515 dos autos originários, prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, que determinou penhora de percentual dos proventos do executado, nos seguintes termos:

“1 - Anote-se o patrono indicado pelo exequente - index 487. 2 - É certo que, na vigência da lei processual anterior, o STJ

flexibilizava a regra da impenhorabilidade de valores destinados ao sustento do devedor somente no caso de penhora realizadas para o pagamento de verbas alimentícias, por força do parágrafo segundo do artigo 649 do CPC/1973. No entanto, a atual redação do artigo 833 do CPC, em seu inciso IV, estabelece a impenhorabilidade de verbas de natureza alimentar não mais como absoluta. Assim, a retirada da expressão "absolutamente" do seu *caput* evidencia uma mudança substancial na sistemática das execuções. Dessa maneira, a Corte Especial do STJ reconheceu a existência de uma exceção implícita à regra geral da impenhorabilidade para o caso em que a penhora de parte dos vencimentos do devedor não seja capaz de atingir a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família, a ver do excerto nos autos do EResp nº 1.582.475/MG: "(...) não se deve permitir que a execução reduza o executado a situação indigna; no entanto, não se autoriza que o executado abuse desse princípio, manejando-o para indevidamente impedir a atuação executiva de um direito. Isso se aplica às limitações à responsabilidade patrimonial estabelecidas pela impenhorabilidade. (Min. Relator BENEDITO GONÇALVES - 03/10/2018). Ademais, compulsando os autos, verifico que este Juízo já havia determinado a penhora de valores das contas bancárias do executado, obedecido o limite de 30% - index 334 e 357. Assim, não vislumbro óbice ao acolhimento do requerido. Portanto, tendo em vista o detalhamento de crédito no index 342, defiro a penhora de 15% dos proventos da aposentadoria do executado, até que se atinja o valor executado. Informe o exequente qual é o órgão pagador dos proventos do executado, a fim de providenciar o desconto diretamente na fonte”.

Sustenta o agravante, em apertada síntese que a penhora determinada é vedada pelo nosso ordenamento na forma do art. 833, VI do CPC e que a penhora de 15% (quinze por cento) de seus proventos atinge a sobrevivência do executado, pessoa idosa que já tem seus proventos comprometidos por empréstimos consignados. Alega que os descontos em seus proventos, somados, alcançam quase 50% (cinquenta por cento) dos proventos. Pugna pela reforma da decisão hostilizada.

A f. 17 consta decisão desta Relatoria deferindo pedido de gratuidade de justiça recursal e concedendo efeito suspensivo ao presente recurso.

A parte agravada apresentou contrarrazões a f. 24/28, pugnando pelo desprovemento do recurso.

O Juízo de Primeira Instância trouxe as informações de f. 29/31, comunicando que a decisão hostilizada não foi reconsiderada.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos recursais, passo à análise do mérito recursal.

De todo o processado, depreende-se claramente, que busca o agravante a reversão de decisão que determinou penhora de percentual de seus proventos, alegando impenhorabilidade dos valores por serem fruto de sua aposentadoria. Argumenta ainda que a penhora vulnera seu mínimo existencial, porquanto a soma do percentual fixado com os empréstimos consignados já existentes chegaria a 50% (cinquenta por cento) de sua renda.

Cumpra ser observado desde já, que a impenhorabilidade dos salários e proventos de aposentadoria prevista no art. 833, IV do novo CPC (art. 649, IV do CPC/73), é uma garantia conferida pela lei aos devedores, com fulcro nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e na Proteção ao Patrimônio Mínimo, buscando proteger o indivíduo e sua família, garantindo-lhes um mínimo de subsistência digna.

No entanto, não podemos nos esquecer de que o credor também tem suas necessidades de subsistência e direitos que devem ser respeitados, garantidos e protegidos. Não há pior injustiça do que ver seu direito garantido por decisão judicial, mas não conseguir realizá-lo. A prestação jurisdicional é entregue (sentença de mérito), mas o bem da vida não chega nunca (satisfação do crédito).

Assim é que, devemos reconhecer que a garantia do art. 833, IV do novo CPC (art. 649, IV do CPC/73) não é absoluta, sendo excepcionada pelos parágrafos do mesmo dispositivo, e deve ser mitigada. Isto porque não seria lógico blindar a integralidade do salário ou provento contra cobranças de dívidas contraídas pelo seu titular sob o argumento de que a verba tem caráter alimentar, e deixar os credores à mercê da boa vontade do devedor em pagar o que é devido. É com o resultado do seu trabalho, seu salário, que o indivíduo paga as suas contas, adquire bens e serviços, é base de cálculo para aquisição de empréstimos bancários, enfim, é o salário que provê o consumo dos bens necessários e supérfluos. Se não é com o salário que o indivíduo vai arcar com as suas responsabilidades, com o que será?

Logo, deve ser mitigada tal disposição, admitindo-se a penhora de parcela do salário ou provento, de modo que não se fomente a inadimplência generalizada, mas ainda assim, protegendo os credores de eventuais abusos de direito e garantindo a efetividade do Processo Executivo, tudo isso sem ferir os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Proteção ao Patrimônio Mínimo.

Sobre o tema, trago à colação alguns julgados das diversas Câmaras Cíveis deste eg. Tribunal de Justiça:

“Agravo de instrumento. Ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença. Empréstimo consignado. Cessaçã

descontos em folha de pagamento em razão da aposentadoria do réu/agravante, que deixou de quitar as demais prestações. Antecipação da dívida. Manutenção da decisão de penhora de 30% no salário do executado até a satisfação do crédito. Mitigação do artigo 833, inciso IV, do CPC. Prioridade da satisfação do débito exequendo em relação aos demais empréstimos consignados. Desprovidimento do recurso” (0010995-09.2019.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. MARIA ISABEL PAES GONÇALVES - Julgamento: 17/04/2019 - Segunda Câmara Cível).

“Agravo de Instrumento. Ação indenizatória. Erro médico. Procedência do pedido. Fase de cumprimento de sentença. Decisão do juízo que deferiu a penhora do valor mensal correspondente a 30% dos ganhos da executada. Inconformismo que não prospera. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que, em julgamento recente, alterou sua jurisprudência para afastar a natureza absoluta da regra de impenhorabilidade das verbas previstas no artigo 833, inciso V, do CPC/15, e, com isso, permitir a penhora de parte do salário do devedor, mesmo em hipóteses de débito não alimentar, consolidando um novo entendimento que sopesa o princípio da boa-fé com a garantia do mínimo existencial (EREsp nº 1.582.475/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Corte Especial, julgado em 03/10/2018, DJe 16/10/2018). Admissão por aquela Corte de uma exceção implícita para o caso em que a penhora de parte dos vencimentos do devedor não seja capaz de atingir a dignidade ou a subsistência do devedor e de sua família. Entendimento que se aplica a esta hipótese dos autos, em que os rendimentos da devedora, de aproximadamente R\$ 21.000,00, em muito superam a ren-

da mensal média da população brasileira. Construção de até 30% de apenas uma de suas fontes de renda que não será capaz de reduzi-la a uma vida de miséria ou indignidade. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos. Recurso desprovido” (0062231-34.2018.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. EDUARDO GUSMÃO ALVES DE BRITO NETO - Julgamento: 16/04/2019 - Décima Sexta Câmara Cível).

“Ação indenizatória em fase de cumprimento de sentença - indeferimento do requerimento de penhora sobre trinta por cento dos proventos da segunda executada - inexistência de outros bens passíveis de penhora - possibilidade da construção, de modo a viabilizar a quitação do débito contraído e garantir, como corolário, a efetividade do processo sem que importe em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, à vista do percentual pleiteado - flexibilização da vedação contida no artigo 833, inciso IV, da Lei Adjetiva - precedentes jurisprudenciais desta corte - provimento do recurso” (0049098-22.2018.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. ADRIANO CELSO GUIMARÃES - Julgamento: 16/04/2019 - Oitava Câmara Cível).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. FASE DE EXECUÇÃO. PENHORA DE 20% DOS PROVENTOS DO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. 1. A impenhorabilidade de quantia referente a salário, prevista no inciso IV do artigo 833 do CPC/15, na esteira do atual entendimento jurisprudencial do STJ, restou mitigada no sentido de que a penhora de até 30% dos vencimentos líquidos do devedor não implica em onerosidade excessiva. Tal mitigação vem em prol da efetividade do processo de execução e não implica em

afronta ao princípio de que a execução deve se processar da forma menos onerosa ao devedor. 2. No caso em questão o agravante não demonstrou que a penhora de 20% dos proventos recebidos da Petros tenha comprometido sua subsistência. Acrescente-se que o agravante recebe também aposentadoria pelo INSS. Recurso conhecido e improvido, nos termos do voto do Desembargador Relator” (0015654-95.2018.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR - Julgamento: 19/03/2019 - Décima Segunda Câmara Cível).

Assim, deve se reconhecer a possibilidade de penhora de percentual dos proventos do executado.

No entanto, no caso concreto, a penhora não é possível no percentual fixado.

Determinou o Juízo penhora no percentual máximo de 15% (quinze por cento), sem atentar que o executado é pessoa idosa (82 anos de idade), com diversos problemas de saúde e a penhora de 15% (quinze por cento) de seus proventos vulneraria o princípio do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

Registre-se que os contracheques acostados no Anexo 1 do recurso demonstram que os proventos percebidos pelo recorrente já sofrem descontos de quase 30% (trinta por cento), referentes a empréstimos consignados. Desta forma, imputar penhora de mais 15% (quinze por cento) significaria que ao agravante restaria apenas 40% (quarenta por cento) de seus rendimentos para subsistência própria, o que não é possível.

Logo, de se ver que a penhora como fixada importaria em grave violação do princípio do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana e mesmo à subsistência do recorrente, o que não se pode permitir, devendo o percentual ser reduzido para 7,5% (sete e meio por

cento) dos proventos líquidos do executado, atendendo assim aos anseios do executado, ora agravante, sem deixar de beneficiar o exequente/agravado.

Por tais fundamentos, meu voto é no sentido de se dar provimento parcial ao recurso, nos termos anteriormente delineados.

RIO DE JANEIRO, 10 DE FEVEREIRO DE 2020.
DES^a. SIRLEY ABREU BIONDI
RELATORA

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE PASSAGEIRA. ARMA DE FOGO. VEÍCULO ADMINISTRADO PELA RÉ. AUSÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ATO EXCLUSIVO DE TERCEIROS. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE DE PASSAGEIRA DE VAN, VÍTIMA DE DISPAROS DE ARMA DE FOGO. VEÍCULO QUE TRANSITAVA NA RODOVIA ADMINISTRADA PELA RÉ. AUSENTE O NEXO DE CAUSALIDADE. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0039202-61.2009.8.19.0002, em que é Apelante Nilzete Estefanel da Silva e Apelados Autopista Fluminense S/A, Paulo Cesar Ferreira e Redney Santana;

Acordam os Desembargadores que compõem a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação indenizatória por danos materiais e morais proposta por Nilzete Estefanel

da Silva em face de Autopista Fluminense S/A e de Paulo Cesar Ferreira e Redney Santana, estes últimos posteriormente incluídos no polo passivo da lide, index 000205.

Afirma a autora que sua filha, Pamela Shirley Silva Mendes, no dia 07/02/2009, após sair do trabalho, pegou uma van da cooperativa ré no Centro de Niterói, sentido a Venda das Pedras, em Itaboraí; e que, durante o trajeto, o motorista da van parou num ponto na BR-101/RJ para que alguns passageiros subissem. Relata que, após uma discussão havida entre o motorista e um desses passageiros, que dizia não ter dinheiro para pagar o valor da passagem, houve vários disparos de arma de fogo, vindo um dos projéteis a atingir a cabeça de sua filha Pamela, com 21 anos de idade. Informa que o motorista da van se dirigiu ao Hospital Municipal João Baptista Cáfaró, em Manilha, mas que sua filha já estava morta. Assevera que a falecida ocupava a função de vendedora em uma loja no Plaza Shopping Niterói, sendo que o seu salário constituía a maior fonte de rendimentos da família. Requer o recebimento de indenização pelos gastos efetuados com o luto, lucros cessantes, bem como a condenação das rés ao pagamento de indenização por danos morais.

Realizada audiência de instrução de julgamento, index 000311, foram colhidos os depoimentos pessoais da autora, do segundo e do terceiro réus.

Proferida sentença, index 000364, decretando a prescrição da pretensão formulada relativamente aos réus Paulo Cesar Ferreira e Redney Santana. Julgou improcedente o pedido formulado em relação à ré Autopista Fluminense S/A. Condenou a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que foram fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, com as ressalvas do artigo 98, § 3º, do CPC.

Apelação da parte autora, index 000368, requerendo a reforma da sentença, relativamente

ao reconhecimento da prescrição, sob o fundamento de que não há que se falar em prescrição em relação ao segundo e terceiro réus, vez que o presente processo trata de relação de consumo, haja vista que a vítima, filha da apelante, estava utilizando a via administrada pela concessionária apelada e, nesse caso, a prescrição ocorre em 05 anos, sendo que a data da distribuição da ação ocorreu em 18/08/2009 e o pedido de inclusão dos dois primeiros réus ocorreu em 06/06/2014. Afirma, ainda, que a regra prevista no Artigo 204, § 1º, do Código Civil estabelece que a interrupção da prescrição por um dos credores solidários aproveita aos demais. Logo, tendo a ação sido ajuizada dentro do prazo prescricional, em relação à ré Autopista Fluminense, a interrupção da prescrição deve ser estendida a todos os réus. Por fim, assevera que a terceira ré, Autopista Fluminense, é responsável solidariamente por tudo o que ocorreu com a filha da apelante em 2009, na medida em que era, à época, a administradora responsável pela rodovia onde ocorreu a fatalidade, sendo sua responsabilidade objetiva, consoante a teoria do risco administrativo, cabendo a ela a segurança dos usuários em toda a extensão da via, por 24 horas.

Contrarrazões da primeira ré, index 000377, e do segundo e terceiro réus, index 000400, ambas em prestígio do julgado.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Inicialmente, passo a analisar a tese recursal de inexistência de prescrição, relativamente ao segundo e terceiro réus.

Pretende a recorrente a anulação da sentença, com o reconhecimento de que o prazo prescricional aplicado ao caso concreto seria de 05 anos, por se tratar de relação de consumo. Afirma que a regra prevista no Artigo 204, § 1º, do Código Civil estabelece que a interrupção

da prescrição por um dos credores solidários aproveita aos demais.

Não assiste razão à recorrente, em seus argumentos.

Com efeito, extrai-se do art. 204, *caput*, do Código Civil, o caráter pessoal dos efeitos da interrupção da prescrição, que somente se estendem a terceiros nas hipóteses expressamente delineadas no referido dispositivo legal, não sendo essa a hipótese dos autos, na medida em que inexistente solidariedade entre os réus.

Por outro lado, com relação à tese de aplicabilidade do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso, ainda que se admitisse a incidência do prazo prescricional de 05 anos previsto pelo CDC em relação ao segundo e terceiro réus, certo é que o art. 202, I, do Código Civil e o art. 240, § 1º, do CPC/15, estabelecem que a interrupção da prescrição ocorre uma única vez, pelo despacho do juiz que ordena a citação. Confira-se:

Código Civil: Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

CPC/15: Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

Neste aspecto, verifica-se que o evento em tela ocorreu no dia 07/02/2009, sendo que o despacho do Magistrado que autorizou a inclusão

do segundo e terceiro réus no polo passivo da ação foi proferido em 03/11/2014, quando já havia ultrapassado o prazo prescricional incidente sobre a hipótese, index 000205.

Desta forma, mantém-se a parte da sentença que decretou a prescrição em relação ao segundo e terceiro réus.

Ultrapassado este ponto, passa-se ao exame do mérito, em relação à primeira ré.

Cuida-se de ação indenizatória ajuizada por Nilzete Estefanel da Silva, em virtude do falecimento de sua filha, Pamela Shirley Silva Mendes, ocorrido quando esta utilizava uma van como transporte de volta para sua casa, quando foi alvejada por diversos disparos de arma de fogo realizados por terceiros, dentro da Van. Ressalta que, no momento do ocorrido, a van trafegava pela rodovia BR-101/RJ, administrada pela concessionária primeira ré.

Certo é que a lide deverá ser apreciada à luz dos ditames da Lei nº 8.078/90, tendo em vista a natureza consumerista da relação estabelecida entre as partes, mais especificamente, pelas regras trazidas pelo art. 14, *caput* e pelo art. 22:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a re-

parar os danos causados, na forma prevista neste código.

Não é demais lembrar, também, que a própria Constituição Federal/88 consagra, em seu art. 37, § 6º, a responsabilidade civil objetiva das concessionárias de serviços públicos:

"art. 37. (...) § 6º. as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Esse dispositivo revela o acolhimento, pelo nosso ordenamento jurídico, da teoria do risco administrativo em sede de responsabilidade civil da Concessionária que presta Serviço Público. Por esta teoria, a responsabilidade da Concessionária é objetiva, isto é, prescinde de qualquer discussão em torno da culpa de seus prepostos, bastando que se comprove (i) a ação administrativa, (ii) o dano e (iii) o nexo de causalidade entre o dano e a ação administrativa.

Insta salientar que, em vista da adoção da teoria do risco administrativo, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público podem se eximir da responsabilidade se demonstrarem ausência do nexo causal entre a sua ação ou omissão e o dano suportado pela vítima. Admite-se também o abrandamento dessa responsabilidade se restar configurada a culpa concorrente.

Confirmam-se julgados deste E. TJ/RJ, neste sentido:

0001001-07.2017.8.19.0006 - APELAÇÃO
Des(a). ÁLVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE
ALMEIDA - Julgamento: 11/12/2019 - VI-
GÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA.

COLISÃO DE VEÍCULO COM ANIMAL NA PISTA DE ROLAMENTO DE RODOVIA ADMINISTRADA PELA CONCESSIONÁRIA RÉ, ORA SEGUNDA APELANTE. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE OS PEDIDOS, CONDENANDO A PARTE RÉ A PAGAR R\$ 2.500,00 (DOIS MIL QUINHENTOS REAIS) A TÍTULO DE DANOS MORAIS. INCONFORMISMO DE AMBAS AS PARTES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO, FUNDADA NA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO, À LUZ DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONCESSIONÁRIA RÉ QUE NÃO ADOTOU AS MEDIDAS E PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA IMPEDIR A PRESENÇA DE ANIMAIS NA PISTA DE ROLAMENTO DE MODO A GARANTIR A SEGURANÇA DO TRÁFEGO. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE DISPONIBILIZAR AOS SEUS USUÁRIOS CONDIÇÕES DE SEGURANÇA, CABENDO-LHE RESPONDER POR TODOS OS PREJUÍZOS CAUSADOS AO PODER CONCEDENTE, AOS USUÁRIOS OU TERCEIROS CONFORME DISPOSTO NO ARTIGO 25 DA LEI Nº 8.987/95. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO COMPROVADOS. ACERTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. VALOR DO DANO MORAL MAJORADO PARA R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS), VALOR ESSE QUE SE MOSTRA ADEQUADO AO CASO CONCRETO, ALINHANDO-SE AOS PRECEDENTES DESSA CORTE DE JUSTIÇA. AUTOR QUE FOI DEVIDAMENTE INDENIZADO PELA SEGURADORA POR ELE CONTRATADA, NÃO HAVENDO QUE SE COGITAR EM DIREITO À INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE AO VALOR PAGO COMO ENTRADA NA AQUISIÇÃO DO BEM OBJETO DO SINISTRO. AUTOR QUE DECAIU DA METADE DE SEU PEDIDO, A JUSTIFICAR SUA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS, PROVIDO PARCIALMENTE O DO AUTOR E NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU.

0020753-38.2017.8.19.0014 - APELAÇÃO

Des(a). PEDRO FREIRE RAGUENET - Julgamento: 05/11/2019 - VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível. Acidente ocorrido em rodovia administrada por sociedade empresária que atua como concessionária de serviço público. Falta de iluminação. Animal na pista. Ação indenizatória por danos materiais. Sentença de procedência. Apelo da parte ré. Responsabilidade objetiva que se configura mesmo que de forma omissiva. Inteligência do art. 37, § 6º, da CRFB. Precedente do E. STF. Responsabilidade subjetiva que é afastada, até porque a concessionária de serviço público não se confunde com o próprio Estado-Administração. Demandante que é responsável pelas condições de segurança no local em que houve o acidente, independentemente da responsabilidade do dono do bovino, haja vista que a ausência de iluminação no local, aliada à carência de qualquer obstáculo ao ingresso de animais, causou o sinistro. Polícia Rodoviária Federal que, nos termos do art. 269, X, c/c art. 20, III, da Lei nº 9.503/97 tem a incumbência de remover animais, e não o de impedir a sua circulação pela pista. Desprovimento do apelo. Manutenção da sentença. Honorários recursais.

Feitas tais considerações, necessário destacar que, pela dinâmica dos fatos, e por todas as provas produzidas nos autos, conclui-se ter a morte da filha da autora sido ocasionada por ato exclusivo de terceiros, senão vejamos.

O Boletim de Ocorrência fornecido pela 74ª Delegacia Policial, index 000326, demonstra a

dinâmica do evento que ensejou a presente Ação Indenizatória:



Através de investigação policial preliminar, apurou-se tratar-se a hipótese de homicídio, o qual veio a ceifar precocemente a vida da filha da autora.

É certo que as concessionárias que administram as rodovias devem zelar pela segurança de seus usuários. Porém, elas só respondem pelos danos resultantes de fatos relacionados com a sua atividade.

Na hipótese de atos criminosos ocorridos nas rodovias administradas por concessionárias, a jurisprudência é pacífica no sentido de que tal fato constitui caso fortuito externo, a excluir a responsabilidade da concessionária, por se tratar de fato estranho à sua atividade.

Cabe à concessionária garantir a segurança dos usuários no que se refere à conservação, sinalização ou qualquer outra atividade relacionada à manutenção das estradas, mas a segurança pública não lhe incumbe, de modo que a ocorrência de evento danoso decorrente de fato criminoso não pode a ela ser imputada, pelo rompimento donexo causal entre o dano e a atividade exercida.

Confirmam-se julgados deste E. TJ/RJ sobre o tema:

0020791-85.2011.8.19.0038 - APELAÇÃO

Des(a). MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES - Julgamento: 09/10/2019 - Vigésima Sétima Câmara Cível

Apelação cível. Assalto e morte de motorista em rodovia administrada por concessionária de serviço público. Responsabilidade objetiva. Alegação de falha em prestação de serviço por ausente iluminação ou isolamento das pistas por muros ou telas. Deveres inexistentes no contrato de concessão tampouco previsto em normas vigentes. Nexo de causalidade que não se verifica. Reação armada da vítima. 1. A causa de pedir nas demandas apensadas se funda na ocorrência de assalto em rodovia administrada pela ré, sendo vitimado o marido e pai das autoras em razão de disparos de arma de fogo realizados pelos bandidos ante a tentativa de fuga da vítima. 2. A tese recursal apresentada é falha na prestação dos serviços da ré representada pela ausência de iluminação na via onde se deram os fatos assim como à facilidade de acesso à pista por pedestres e vendedores ambulantes por ausente muros ou cercas, circunstância alegada como tendo contribuído para a ocorrência do assalto que vitimou o ente querido das autoras. Ausente impugnação especificada, tais fatos são presumidos verazes (art. 341 do NCPC). 3. Da apreciação do contrato celebrado com a União, visto os objetivos da concessão assim como a definição do serviço adequadamente prestado, conclui-se que a iluminação e o isolamento das pistas não eram deveres lá previstos, voltando-se as atividades da ré essencialmente a promover a boa e segura rodagem dos veículo em trânsito pelas pistas da rodovia. 4. Há muito que dispositivos refletivos ou até mesmo

a tinta especial utilizada na sinalização de solo permite ao motorista a condução segura em estradas desprovidas de iluminação, observado o dever do motorista de manter em boas condições os faróis do veículo. 5. Inexiste qualquer disposição legal que imponha à ré o ônus de providenciar postes de iluminação em todo o trecho da rodovia onde presta seus serviços ou ainda de murar ou telar todas as laterais de suas pistas de modo a evitar o ingresso de vendedores ou mesmo de bandidos. 6. Desarrazoada a alegação de que a falta de iluminação ou a facilidade de acesso à pista concorressem de modo significativo para o evento lesivo, visto que os eventos que ocorrem na localidade independem do horário ser diurno ou noturno, ou ainda que os bandidos chegam aos locais de ataque embarcados em veículos e não pelas laterais da pista. 7. Seja por inexistente qualquer obrigação decorrente de lei ou do contrato de concessão celebrado assim por não verificado qualquer nexo causal entre as circunstâncias alegadas pelas autoras e o desfecho fatal do evento, este advindo de fato imputável à própria vítima, vê-se que o pleito autoral é indubitavelmente fadado ao insucesso. 8. Recurso desprovido.

0029314-69.2014.8.19.0042 - APELAÇÃO Des(a). JOSÉ CARLOS MALDONADO DE CARVALHO - Julgamento: 25/10/2016 - Primeira Câmara Cível.

ACÓRDÃO APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTORES VÍTIMAS DE ROUBO EM RODOVIA ADMINISTRADA PELA RÉ. FATO EXTERNO À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. CONCESSIONÁRIA

QUE NÃO ASSUME A OBRIGAÇÃO LEGAL OU CONTRATUAL DE CUIDAR DA SEGURANÇA PÚBLICA. INOCORRÊNCIA DE MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. FALTA DE PROVA DA RECUSA DE AUXÍLIO APÓS O ASSALTO PELOS PREPOSTOS DA RÉ. DECISÃO DE IMPROCEDENCIA CORRETA, NA FORMA E NO CONTEÚDO, QUE INTEGRALMENTE SE MANTÉM. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA. ROUBO E SEQUESTRO OCORRIDOS EM DEPENDÊNCIA DE SUPORTE AO USUÁRIO, MANTIDO PELA CONCESSIONÁRIA. FORTUITO EXTERNO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

1. Ação ajuizada em 20/09/2011. recurso especial interposto em 16/09/2016 e distribuído ao gabinete em 04/04/2018.
2. O propósito recursal consiste em definir se a concessionária de rodovia deve ser responsabilizada por roubo e sequestro ocorridos nas dependências de estabelecimento por ela mantido para a utilização de usuários (serviço de atendimento ao usuário).
3. "A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado" (STF. Re nº 591.874, repercussão geral).
4. O fato de terceiro pode romper o nexo de causalidade, exceto nas circunstâncias que guardar conexão com as atividades desenvolvidas pela concessionária de serviço público.

5. Na hipótese dos autos, é impossível afirmar que a ocorrência do dano sofrido pelos recorridos guarda conexão com as atividades desenvolvidas pela recorrente.

6. A ocorrência de roubo e sequestro, com emprego de arma de fogo, é evento capaz e suficiente para romper com a existência de nexo causal, afastando-se, assim, a responsabilidade da recorrente.

7. Recurso especial provido.

(Resp nº 1.749.941/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 04/12/2018, dje 07/12/2018)

Destarte, não pode a ré ser responsabilizada por ato de terceiros a que não deu causa, e que não podia normalmente evitar, estando rompido, portanto, o nexo de causalidade, imprescindível para a reparação postulada.

Sendo assim, entendo que a sentença deu a correta solução à lide, devendo ser mantida.

Pelo exposto, voto pelo desprovimento do recurso.

Nos termos do Artigo 85, § 11, do CPC/15, majoro os honorários para o percentual de 12% sobre o valor da causa, suspendendo a exigibilidade, diante da gratuidade de justiça deferida.

RIO DE JANEIRO, 20 DE ABRIL DE 2020.

**DES. BENEDICTO ABICAIR
RELATOR**

INDENIZATÓRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LINHA TELEFÔNICA E INTERNET INOPERANTES. DANO MATERIAL. PARCIAL INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL. RECURSO PREJUDICADO.

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. LINHA TELEFÔNICA E INTERNET INOPERANTES. LUCROS CESSANTES. PROVA DO DANO. PESSOA JURÍDICA.

1. Empresa autora que postula indenização material (lucros cessantes) e moral em de-

corrência de defeito no serviço de telefonia e *internet* fornecidos pela ré.

2. Inversão do ônus da prova quanto ao defeito no serviço. Impossibilidade quanto à prova do dano alegado.

3. Indeferimento de produção de prova oral acerca dos negócios que supostamente seriam contraídos junto à empresa autora, que importa em cerceamento de defesa da parte ré e violação ao devido processo legal. Inexistência de preclusão para reconhecimento da nulidade.

4. Declaração de ofício da nulidade do processo, a partir dos atos probatórios. Recurso prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0315827-14.2016.8.19.0001 em que é Apelante Telemar Norte Leste S/A - Em Recuperação Judicial e Apelada Markin Express Parcel Serviços Ltda ME.

Acordam os Desembargadores que integram a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e, de ofício, declarar a nulidade da sentença e dos atos probatórios, restando prejudicado o recurso, pelas razões que se seguem.

Trata-se de Apelação Cível interposta por Telemar Norte Leste S/A - Em Recuperação Judicial, objetivando a reforma da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Capital, nos autos da ação obrigação de fazer c/c indenizatória, ajuizada por Markin Express Parcel Serviços Ltda ME, que julgou procedente o pedido, para: “ a) Confirmar a tutela antecipada concedida a f. 105/106 e torna-la definitiva; B) condená-la a reparar os danos provocados a título de lucro cessantes, pagando a autora o valor de R\$ 113.000,00 (cento e treze mil reais), corrigidos monetariamente desde a data dos e-mails dos

clientes e acrescidos de juros de mora a partir da citação, na forma dos arts. 405 e 406 do CC; C) bem como a pagar à autora a quantia de R\$ 10.000,00 (Dez mil reais) a título de indenização por danos morais, com incidência de correção monetária a contar da sentença (Súmula nº 362/STJ) e juros de mora a partir da citação, na forma dos arts. 405 e 406 do CC; d) condenar a parte ré ao pagamento da quantia de R\$ 136,91 (cento e trinta e seis reais e noventa e um centavos), a título de indenização pelos danos emergentes, com incidência de correção monetária a contar do desembolso e juros de mora a partir da citação. Condeno a parte ré, outrossim, em custas e honorários advocatícios, que ora arbitro 10% do valor da condenação na forma do art. 85, parágrafo 2º do NCPC.”

Apela a parte ré, afirmando que, após ser intimada para cumprir a decisão que antecipou os efeitos da tutela, compareceu ao endereço da apelada, com o objetivo de realizar conserto da linha telefônica e da *internet*, o que se tornou impossível em razão da ausência de representantes da apelada, que pudessem atender os técnicos da ora apelante.

Sustenta a ausência de comprovação de qualquer dano material acarretado à empresa apelada, além de ser vedada a presunção de danos a fim de impor o dever de indenização.

Afirma que não há idoneidade no e-mail que pretenderia contratar negócio de R\$ 50.000,00 com o Conselho Regional de Farmácia do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que foi encaminhado por meio de correio pessoal de suposto assessor de diretoria, e não por um e-mail corporativo. Além disso, não se demonstra a existência de procedimento licitatório para a contratação.

Com relação ao suposto pedido da empresa Registro Certo Fotolito Digital, no valor de R\$ 63.000,00, aduz que não há prova de que o defeito na linha telefônica a impediu de celebrar o contrato. De outro lado, não há prova de que

realiza cobrança de R\$ 0,42 por objeto manipulado, o que poderia ter sido demonstrado com a apresentação de notas fiscais de serviços já realizados. Nem mesmo seria crível que sociedade de pequeno porte disponibilizaria R\$ 63.000,00 para envio de correspondências. Tal documento seria produzido unilateralmente pela apelada.

Alega não haver comprovação de dano à honra objetiva da apelada, ensejadora de danos morais. Tampouco se demonstrou a ocorrência de ilícito praticado pela apelante a ensejar o dever de reparação. Ademais, a indenização arbitrada seria excessiva e causadora de enriquecimento sem causa da apelada.

Requer seja provido o recurso para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos ou, subsidiariamente, sejam reduzidas as verbas indenizatórias.

A parte apelada ofereceu contrarrazões (index. 418).

É o relatório. Passo ao fundamento e à decisão.

Observa-se, inicialmente, a presença dos requisitos de admissibilidade recursal, a importar no conhecimento do mérito posto em sede de apelação.

Aqui, nesta parte, torna-se imperioso mencionar que o tema nos leva a dois exames fáticos.

O primeiro, saber se houve queda ou suspensão temporária da prestação do serviço em discussão.

O segundo aspecto fático diz respeito à dimensão da perda material sofrida pela parte autora, e à eventual prova produzida nos autos.

Quanto ao primeiro aspecto fático, obrou bem o Juiz. Havendo falha na prestação do serviço, e estando dentro de uma relação consumerista, cabe a inversão do ônus probatório, principalmente pela impossibilidade técnica de o autor demonstrar adequadamente a ocorrência desses fatos.

Já quanto ao segundo aspecto fático, não se colocou adequada a inversão realizada. Isto porque não está na esfera de conhecimento direto da parte ré as pessoas que têm o hábito de contratar com a parte autora.

Por conseguinte, como poderia, e pode, a ora apelante demonstrar a ausência de tratativas preliminares por parte da autora e terceiros? Isto seria impossível, por se tratar da chamada “prova negativa”. Ou seja, se nada ocorreu, trazer dados negativos se torna praticamente impossível.

Claro fica, então, que as provas versando a perspectiva de contratação da autora apelada, por terceiros, e a sua não ocorrência por força da falha no serviço da apelante, está no âmbito da responsabilidade da referida autora apelada, e não o contrário.

Logo, a inversão probatória feita nesta parte encontra-se equivocada, e representa verdadeiro cerceamento na defesa da ré apelante, e pode aqui ser reconhecido haja vista que o novo CPC não permite o efeito preclusivo de certos temas, como o probatório.

O efeito não preclusivo mencionado acima é um corolário que se retira das limitações estabelecidas para efeitos de agravo de instrumento, por força do art. 1.015, do CPC.

Restaria saber se este tema pode ser conhecido de ofício. Sim. O parágrafo único do art. 278 do CPC não deixa dúvidas. Isto porque a inversão procedida afronta o princípio do devido processo legal e rompe com direitos e garantias fundamentais.

Portanto, evidente o vício, não cabendo o argumento constante da sentença, que valora provas unilaterais. Isto porque os documentos mencionados, e advindos de prováveis contratantes futuros, não foram checados em sua essência, como pretendido pelo réu, que postulou o depoimento pessoal das partes interessadas na contratação.

Nesta parte, correta a postulação e dúvida da parte ré. O depoimento pessoal tem sim uma razão de ser: conferir a existência dessas pessoas jurídicas e a real vontade de contratar.

Veja-se que esta verificação era importante também para saber o porquê de não se contratar, face à ausência do serviço de telefonia, quando

havia a possibilidade de se utilizar de outros meios de comunicação.

Ou seja, evidente o cerceio do direito de defesa a afrontar o devido processo legal, impondo-se o reconhecimento de nulidade do feito desde a fase probatória.

Ante o exposto, vota-se no sentido de se declarar de ofício a nulidade dos atos processuais praticados a partir da fase probatória, restando prejudicado o apelo.

RIO DE JANEIRO, 11 DE MARÇO DE 2020.
DES. RICARDO COUTO DE CASTRO
RELATOR

INTERDIÇÃO PROPOSTA DE GENITORA. LAUDO MÉDICO. RETARDO MENTAL LEVE. CONTESTAÇÃO DO GENITOR. PERÍCIA. CONFIRMAÇÃO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. INTERDIÇÃO. LAUDO MÉDICO PERICIAL CONCLUSIVO, NO SENTIDO DE QUE A INTERDITADA É PORTADORA DE QUADRO COMPATÍVEL COM RETARDO MENTAL LEVE. Cuida-se de ação de interdição proposta pela genitora da interditanda, pugnando por sua nomeação como curadora com o intuito de auxiliar sua filha na prática de atos patrimoniais e negociais. Prolatada sentença de procedência, insurge-se o genitor da decisão. Alegação de que não há qualquer motivo para que sua filha seja interditada que não merece acolhimento. *In casu*, houve diagnóstico de retardo mental leve por diversos profissionais. Laudo pericial do juízo confirmando a condição da interditanda. Estudo psicológico que corroborou a conclusão do perito. Hipótese que atrai a incidência do Estatuto da Pessoa com Deficiência. De acordo com nosso ordenamento jurídico, pessoa com deficiência é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Proteção do deficiente psíquico que

deve ocorrer na exata medida da sua ausência de discernimento, gerando a curatela efeitos distintos a depender do nível de consciência do curatelado, de modo a preservar-se, o tanto quanto possível, a liberdade para a prática dos atos concernentes à sua esfera existencial. Curatela que se configura como instituto assistencial excepcional, destinado a viabilizar o exercício de direitos e interesses. Do cotejo dos autos, constata-se que o juízo a quo observou o melhor interesse da curatelada, privando-a tão somente dos direitos de natureza patrimonial e negocial, levando em conta a vontade da própria interditanda e os episódios por ela vivenciados. Manutenção da sentença que se impõe. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 0012941-78.2013.8.19.0209, em que é Apelante L.C.B. e Apelada A.C.B. assist/p/s/curadora S.M.R.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem esta E. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto que segue.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por L.C.B. da sentença que decretou a interdição de sua filha A.C.B.

S.M.R., genitora de A.C.B., ingressou com ação de interdição e curatela de sua filha, argumentando que A.C. possui 39 anos de idade, é solteira e está acometida por doença conforme laudos médicos.

Afirma que sua filha não concluiu o ensino superior e é restrita apenas ao convívio de sua mãe. Alega que após a separação conturbada dos pais, sofreu vários traumas psicológicos que vem se agravando ao longo do tempo.

Afirma que A. foi diagnosticada como portadora de baixo desempenho cognitivo global em relação à sua faixa de idade, com baixa capacidade de concentração e baixo rendimento em atividades laborativas e outros diagnósticos.

Sustenta que a interditanda assinou recentemente procuração e declaração de exoneração de pensão em favor de seu pai, L.C.B., sem ter tido a real noção do que estava fazendo.

Pretende obter desde logo o restabelecimento da sua pensão alimentícia que sempre foi e continua sendo primordial para sua sobrevivência, visando, principalmente, à continuidade de seu tratamento de saúde e uma melhor qualidade de vida.

Informa que ambas residem em imóvel emprestado de parentes, com gastos fixos com alimentação, remédios, luz e gás em torno de R\$ 1.696,00. A interditanda recebia uma renda mensal do pai de R\$ 1.400,00 há mais de 30 anos, sendo suas necessidades complementadas pelo irmão e outros parentes.

Pugna pela antecipação dos efeitos da tutela bem como seja a requerente nomeada como curadora provisória.

Ao final, requer a decretação de interdição de A.C.

Dos documentos acostados aos autos destacam-se, extratos da pensão alimentícia, declaração assinada por A. informando que não necessita mais de auxílio do pai, avaliação neuropsicológica, declaração de trancamento de curso em ensino superior (index 000014).

Manifestação do Ministério Público requerendo a realização de diligências bem como pela nomeação de curador provisório (index 000036).

Despacho nomeando perito e determinando o atendimento das diligências requeridas pelo *Parquet* (index 000037).

Decisão deferindo a gratuidade de justiça (index 000067).

Laudo pericial (index 000075).

Despacho designando data para audiência de impressão pessoal (index 000091).

Audiência na qual foi determinada a intimação do perito para prestar maiores esclarecimentos bem como pela realização de estudo psicológico (index 000096).

Manifestação do perito informando que a seu entender a Interditanda necessita de representação na execução de atos de reponsabilidade financeira e patrimonial (index 0000990).

Estudo psicológico (index 000103).

Despacho determinando a nomeação de curador especial (index 000112). Manifestação da Defensoria Pública no sentido de que a atribuição é do Ministério Público (index 000124).

Manifestação do Ministério Público pela nomeação de curador judicial ao incapaz (index 000126).

Decisão (index 000128):

“1- Reforce-se a autuação.

2- Considerando o laudo de f. 67/73, no qual concluiu o Dr. Perito Psiquiatra ser a Requerida "portadora de um quadro compatível com um Retardo Mental Leve (CID 10ª Revisão F nº F70) que a incapacita, parcialmente, para exercer os atos da vida civil, relacionados à responsabilidade financeira e patrimonial, defiro a Curatela Provisória na modalidade de Assistência à Requerente, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, para que assista a Requerida na prática de atos de natureza financeira e patrimonial, na forma do art. 4º, III do Código Civil.

Venha cópia da certidão de casamento da Requerente com averbação do Divórcio, para comprovar a grafia atual de seu nome, após o que, lavre-se o Termo.

3- Em seguida, certifique-se se todos os ofícios cuja expedição foi deferida foram respondidos e conclusos.”

Termo de curatela (index 000130).

Após novo requerimento do MP, decisão do juízo nomeando curador especial à interditanda pela Defensoria Pública (index 000149).

Manifestação da Curadoria especial na qual insurge-se por negativa geral, pugnando pela improcedência do pedido (index 000153).

Manifestação do Ministério Público pela procedência da demanda (index 000157).

O juízo da 2ª Vara Cível da Regional da Barra da Tijuca prola sentença de procedência nos seguintes termos (index 000174):

“(…) Ante o exposto, julgo procedente o pedido para decretar a interdição de A.C.B., nomeando-lhe curadora sua mãe S.M.R., nos termos dos artigos, 1.767, I e 1.782, ambos do código civil, ficando a curatelada privada de, sem a curadora, praticar atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, devendo a curadora nomeada prestar compromisso em 05 (cinco) dias. Deverá a curadora prestar contas anualmente, na forma do artigo 84 § 4º da Lei nº 13.146/2015. Lavre-se o termo.

Dispensada a especialização dá hipoteca legal e a prestação de cautela, por força do artigo do art. 1.745, § Único, *in fine*, c/c art. 1.781, ambos do Código Civil.

Ressalte-se que, ressalvadas as peculiaridades do caso concreto, o artigo 85 § 1º da Lei nº 11.146/2015 dispõe que a definição da curatela não alcança o direito do curatelado ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, ressalvado, ainda, que o disposto no artigo 6º da mesma Lei dispõe que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da Pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o

número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Inscreva-se no Registro Civil de Pessoas Naturais e publique-se nos termos do artigo 755 do Código de Processo Civil. Expeçam-se os ofícios de praxe.

Condeno a parte autora nas custas processuais, observada a gratuidade de justiça deferida. Sem honorários. Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se. P.I.”

L.C.B., genitor de A., interpõe recurso de apelação no qual alega, em síntese, ser pessoa idosa e com dificuldade financeiras, ressaltando que apenas pediu a filha – que se encontrava em pleno gozo de suas capacidades civis – que o exonerasse da obrigação de pensionamento, o que poderia ter sido feito quando a mesma atingiu a maioridade.

Aduz que a sentença é nula por vício processual ou por vício de conteúdo e vontade e que foram ditas inverdades denegrindo sua imagem. Alega que aos 24 anos sua filha foi aprovada em exame vestibular e passou a realizar curso de comunicação social na UNICARIOCA. Aos 29 anos abandonou os estudos, que deveriam ter sido concluídos aos 27.

Sustenta que sua filha jamais se submeteu a tratamentos psiquiátricos ou psicológicos em decorrência de quaisquer comorbidades que justificassem sua interdição, destacando que, em sua opinião, o resultado da avaliação neuropsicológica foi inconclusivo. Afirma ainda que são suspeitas as ocasiões em que os laudos –

inclusive o judicial – foi feito. Pugna pela anulação da sentença para que sejam feitos novos laudos com equipe multidisciplinar, nova prova pericial e oitiva de testemunhas (index 000182).

Contrarrazões (index 000198).

Parecer da d. Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso (index 000215).

VOTO

Em juízo de admissibilidade, reconheço a presença dos requisitos extrínsecos e intrínsecos, imprescindíveis à interposição do recurso.

Cuida-se de ação de interdição proposta pela genitora de A. pugna por sua nomeação como curadora da filha, auxiliando-a na prática de seus atos em decorrência do diagnóstico de retardo mental leve. Prolatada sentença de procedência, insurge-se o genitor da decisão.

Ab initio, rejeitam-se as alegações de nulidade suscitadas pelo recorrente. Saliente-se, nesse ponto, que o genitor se limita a alegar vício processual e de conteúdo sem apontar seus fundamentos.

Sobre o tema, mister esclarecer que se considera pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. É o que dispõe o artigo 2º da Lei nº 13.146, de 06/07/2015:

Art. 2º - Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Com efeito, a proteção do deficiente psíquico deve ocorrer na exata medida da sua ausência de discernimento, gerando a curatela efeitos distintos

a depender do nível de consciência do curatelado, de modo a preservar-se, o tanto quanto possível, a liberdade para a prática dos atos concernentes à sua esfera existencial, às escolhas de sua vida.

Nesse contexto, tem-se que a manutenção da autonomia da vontade do curatelado depende, então, do livre desenvolvimento da sua personalidade, que deve ser protegido pelo curador em paralelo aos propósitos de recuperação da saúde, qualidade de vida, inserção social e proteção patrimonial.

O sistema de capacidade desenvolvido no Código Civil, não tem por objeto a exclusão de pessoas, mas sim, a formação de institutos jurídicos capazes de proteger pessoas com discernimento diferenciado, quando da gestão de suas vidas e formação das relações jurídicas.

A curatela não implica, nem pressupõe a incapacidade civil absoluta do curatelado, do que decorre impensável que a disciplina da interdição se traduza em verdadeira ‘morte civil’. A respeito do tema, lecionam CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD¹:

“(…) No ponto, exsurge um ponto de interseção entre a teoria das incapacidades e as pessoas com deficiência física ou psíquica.

Isso porque uma pessoa com deficiência, eventualmente, por algum fator pessoal, pode estar impossibilitada de manifestar a sua vontade, temporária ou definitivamente. Seria o caso de uma pessoa privada totalmente de discernimento mental.

É certo que determinadas doenças ou estados psicológicos do organismo humano reduzem a capacidade de compreensão da vida e do cotidiano, impossibilitando a manifestação de vontade. Daí a opção legislativa de reconhecer tais pessoas como incapazes relativamente. Advirta-se por oportuno: a causa incapacitante, nessa

1 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 917.

hipótese, não reside na patologia ou no estado psíquico, mas na impossibilidade de exteriorizar a vontade”.

Destarte, a curatela configura-se como instituto assistencial excepcional, destinado a viabilizar o exercício de direitos e interesses diante de uma incapacidade relativa, a ser delineada por meio da aferição quanto à possibilidade de a pessoa expressar sua vontade.

No caso dos autos, verifica-se que o laudo pericial atesta que A. desde a época escolar apresenta grande dificuldade de interação social e desempenho, com repetências. Ingressou no nível universitário, mas não conseguiu terminar o curso, sendo ajudada por um aluno mais velho que percebeu o seu problema cognitivo, aconselhando sua mãe a procurar ajuda especializada. Reside com sua genitora de quem se mostra dependente para qualquer iniciativa. Confirma-se a conclusão do *expert* (index 000075):

“De acordo com os dados colhidos durante a entrevista, pode-se concluir que a Interditanda é portadora de um quadro compatível com um Retardo Mental Leve (CID., 10a Revisão F70) que a incapacita, parcialmente, para exercer os atos da vida civil. Entende o perito que tais atos são os relacionados à responsabilidade financeira e patrimonial.”

Por sua vez, o estudo psicológico (index 000103) termina de forma coerente com o laudo pericial psiquiátrico:

“(…) Também segundo A., ela própria está querendo essa interdição para evitar ser novamente enganada.

Observei que A. ficou bastante magoada com o pai após o encontro em que este a fez assinar um documento abrindo mão da pensão. Repetidamente a interditanda

afirmou que só o assinou porque ficou com medo do pai bater nela. Além disso, não sabia que estava também assinando uma procuração, porque o pai posicionou esse documento embaixo do outro.

Pelo que pude observar, tomando como base o relato das duas, o pai de A. rejeitou a filha desde criança por ela ser diferente do que ele esperava. Até hoje, ele não costuma procurá-la e “nem dar presentes”. Da última vez em que estivera com o pai em Brasília, no relato da interditanda, foi mal tratada por ele e sua atual mulher. Dessa forma, quando A. recebeu o convite do pai para almoçar, esse convite naturalmente despertou nela expectativas de reaproximação. Entretanto, após fazê-la esperar e chegar ao encontro já tendo almoçado, o pai teria deixado evidente que o motivo do encontro era fazer a filha abrir mão de sua pensão. Segundo A., ele lhe dizia que estava passando necessidades e que não poderia continuar lhe dando esses recursos. Ainda na descrição de A., o pai lhe segurou forte pelo braço e falava de forma contundente, o que a fez sentir medo de que este pudesse agredi-la se não assinasse o que pedia. Após o ocorrido, A. percebeu que fora enganada e que o pai vive em excelentes condições financeiras.

Em avaliações médicas anteriores, A. foi diagnosticada como portadora de retardo leve. Pelo relato de seu histórico de vida, ela já passou por repetidas situações de rejeição familiar e social. Atualmente sua vida se restringe à própria casa e seu contato social ao convívio na igreja católica que frequenta. A. não desenvolveu vida afetiva e demonstra vínculo de dependência com a mãe.

(…) Do ponto de vista psicológico, observei

que tal encontro com o pai e suas consequências em sua vida financeira, abalou ainda mais a autoestima de A., com implicações consideráveis em seu sentimento de autoconfiança e segurança. Com isso, a interditanda se deu conta, ainda mais, de suas próprias deficiências e fragilidades. Hoje A. pede que seja assistida em seus atos formais, pois percebe que o que fizer pode lhe trazer consequências ruins, e não se sente em condições de administrar a própria vida.

(...) Observei que há nos autos relatório de perícia psiquiátrica (f. 67) e laudo médico pericial (f. 85) indicando que "a interditanda necessita de representação na execução de atos de responsabilidade financeira e patrimonial".

Também do ponto de vista psicológico, considero indicado que A. seja representada nos atos de sua vida civil. Avalio que isso irá trazer-lhe sentimento de maior segurança e proteção. A pessoa em quem ela mais confia atualmente é sua mãe S., a qual também é quem se encarrega dos atos necessários à sua subsistência."

Assim, ao contrário do alegado pelo recorrente, percebe-se que todos os cuidados foram tomados, seguindo o processo os trâmites legais adequados.

Do cotejo dos autos, constata-se que o juízo a quo observou o melhor interesse da curatelada, privando-a tão somente dos direitos de natureza patrimonial e negocial, levando em conta a vontade da própria interditanda e os episódios por ela vivenciados.

Assim, mostra-se inequívoca a necessidade de se determinar a curatela, que, apesar de se restringir a atos de natureza negocial e patrimonial, possui cunho protetivo, visando não apenas resguardar eventual patrimônio da pessoa com deficiência, mas, sobretudo, preservar do melhor interesse do curatelado. Nesse sentido:

Apelação Cível. Ação de Interdição. Direito Civil. Demandante que vindica a curatela de seu irmão e sua nomeação para o exercício do encargo. Sentença de procedência, com a decretação da curatela para os atos de natureza patrimonial e negocial e a nomeação do Requerente como curador. Oposição de Embargos de Declaração, que restaram acolhidos, para estabelecer que o exercício do munus deve ocorrer por meio de assistência, e não de representação. Irresignação do *Parquet*. Curatelado acometido de "retardo mental moderado", conforme avaliação técnica realizada no curso da demanda. Constatação pericial de incapacidade permanente e ausência de compreensão e alcance a respeito dos atos de cunho patrimonial. Interditando inserido no conceito de pessoa com deficiência, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei nº 13.146/15. Curatela qualificada como medida protetiva extraordinária e proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, preservados os interesses da pessoa curatelada. Inteligência dos arts. 84, § 3º, e 85, § 2º, da Lei Brasileira de Inclusão. Hipótese de incapacidade relativa. Alteração dos arts. 3º e 4º do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Instituto da representação que, apesar de originalmente direcionado aos absolutamente incapazes, deve figurar como instrumento de tutela dos interesses daqueles que não podem exteriorizar sua vontade. Interditando não detentor de discernimento para a prática dos atos negociais, necessitando da representação do curador. Especificidades do caso evidenciadas de que a assistência, por exigir a manifestação da pessoa assistida, não atende ao melhor interesse do curatelado. Possibilidade de o magistrado definir o alcance e os termos do exercício do encargo dentro dos parâmetros

previamente estabelecidos pela lei e das necessidades fáticas da pessoa sujeita à medida. Previsão constante do art. 85, § 2º, da Lei nº 13.146/15, do art. 1.772 do CC e do art. 755, II, do CPC. Impositiva reforma do decisum para estabelecer o exercício da curatela por meio de representação, considerando a impossibilidade de expressão volitiva do interditando. Precedentes desta Egrégia Corte de Justiça. Inaplicabilidade do disposto no art. 85, § 11, do CPC, ante a ausência de fixação de sucumbência pelo Juízo a quo. Conhecimento e provimento do recurso.

0004481-73.2012.8.19.0036 – APELAÇÃO - Des. SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO - Julgamento: 26/06/2019 - Décima Primeira Câmara Cível

Apelação cível. Pedido de levantamento de interdição. Sentença de procedência parcial. Inconformismo da Autora. Laudo médico pericial conclusivo, no sentido de que a interditada é portadora de quadro compatível com retardo mental leve a moderado, e, do ponto de vista psiquiátrico, é incapaz parcialmente para atos da vida civil. Imprescindibilidade da assistência de sua curadora para os atos que necessitem de cálculos ou para tomar decisões que possam comprometer sua sobrevivência. Recurso a que se nega seguimento, mantendo-se a sentença pelos seus próprios fundamentos.

0023159-80.2013.8.19.0205 – APELAÇÃO - Des. LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO - Julgamento: 26/10/2016 - Sétima Câmara Cível

Impõe-se a manutenção da sentença em sua integralidade.

Por derradeiro, observe-se que a questão referente a pensão alimentícia deverá ser analisada em procedimento próprio.

Por tais fundamentos, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

RIO DE JANEIRO, 31 DE MARÇO DE 2020.

DES^a. DENISE NICOLL SIMÕES

RELATORA

MANDADO DE SEGURANÇA. ITCMD. FATO GERADOR DE TRANSMISSÃO *INTER VIVOS*. FALECIMENTO DA USUFRUATUÁRIA. TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE. DOAÇÃO. DIREITO REAL. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

MANDADO DE SEGURANÇA. DOAÇÃO COM RESERVA DE USUFRUTO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO - ITCMD. POSTERIOR EXTINÇÃO DO USUFRUTO POR MORTE DA USUFRUATUÁRIA. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR DE TRIBUTO. BITRIBUTAÇÃO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

Controvérsia limitada à legalidade da incidência do ITCMD, em razão da extinção do usufruto em decorrência da morte da usufrutuária.

É de competência dos Estados e do Distrito Federal a instituição de imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens móveis ou imóveis e direitos, ficando afastadas as transmissões a título oneroso, conforme outorga do inciso I, do artigo 155, da Constituição da República. O Estado do Rio de Janeiro instituiu o imposto de referência, por meio da Lei nº 1.427, de 1989. Posterior edição da Lei Estadual nº 7.174, de 2015, que dispõe sobre o mesmo imposto e revoga a Lei Estadual nº 1.427, de 1989, a partir de 01/07/2016. Artigo 7º, da lei ora vigente que, em seu inciso III, afasta a incidência do ITCMD na “extinção de usufruto ou de qualquer outro direito real”. Óbito da usufrutuária aos 21/08/2016, sendo injustificável a cobrança do referido imposto, por ocasião da extinção do usufruto, o que não constitui fato gerador do ITCMD, vez que inexistente a necessária

transmissão do bem. O que ocorre é, apenas, a solidificação de todos os atributos daquela primitiva propriedade nas mãos do nu-proprietário, a par de incorrer em bitributação.

Declaração de inconstitucionalidade do artigo 42, da Lei nº 7.174, de 2015, pelo colendo Órgão Especial deste e. TJRJ, no julgamento da Representação por Inconstitucionalidade nº 0008135- 40.2016.8.19.0000.

Concessão da segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Mandado de Segurança nº 0063213-19.2016.8.19.0000, em que é impetrante: Eliane Maria Sampaio Genn e impetrado: Exmo. Sr. Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro,

Acordam os Desembargadores, que compõem a Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conceder a segurança, nos termos do voto da Desembargadora Relatora, como segue.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Eliane Maria Sampaio Genn, contra ato omissivo do Exmo. Sr. Secretário de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, em cuja peça inicial objetiva a impetrante o reconhecimento da inexistência do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e por Doação, por se tratar de mera extinção de usufruto por morte do usufrutuário, na forma do inciso I, do artigo 1.410, do Código Civil, assim como o cancelamento das guias de controle nº 2016-2-065427-8-00, no valor de R\$ 9.996,21 (nove mil, novecentos e noventa e seis reais e vinte e um centavos), e nº 2016-2-070812-2-00, no valor de R\$ 26.231,28 (vinte e seis mil, duzentos e trinta e um reais e vinte e oito centavos), além da determinação da respectiva baixa do usufruto, sem o recolhimento do ITCMD, no Registros de Imóveis.

Aduz a impetrante, em síntese, que recebeu dois imóveis por herança, doados com reserva de usufruto; que tal reserva foi instituída no ato de doação, conforme a escritura pública lavrada aos 29/05/1992, no 3º Ofício de Notas da cidade de Niterói, com o pagamento integral do ITCMD; que após o falecimento da usufrutuária, no dia 28/08/2016, e consequente extinção do usufruto, buscou a consolidação da propriedade perante os Registros de Imóveis, que exigiram a comprovação do recolhimento do ITCMD relativo à extinção do usufruto; que, então, solicitou guia de isenção, todavia, o ora impetrado procedeu o lançamento do referido imposto nas guias nº 2016-2-065427-8-00 e nº 2016-2-070812-2-00, a primeira referente ao imóvel situado na cidade de Niterói e a segunda, relativa ao imóvel localizado no bairro de Ipanema, nesta Capital; que consta na escritura pública de doação o recolhimento do imposto no ano de 1992, quando se deu a doação e efetiva transferência da propriedade, e que a extinção do usufruto por renúncia ou morte do usufrutuário não configura fato gerador da cobrança do ITCMD, sob pena de ocorrer bitributação, vez que a doação constitui fato gerador do imposto de transmissão inter vivos.

A f. 18, decisão que indefere o pedido liminar, por entender ausente um de seus requisitos, o *periculum in mora*.

Impugnação apresentada pelo Estado do Rio de Janeiro a f. 22/31, em cujas razões alega, em resumo, que a Lei Estadual nº 1.427, de 1989 é clara ao estabelecer, em seus artigos 3º e 11º, a incidência do ITCMD sobre a extinção do usufruto; que o artigo 7º, da Lei Estadual nº 7.174, de 2015, que previu a não incidência do ITCMD sobre a extinção do usufruto, não é aplicável à espécie, porquanto o seu artigo 42 estabelece que, em relação às doações efetuadas antes da entrada em vigor da nova lei, deve ser recolhido o imposto não só no momento da doação, mas,

também, na desconstituição do direito real; que o direito de propriedade abrange as faculdades de usar, fruir, dispor e reivindicar o bem; que na instituição do usufruto são transmitidas apenas as duas primeiras; que somente os dois últimos direitos são transferidos ao donatário, sendo devido o pagamento do imposto de transmissão, e que negar a incidência de ITCMD no caso sob exame significa afastar a aplicação dos mencionados dispositivos legais, sem a observância da cláusula de reserva de plenário, o que importa violação do artigo 97, da Constituição Federal, razões por que postula a denegação da segurança.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça a f. 34/37, no sentido da ausência de interesse público que justifique a sua intervenção no feito.

É o relatório.

Releva notar, *ab initio*, que será concedido mandado de segurança “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”, nos termos do inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Usualmente o remédio constitucional é utilizado contra atos do Poder Executivo, contudo e excepcionalmente pode ser impetrado contra atos dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Assim, tem-se que o mandado de segurança é cabível contra ato judicial de qualquer natureza e instância, desde que ilegal e violador de direito líquido e certo do impetrante e, sobretudo, não servindo como sucedâneo recursal, consoante o artigo 5º, da Lei nº 12.016, de 2009.

No tocante ao mérito, cinge-se a questão à legalidade da cobrança do imposto de transmissão no ato de extinção de usufruto por morte da usufrutuária.

O referido imposto foi instituído pela Lei Estadual nº 1.427, de 1989, que, em seu artigo 1º, dispõe sobre as hipóteses de ocorrência de fato gerador para a incidência do tributo:

“Art. 1º - O Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e por Doação, de quaisquer Bens ou Direitos, tem como fato gerador:

I - a transmissão da propriedade ou domínio útil de bens imóveis por natureza ou acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia e as servidões prediais;

III - a transmissão de títulos, créditos, ações, quotas, valores e outros bens móveis de qualquer natureza, bem como os direitos a eles relativos.

IV - a aquisição de bem ou direito em excesso pelo herdeiro, cônjuge ou companheiro, na partilha, em sucessão *causa mortis*, dissolução de sociedade conjugal ou alteração do regime de bens. (nova redação dada pela Lei nº 5.440/2009).”

O artigo 3º, da aludida lei estadual isenta do pagamento do imposto, em seu inciso III, “a extinção do usufruto, do uso e da habitação, em decorrência de sucessão *causa mortis*, de um único imóvel, desde que o herdeiro ou legatário não seja proprietário de outro imóvel e tenha renda mensal igual ou inferior a 5 (cinco) salários-mínimos”.

Verifica-se, na espécie, pela escritura de f. 11/15, datada de 29/05/1992, a doação de dois imóveis, com reserva de usufruto para a doadora, razão por que o presente caso não se enquadraria na isenção acima mencionada.

Ocorre que o Estado do Rio de Janeiro editou a Lei Estadual nº 7.174, de 2015, que dispõe sobre o mesmo imposto e revoga a Lei Estadual nº 1.427, de 1989, a partir de 01/07/2016.

O artigo 7º, da lei ora em vigor, em seu inciso III, afasta a incidência do ITCMD na “na extinção de usufruto ou de qualquer outro direito real”. Considerado que o óbito da usufrutuária deu-se

aos 21/08/2016, é injustificável a cobrança do ITCMD, por ocasião da extinção do usufruto, momento em que consolidada a propriedade ao nu-proprietário com todos os seus poderes, de usar, gozar e dispor da coisa (*caput*, do artigo 1.228, do Código Civil), sob pena de caracterizar-se bitributação.

Com efeito, inexistente transferência de qualquer direito ao nu-proprietário, considerado que já é inerente à propriedade a faculdade de usar e gozar da coisa. O falecimento da usufrutuária não importa transmissão do direito de propriedade, vez que esta já havia ocorrido no momento da doação.

É certo que o usufruto é direito real sobre coisa alheia, que confere ao usufrutuário à posse, uso, administração e percepção dos frutos sobre a coisa alheia, nos termos do inciso IV, do artigo 1.225 e do artigo 1.394, ambos do Código Civil.

Confira-se, ainda, o ensinamento de CLAUDIO CARNEIRO sobre o imposto em questão, *in Impostos estaduais, federais & municipais*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 136:

“(...) o fato gerador será sempre a transmissão, seja pelo evento morte ou pela doação. Segundo o direito privado, ocorre a transmissão quando se transferem para outrem bens e direitos. Contudo, para efeitos de incidência do ITCMD, consideramos apenas a transmissão gratuita *inter vivos* de bens móveis ou imóveis, ou de direitos, ou a transmissão em razão da morte do titular, dos seus bens e direitos objetos de transmissão. (...)”

Não há falar, portanto, em transmissão da propriedade no momento da extinção do usufruto, vez que tal transmissão ocorreu com a doação.

No mesmo sentido os Mandados de Segurança nº 0058795- 72.2015.8.19.0000, nº 0067275-39.2015.8.19.0000, nº 0062036- 88.2014.8.19.0000 e nº 0022304-32.2016.8.19.0000, e a Apelação Cível nº 0231473-66.2010.8.19.0001.

No que respeita à aplicação do artigo 42, da Lei Estadual nº 7.174, de 2015, segundo

o qual “por ocasião da extinção de direito real reservado pelo transmitente quando da transmissão da titularidade do bem, realizada anteriormente à produção de efeitos deste artigo, deverá ser paga a segunda parcela do imposto, em complemento à primeira parcela de 50% (cinquenta por cento), recolhida no momento da ocorrência do fato gerador”, observa-se, da simples leitura da escritura pública de f. 11/15, que o imposto de transmissão, por ato *inter vivos*, foi pago pelas guias DARJ-ITD nº 4.64/394695-0 e nº 4.33/045813-0, respectivamente aos 14/05/1992 e 30/04/1992.

Ademais, o mencionado dispositivo legal foi declarado inconstitucional pelo colendo Órgão Especial deste e. TJRJ, no julgamento da Representação por Inconstitucionalidade nº 0008135-40.2016.8.19.0000, aos 10/06/2019, como segue:

“Representação por inconstitucionalidade. Lei Estadual nº 7.174/2015 que dispõe sobre “imposto sobre a transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos (ITD), de competência do Estado do Rio de Janeiro”. Representante que alega a inconstitucionalidade dos artigos 5º, inciso II, alíneas b e c; artigo 12; artigo 23; artigo 24, inciso I, alíneas b, d, e inciso III e artigo 42 da Lei Estadual nº 7.174/2015. Representante que indicou expressamente dispositivos da Constituição Estadual são os parâmetros por ele invocados para arguição de inconstitucionalidade, o que atende o requisito processual de fundamentação nas ações de controle concentrado e evidencia a competência deste Tribunal de Justiça. Preliminares rejeitadas. Artigo 74 da Constituição Estadual que prevê a competência concorrente do Estado do Rio de Janeiro com a União para legislar sobre matéria tributária, devendo suplementar normas gerais editadas pela União. Artigo 5º, inciso

II, alíneas b e d que estabelece a incidência do imposto de transmissão de bem móvel ou imóvel situado no exterior que é constitucional, pois inexistindo lei federal sobre a matéria a competência do Estado é plena. Representante que aponta que o artigo 12 da Lei Estadual nº 7.174/2015 contraria o artigo 128 do CTN, o que evidencia que se verificada a inconstitucionalidade, seria reflexa, afastando a possibilidade de controle abstrato. Artigo 23 da Lei Estadual nº 7.174/2015 que prevê a incidência de ITD sobre valores oriundos de planos de previdência complementar (PGBL e VGBL). PGBL (Plano Gerador de Benefício Livre) que tem a natureza de aplicação financeira. Precedente do STJ. Dessa forma, no momento da morte de seu titular há fato gerador do ITCMD, pois haverá transmissão de direitos aos herdeiros ou beneficiários, não se verificando a inconstitucionalidade de sua incidência. VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre) que tem a natureza de seguro, não estando, assim, incluído no acervo hereditário. Inteligência do artigo 794 do Código Civil. Precedente do STJ. Não constituindo herança, não há fato gerador que do ITD. Havendo efetiva transmissão de propriedade na doação, no fideicomisso e na enfiteuse, está presente o fato gerador de ITD, sendo assim, constitucional o disposto nas alíneas b, d, e do inciso I do artigo 24 da Lei Estadual nº 7.174/2015. Direitos reais que têm a natureza de ônus os quais, quando de sua extinção, não ensejam o fato gerador do ITD, sendo, assim, inconstitucionais o artigo 24, inciso III e o artigo 42 da Lei Estadual nº 7.174/2015. Inconstitucionalidade que deve ser declarada quanto à expressão “Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) constante no artigo 23, bem como quanto aos artigos 24, inciso III e 42, todos da

Lei Estadual nº 7.174/2015. Procedência parcial do pedido.”

Dessa forma, é descabido o pagamento da alegada segunda parcela do imposto.

Por essas razões, voto no sentido de se conceder a segurança. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, consoante o artigo 25, da Lei nº 12.016, de 2009.

RIO DE JANEIRO, 16 DE ABRIL DE 2020.

**DES^a. DENISE LEVY TREDLER
RELATORA**

OBRIGAÇÃO DE FAZER. IRMÃS GÊMEAS. SORTEIO. COLÉGIO DE APLICAÇÃO DA UERJ. CONTEMPLAÇÃO DE UMA DAS IRMÃS. DEVER DE MATRICULAR AS DUAS. INDEFERIMENTO DO DANO MORAL.

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência ajuizada em face do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – Colégio de Aplicação Fernando Rodrigues da Silveira. Autora, representada pela mãe, requer matrícula na mesma escola e turma que sua irmã gêmea, classificada por sorteio para estudar no Cap-UERJ, além de indenização por danos morais. Sentença de procedência parcial. Recurso de apelação interposto por ambas as partes. Parte autora que requer condenação pelos danos extrapatrimoniais. Estado que repisa preliminar de ilegitimidade passiva e argui ser descabida a condenação do Estado em honorários advocatícios Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro nona câmara cível 2 PRS em favor da DPGE. Preliminar rechaçada. Teoria da Asserção. Dever do Estado garantir o direito à educação da criança e do adolescente. Condenação do ERJ ao pagamento de honorários de sucumbência. Confusão patrimonial em credor e devedor. Súmulas 421, do C. STJ e 80, do

TJRJ. Inexistência de desdobramentos de maior gravidade a justificar compensação por danos morais. Recursos conhecidos e parcialmente provido somente o interposto pelo Estado do Rio de Janeiro para afastar a condenação imposta no que se referem aos honorários sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível no processo nº 0042316-30.2017.8.19.0001 em que são Apelantes I.C.S. Rep/P/S/Mãe J.C.S. e Estado do Rio de Janeiro e Apelados Os Mesmos.

Acordam os Desembargadores que integram a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento apenas ao recurso interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto desta relatora.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação proposta por I.C.S. representada por sua mãe J.C.S. em face do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Colégio de Aplicação Fernando Rodrigues da Silveira em que requer a matrícula da autora no Cap-UERJ para que possa estudar junto com sua irmã gêmea, além de indenização por danos morais.

Narra a parte autora que possui irmã gêmea, sendo que, em setembro de 2016, ambas se inscreveram junto à Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Colégio de Aplicação Fernando Rodrigues da Silveira, para concorrer, por sorteio, a 2 vagas no 1º ano do ensino fundamental do Cap-Uerj para o 1º semestre/2017. Afirma que, ao final do certame, apenas 1 das irmãs, M., foi classificada. Requereu, assim, a concessão de tutela de urgência para determinar a matrícula da autora e, no mérito, a confirmação da liminar, além de indenização à título de danos morais.

Parecer do Ministério Público em que opina pela procedência do pedido.

Decisão em que se concede a tutela de urgência para determinar que os réus matriculem a autora no Cap-UERJ, na mesma turma de sua irmã, criando, para isso, vaga extra – indexador 000042.

Contestação do Estado do Rio de Janeiro (indexador 000049) em que alega preliminar de ilegitimidade passiva, por não se confundir com a UERJ ou com seus colégios de aplicação, sendo que a Universidade possui personalidade jurídica própria distinta do Estado e, no mérito, reforça o pedido de improcedência, tendo em vista a inexistência de agente estadual no Cap e a ausência de dever de indenizar, sobretudo diante da inexistência de direito que garanta a irmãos gêmeos permanecerem estudando juntos.

Decisão decretando à revelia da ré UERJ, tendo em vista a ausência de resposta – indexador 000076.

Sentença (indexador 000904) em que julga parcialmente procedente o pedido para confirmar a liminar, determinando que os réus mantenham a matrícula da autora na mesma turma de sua irmã gêmea.

Recurso de apelação a parte autora (indexador 000084) em que requer a reforma da sentença para que seja julgado procedente o pedido de compensação por danos morais.

Contrarrazões do Estado do Rio de Janeiro (indexador 000097), pelo desprovimento do apelo interposto pela parte autora.

Apelação do Estado do Rio de Janeiro (indexador 000103) em que repisa a preliminar de ilegitimidade passiva e aduz ser descabida a condenação do Estado em honorários advocatícios em favor da DPGE.

Contrarrazões da parte autora (indexador 000111) pelo desprovimento do apelo estatal.

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça (indexador 000137) em que opina pelo desprovimento do recurso da autora e provimento do

recurso do Estado do Rio de Janeiro, declarando sua ilegitimidade passiva.

Processados, vieram os autos, então conclusos. Relatados, passo ao voto.

VOTO

Primeiramente, conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não merece prosperar a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Estado. Como sabido, a legitimidade traduz-se na pertinência subjetiva da ação. Por isso, é suficiente que a parte autora aponte contra alguém a violação a direito seu para gerar o interesse da parte contrária em se defender dos efeitos da tutela jurisdicional contra ela invocada.

In casu, trata-se de autarquia estadual, cujo tratamento deve ser norteadado pelo estabelecido no art. 37, parágrafo 6º da Constituição da República, onde se estabelece que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos causados por seus agentes, nessa qualidade, a terceiro.

Ademais, como acertadamente fundamentado na decisão recorrida, é dever do Estado assegurar o direito à educação da criança e do adolescente, o que revela que a negativa de referido ente ao cumprimento da ordem judicial já demonstra descumprimento à garantia constitucional.

No mérito, verifico que a sentença merece reparo no que se refere à condenação do Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de honorários de sucumbência da Defensoria Pública, que assistiu a autora.

De fato, historicamente, os reiterados julgados deste Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de que seria incabível a condenação em honorários advocatícios (sucumbenciais) em favor da Defensoria Pública na hipótese em que esta atua contra a pessoa jurídica de direito público a que vinculada. Tanto assim o foi que restou editado o Enunciado nº 421 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“Os

honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.”) e, no âmbito deste Egrégio Tribunal de Justiça, restaram editados os Enunciados nº 80 (“A Defensoria Pública é órgão do Estado do Rio de Janeiro. Logo, a este não pode impor condenação nos honorários em favor daquele Centro de Estudos, conforme jurisprudência iterativa do STJ.” Referência: Súmula da Jurisprudência Predominante nº 2005.146.00002. Julgamento em 18/07/2005. Relator: Des. HUMBERTO DE MENDONÇA MANES. Votação por unanimidade. Registro de Acórdão em 22/08/2005.) e nº 322 (“Não cabe a condenação, nem a execução, de autarquias estaduais ou fundações autárquicas estaduais a pagar honorários advocatícios em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.” Referência: Processo Administrativo nº 0063254-59.2011.8.19.0000 - Julgamento em 30/06/2014 - Relator: Desembargador EDSON QUEIROZ SCISINIO DIAS. Votação por unanimidade.).

Destaco, porque oportuno, que a deflagração de todos os procedimentos de edição de enunciados de súmulas de jurisprudência que acima aludidos são anteriores à Emenda Constitucional nº 80/2014, dado que considero relevante, como melhor será abaixo fundamentado.

Esta Magistrada pauta seu entendimento pessoal em sentido diverso, e vem observando que o Supremo Tribunal Federal, notadamente após o advento da Emenda Constitucional nº 80/2014, está revisitando a questão, a denotar traçar novo caminho para situações como a ora analisada. Isso porque, agora, inequivocamente, as Defensorias Públicas detêm autonomia funcional, administrativa e orçamentária, tal como preconiza o art. 134, §§ 2º e 3º, ambos da Constituição da República.

Para melhor esclarecer o que ora pondero, transcrevo ementa de julgado recentemente realizado pelo Supremo Tribunal Federal:

“Agravo Regimental em Ação Rescisória. 2. Administrativo. Extensão a servidor civil do índice de 28,86%, concedido aos militares. 3. Juizado Especial Federal. Cabimento de ação rescisória. Preclusão. Competência e disciplina previstas constitucionalmente. Aplicação analógica da Lei nº 9.099/95. Inviabilidade. Rejeição. 4. Matéria com repercussão geral reconhecida e decidida após o julgamento da decisão rescindenda. Súmula nº 343 STF. Inaplicabilidade. Inovação em sede recursal. Descabimento. 5. Juros moratórios. Matéria não arguida, em sede de recurso extraordinário, no processo de origem rescindido. Limites do Juízo rescisório. 6. Honorários em favor da Defensoria Pública da União. Mesmo ente público. Condenação. Possibilidade após EC 80/2014. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo a que se nega provimento. 8. Majoração dos honorários advocatícios (art. 85, § 11, do CPC). 9. Agravo interno manifestamente improcedente em votação unânime. Multa do art. 1.021, § 4º, do CPC, no percentual de 5% do valor atualizado da causa.” (AR 1.937 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2017, Acórdão Eletrônico DJe-175 Divulg. 08/08/2017 Public. 09/08/2017).

A questão se encontra a ganhar ainda mais consistência, verifico que reconhecida a Repercussão Geral no bojo do julgamento do Recurso Extraordinário de número 1.140.005/RG. Portanto, denota-se que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública quando esta atua contra a pessoa jurídica de direito público que integra se encontra em debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não mais sendo assunto pacífico.

Neste sentido:

“Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Pagamento de honorários à Defensoria Pública que litiga contra o ente público ao qual se vincula. Presença de repercussão geral. 1. A decisão recorrida excluiu a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública da União. 2. A possibilidade de se condenar ente federativo a pagar honorários advocatícios à Defensoria Pública que o integra teve a repercussão geral negada no RE nº 592.730, Rel. Min. MENEZES DIREITO, paradigma do tema nº 134. 3. As Emendas Constitucionais nº 74/2013 e nº 80/2014, que asseguraram autonomia administrativa às Defensorias Públicas, representaram alteração relevante do quadro normativo, o que justifica a rediscussão da questão. 4. Constitui questão constitucional relevante definir se os entes federativos devem pagar honorários advocatícios às Defensorias Públicas que os integram. 5. Repercussão geral reconhecida.” (RE nº 1.140.005 RG, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 03/08/2018, Processo Eletrônico DJe-162 Divulg. 09/08/2018 Public. 10/08/2018).

Destaco, porque oportuno, de fato, que enunciados de súmula de jurisprudência dominante e as teses fixadas em sede de Recursos Especiais são registros de interpretação pacífica sobre certo tema. Contudo, tais não possuem teor obrigatório, nem vinculante. Outrossim, verifico que, notadamente, o Supremo Tribunal Federal caminha para a superação do entendimento então adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal de Justiça, a denotar a ocorrência de overruling no caso concreto.

Portanto, diante destes dois pontos, é plenamente possível seja o Estado do Rio de Janeiro

condenado ao pagamento de honorários advocatícios em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Inadmissível a ideia de confusão patrimonial, uma vez que a Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro não se submete mais ao Poder Executivo Estadual, possuindo gestão própria de seus recursos e dotação orçamentária exclusiva, nos termos dos art. 97-A da Lei Complementar nº 80/1994 e art. 134, § 2º, da Constituição da República. As verbas decorrentes dos honorários advocatícios sucumbenciais, que destinadas ao Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, são destinadas ao fomento da própria instituição, como se extrai, inequivocamente, do art. 4º, XXI, da Lei Complementar nº 80/1994.

Por fim, observa-se que, a despeito do que argumentou o apelado, o fato de a literalidade do art. 85, *caput*, do Código de Processo Civil indicar a condenação ao “advogado” do vencedor, não retira do apelado o dever de arcar com os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência. Isso porque, à luz da norma veiculada pelo art. 85, § 19, do Código de Processo Civil, possível se revela, nas hipóteses em que advogados públicos funcionem nos processos judiciais (aqui compreendidos Procuradores Municipais, Procuradores Estaduais, Advogados Públicos da União e Defensores Públicos Estaduais e Defensores da União), seja a arrecadação intermediada pelos respectivos Centros de Estudos, à luz de lei regulamentadora, justamente o caso concreto.

Todavia, em apreço ao Princípio da Colegialidade, passo a adotar o entendimento em consonância com os demais integrantes deste órgão julgador, no sentido de que a decisão proferida no AR nº 1.937 AgR/DF- não possui efeitos

erga omnes e, portanto devem ser aplicadas as súmulas 421¹, do C. STJ e 80², do TJRJ.

Neste sentido, trago à baila os seguintes arestos:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PACIENTE COM NECESSIDADE DE TRANSFERÊNCIA, COM URGÊNCIA, PARA HOSPITAL COM CTI. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. SÚMULA Nº 65 DO TJRJ. LEGALIDADE DA INTERNAÇÃO EM INSTITUTO PARTICULAR, NA FALTA DE VAGA EM HOSPITAL PÚBLICO. SUPREMACIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM VALOR RAZOÁVEL E CONDIZENTE À CAUSA, APENAS EM DESFAVOR DO MUNICÍPIO, QUE MERECE SER MANTIDO. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NO SENTIDO DA CONFUSÃO PATRIMONIAL, QUANDO O ESTADO DO RIO DE JANEIRO É CONDENADO A ARCAR COM OS HONORÁRIOS DA DEFENSORIA PÚBLICA QUE ASSISTE O AUTOR. DECISÃO DO STF, NO JULGAMENTO DA AR Nº 1.937 AGR/DF, QUE NÃO POSSUI CARÁTER ERGA OMNES E NEM EFEITO VINCULANTE SOBRE OS DEMAIS TRIBUNAIS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS.” 0271344- 30.2015.8.19.0001 - APELAÇÃO - Des(a). LUIZ FELIPE MIRANDA DE MEDEIROS FRANCISCO - Julgamento: 19/03/2019 - NONA CÂMARA CÍVEL)

“DIREITO CONSTITUCIONAL. Saúde. Município de Cachoeiras de Macacu e Estado do Rio de Janeiro. Fornecimento de Medicamentos. Obrigação Solidária. Supremacia

1 Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença.

2 Nº 80 “A Defensoria Pública é órgão do Estado do Rio de Janeiro. Logo, a este não pode impor condenação nos honorários em favor daquele Centro de Estudos, conforme jurisprudência iterativa do STJ.”

da vida Humana. Princípio da dignidade da pessoa humana. Tutela antecipada concedida. Agravo retido - Estado do Rio de Janeiro. Possibilidade de imposição de multa aos réus/agravantes em caso de descumprimento da ordem judicial, delimitando valor e prazo para atendimento - artigos 497 e 537 do CPC/2015 autorizam tal medida em sede de ação de prestação de fazer, como forma de coerção indireta à efetividade da prestação jurisdicional. Recurso de apelação da Fazenda Estadual. Sem razão o recorrente. Sequestro de valores nas contas públicas, quando justificado, revela-se medida legítima, válida e razoável - Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Inocorrência de condenação genérica e incerta - Súmula nº 116 do TJRJ. Condenação do Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública do Estado - Impossibilidade. Ocorrência do instituto da confusão - credor e devedor. Defensoria Pública Integrante do mesmo ente federativo. Súmulas nº 80-TJ/RJ e nº 241-STJ. Precedente recente do Superior Tribunal de Justiça. Desprovimento do agravo retido e provimento parcial ao recurso de apelação." (0013079-83.2015.8.19.0012 - Apelação - Des(a). ADOLPHO CORREA DE ANDRADE MELLO JÚNIOR - Julgamento: 10/09/2019 - Nona Câmara Cível)

Quanto ao pleito de indenização por danos morais, melhor sorte não assiste à recorrente. Há situações em que o fato não é capaz de, por si só, gerar um resultado danoso ao psiquismo do sujeito lesado, demandando prova inequívoca de que o desdobramento causal do ilícito perpetrado foi hábil a ultrajar os direitos inerentes à personalidade.

A esse respeito, confira-se o magistério do

professor YUSSEF SAID CAHALI, *verbis*:

“Regra geral”, no plano do dano moral não basta o fato em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão prejudicialmente moral.” (in **Dano Moral**, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., p.703)

Nesse passo, em determinadas situações faz-se necessária a prova inequívoca de que o fato supostamente lesivo foi intenso e duradouro o suficiente para cindir o equilíbrio psicológico do indivíduo, fazendo surgir o dano de ordem moral a ser compensado pecuniariamente.

É certo que eventual frustração incomoda, mas não ao ponto de atingir a ordem psicológica de alguém, de causar sofrimento e profunda tristeza. Meros aborrecimentos, contrariedades, irritação, fatos que são corriqueiros na agitação da vida moderna nas grandes metrópoles, não são capazes de originar o ônus indenizatório, salvo quando evidenciado que são motivadores de sofrimento que abale o comportamento psicológico do homem médio, o que não é o caso dos autos.

Neste sentido, como acertadamente fundamentado pelo magistrado a quo, não há que se falar em indenização em decorrência de danos extrapatrimoniais, vez que não verificado nenhum desdobramento de maior gravidade a justificar a compensação pleiteada.

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso, porquanto presentes seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade (art. 1.011, primeira parte, do Código de Processo Civil), e, no mérito, dar parcial provimento apenas ao recurso interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, para afastar a condenação imposta no que se refere aos honorários sucumbenciais. Mantida, no mais, a sentença tal como proferida.

RIO DE JANEIRO, 28 DE ABRIL DE 2020.
DESª. DANIELA BRANDÃO FERREIRA
RELATORA

PLANO DE SAÚDE. TUTELA PROVISÓRIA. NEGATIVA DE INTERNAÇÃO EMERGENCIAL DE RECÉM-NASCIDO COM BASE EM PRAZO DE CARÊNCIA. ABUSO CONTRATUAL. CONFIGURAÇÃO DE ILÍCITO. DANO MORAL CONCEDIDO. IMPROVIMENTO DOS RECURSOS.

APELAÇÕES CÍVEIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE INTERNAÇÃO EMERGENCIAL DE RECÉM-NASCIDO COM BASE EM PRAZO DE CARÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 12, INCISO V, ALÍNEA C, E ART. 35- C, INCISOS I E II, AMBOS DA LEI Nº 9.656/98.

1. Situação de urgência descrita em laudo médico.
2. Negativa de cobertura totalmente contrária ao que preceitua a Lei nº 9.656/98.
3. Configuração de ilícito.
4. Dano moral configurado e bem indenizado, observando o julgador os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.
5. Juros de mora corretamente fixados.
6. Desnecessário reter o crédito em conta poupança até a maioridade do autor. Quantia módica, que provavelmente irá se desvalorizar com os anos, se mantida em poupança.
7. Ausência de justificativa a subtrair o poder familiar que a lei confere aos pais sem haver motivação eficiente e necessária capaz de justificar a extrema medida. Em regra, os pais sempre zelarão pelos interesses e patrimônio dos filhos não sendo razoável presunção em sentido contrário.
8. Recursos conhecidos e improvidos.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível no processo nº 0042766-80.2011.8.19.0001, onde é primeiro Apelan-

te Amil Assistência Internacional S/A, segundo Apelante o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, sendo Apelados os Mesmos e D.B.F., representado por seu genitor J.R.F.,

Acordam os integrantes desta Quarta Câmara Cível, em sessão realizada nesta data e por unanimidade de votos, em negar provimento a ambos os recursos, nos termos do voto do Sr. Relator.

Relatório já apresentado nos autos, *in verbis*:

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenizatória ajuizada por D.B.F., representado por seu genitor J.R.F., em face de Amil Assistência Médica Internacional S/A, com pedido de antecipação de tutela para que o réu autorize imediatamente a internação em quarto de hospital próprio ou credenciado, preferencialmente no Hospital Prontobaby, onde se encontra, sob pena de prisão por crime de desobediência e multa diária de R\$ 10.000,00, bem como todos os exames, medicamentos e demais procedimentos apontados como necessários a critério do médico, pelo período necessário ao seu restabelecimento.

Narra para tanto que é beneficiário de plano de saúde administrado pelo réu e que com apenas quinze dias de vida foi acometido de febre por mais de vinte e quatro horas e micropapular por todo o corpo, necessitando ser internado para investigação diagnóstica de sepse neonatal; que no entanto teve seu pedido de internação negado sob a justificativa de que não havia cumprido o prazo de carência.

A tutela antecipada foi deferida pela decisão na peça eletrônica 023, oportunidade na qual também foi deferida a gratuidade de Justiça.

O feito culminou com a r. sentença na peça eletrônica 0131, que julgou procedente o pedido, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, 1 do CPC, para, confirmar a decisão que antecipou os efeitos da tutela e condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 15.000,00, devidamente

corrigido a contar da data da sentença, acrescido de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação e, ainda condenou o réu ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, estes últimos em 10% do valor da condenação.

Inconformado apelou o réu como se vê de suas razões na peça eletrônica 0137, aduzindo em síntese que não há dano moral a ser indenizado ante a inexistência de ilícito, eis que agiu no exercício regular do direito com base em cláusula contratual válida e que limita a cobertura do plano; que em nenhum momento o médico atesta que se trata de situação de emergência; que estando o segurado em período de carência deve este buscar atendimento no sistema público de saúde, que lhe é garantido pelo Estado ou custear o próprio tratamento particularmente; que o plano foi contratado no dia 02/02/2011 sendo que seu pedido de internação ocorreu em 10/02/2011, ou seja, oito dias apenas da contratação do plano, flagrantemente no período de carência; discorre acerca de carência contratual e requer o afastamento da condenação por dano moral e, em não sendo este o entendimento, pugna pela redução da verba indenizatória fixada, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Certidão de tempestividade e correto preparo da apelação na peça eletrônica 0164.

Embargos de declaração opostos pelo Ministério Público na peça eletrônica 0167, contrariados na peça eletrônica 0166, acolhidos e rejeitados pela decisão na peça eletrônica 0178.

Proposta de acordo firmado entre o atual patrono do autor e o réu na peça eletrônica 0191, com a qual não concordou o Ministério Público na peça eletrônica 0191.

Ciência do MP em 09/10/2019 acerca da sentença, oportunidade na qual manifestou discordância com os termos do acordo firmado, observando que não atendem os maiores interesses do autor, menor incapaz.

Apelação apresentada pelo Ministério Público

na peça eletrônica 0196, ressaltando o propósito de prequestionamento e requerendo a fixação dos juros a partir do evento danoso, bem como o valor a título de indenização por dano moral, fique bloqueado em conta bancária remunerada, livre de tarifas, com a sua movimentação a depender de prévia decisão judicial do Juízo competente em matéria de Família, pois o da 2ª Vara Cível da Comarca de Nilópolis não tem competência para decidir acerca da administração dos bens de incapazes; que a verba dos autos não é alimentícia e portanto integra o patrimônio ativo do autor, menor, incapaz, caso que depende de autorização prévia judicial, específica e determinada e não uma autorização incondicionada.

Certidão de tempestividade e isenção do preparo recursal na peça eletrônica 0203.

Manifestação do autor na peça eletrônica 0205 aduzindo que foi surpreendido com a manifestação do M.P. diante do trânsito em julgado do processo e respectiva remessa ao arquivo; que após o interregno do arquivamento o advogado do autor requereu o desarquivamento; que em relação ao acordo de f. 178/179 não se pode restringir direitos e garantias fundamentais; que o acordo se realizou entre as partes de forma límpida, íntegra e correta, sem coação ou dolo, autorizada pelos genitores em favor do filho menor mediante as necessidades, com o fim de viabilizar o levantamento do valor de R\$ 15.000,00; eu o acordo tem legalidade e a concordância dos representantes legais do menor. Ao final requereu a juntada da declaração a f. 0207 e a homologação do acordo firmado entre as partes, extinguindo o processo com base no artigo 487, III, “b” do CPC.

Contrariedade recursal na peça eletrônica 0208 requerendo seja negado provimento aos recursos.

A Doutra Procuradoria de Justiça emitiu parecer na peça eletrônica 0222, opinando pelo conhecimento dos recursos, desprovendo-se o recurso da Amil e provendo o apelo Ministerial.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos.

Inicialmente cumpre anotar que diversamente do arguido pelo atual patrono do autor, a sentença na peça eletrônica 0131, proferida em 16/12/2014, não transitou em julgado até a presente data, pois em que pese a ausência de recurso pela Defensoria Pública, que à época assistia o autor, houve apelação da Amil e do Ministério Público, ambas tempestivas.

Assim, a certidão na peça eletrônica 0184 revela-se equivocada.

Lamentável o lento andamento processual, bem como o lapso temporal entre a prolação da sentença e o recebimento dos recursos nesta Instância, que ora passa à análise das apelações.

Pois bem, cinge-se a controvérsia recursal à obrigação da ré, plano de saúde, em cobrir tratamento de emergência ou urgência em período de carência.

Ora, de início, verifica-se que a conduta da operadora não foi adequada, pois quando há necessidade de tratamento de emergência ou urgência, o prazo de carência não pode ser invocado para negar a prestação do serviço, sob pena de abusividade.

No cotejo entre os direitos contratuais e o direito à vida, este tem o privilégio e a prevalência, independentemente da complementação de prazo de carência, contraprestação, caução, ou qualquer outra condição ou termo.

Portanto, a negativa de cobertura sob a alegação de carência é totalmente contrária às normas da Lei nº 9.656/98, especificamente o disposto no artigo 12, V, alínea “c”, que não contém nenhuma exceção quanto à cobertura ou limitação quanto às despesas de internação hospitalar em hipóteses de urgência/emergência.

O autor, à época, recém-nascido, necessitava da internação hospitalar para tratamento da enfermidade que o acometeu, sob pena de risco de vida.

Ademais e como muito bem destacado na

sentença o tratamento era imprescindível, por ser medida mais eficaz ao combate da doença e ao restabelecimento da saúde e da própria vida do paciente, sendo injustificável a negativa da operadora.

Não há se falar em doença preexistente à própria existência do menor, sendo certo que enfermidade se manifestou aos quinze dias de vida do bebê, de forma que a exigência de carência de 300 (trezentos dias) é totalmente descabida e irracional.

A toda evidência a negativa da ré em autorizar a internação, implicou em buscar o Judiciário para satisfação de um direito e lhe gerou angústia.

Ademais, na hipótese o tratamento era cristalinamente devido por expressa determinação legal, havendo, portanto, ato ilícito apto a gerar o dano moral.

A indenização em tais casos, além de servir como compensação pelo sofrimento experimentado, deve também ter caráter pedagógico-punitivo de modo a desestimular condutas semelhantes.

Deve representar compensação razoável pelo sofrimento experimentado, cuja intensidade deve ser considerada para fixação do valor, aliada a outras circunstâncias peculiares de cada conflito de interesses, sem jamais constituir-se em fonte de enriquecimento sem causa para o ofendido, nem, tampouco, em valor ínfimo que o faça perder o caráter pedagógico-punitivo ao ofensor. Neste passo, há critérios norteadores que balizam o arbitramento, como a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor e da vítima, sem olvidar da vedação de constituir-se em fonte de lucro.

Desta forma, verificando-se a ocorrência de dano moral a indenizar, conclui-se que o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) fixado pelo juízo a quo, atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e não inviabilizará a continuidade do plano de saúde.

Aliás esse valor foi ao final aceito pela ré, no

acordo de peça 0191.

Acresce-se que não sendo manifestamente desarrazoado o valor arbitrado e não demonstrada objetivamente sua exasperação ou exiguidade, deve a decisão do juízo *a quo* ser prestigiada, conforme entendimento jurisprudencial dominante nesta Corte, sintetizado na súmula nº 343 deste Tribunal, com a seguinte redação: “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”.

Com relação à fixação ao termo de juros a sentença, contra os quais se insurgiu o M.P., o julgado não merece ajuste, eis que se trata de relação contratual; portanto, os juros fluem a partir da citação.

Quanto à liberação do quantum indenizatório em favor da parte autora para que seja determinado o depósito do valor em conta judicial, cuja movimentação será previamente autorizada por Juízo de Família competente, de se consignar que não basta, tão somente, a verificação da presença ou não de um incapaz para concluir acerca da possibilidade da expedição do mandado de pagamento pelo Juízo Cível.

Bem destacou a Defensoria Pública na peça eletrônica 0173 que os genitores, no exercício do poder familiar, são os gestores do interesse e do patrimônio do menor. A criança atualmente conta com 9 anos de idade, tendo gastos inúmeros e crescentes. Ademais, seu genitor inscreveu-o no plano de saúde réu, que, diga-se de passagem, tem um alto custo., não sendo razoável presumir que o montante da condenação não será utilizado a favor do menor.

Destarte, entendo desnecessário reter o crédito em conta poupança até a maioridade do apelado D., pois nada justifica subtrair o poder familiar que a lei confere aos pais sem haver motivação eficiente e necessária capaz de justificar a extrema medida. Em regra, os pais

sempre zelarão pelos interesses e patrimônio dos filhos não sendo razoável presunção em sentido contrário.

E colocar os recursos, que são módicos, em poupança implicaria em provável desvalorização ao longo dos anos.

Nesse sentido, decisão monocrática da lavra do Excelentíssimo Ministro do STJ - RICARDO VILLAS BÔAS CUEVAS, proferida em 27/06/2017, no Resp 1.658.645 - SP:

“Trata-se de recurso especial interposto por L.G.F.P. (menor), fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, insurgindo-se contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado: "Processo Civil - ação de indenização por danos morais decorrentes de atraso em voo, terminada por acordo extrajudicial homologado - determinada pelo juízo a abertura de conta judicial para depósito da quantia ressarcitória recebida pelo autor, menor impúbere - admissibilidade do 'decisum' ausência de demonstração da necessidade pelos pais - aplicação do § 1º do art. 1º da Lei nº 6.858/80 - agravo improvido" Alega o recorrente, no recurso especial, além de divergência jurisprudencial, violação do artigo 1.689 do Código Civil. Aduzindo, em síntese, que a administração dos bens do filho menor incumbe aos pais. É o relatório.

DECIDO.

A insurgência merece prosperar. O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que os pais são administradores e usufrutuários dos bens dos filhos menores e, salvo justo motivo, não é cabível a negativa de levantamento de valores devidos aos menores a título de indenização.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

"RECURSO ESPECIAL - SEGURO DE VIDA - BENEFICIÁRIO - MENOR IMPÚBERE - PEDIDO DE LEVANTAMENTO DE VALORES PELA GENITORA, À BEM DA FILHA. INDEFERIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. RECURSO DA AUTORA.

1. Não se conhece da tese de afronta ao art. 535, II do CPC formulada genericamente, sem indicação do ponto relevante ao julgamento da causa supostamente omitido no acórdão recorrido. Aplicação da Súmula nº 284/STF, ante a deficiência nas razões recursais.

2. Tese de violação aos artigos 1.753 e 1.691 do Código Civil. Conteúdo normativo de dispositivos que não foram alvo de discussão nas instâncias ordinárias. Ausência de prequestionamento a impedir a admissão do recurso especial. Súmulas nos 282 e 356 do STF.

3. Salvo justo motivo concretamente visualizado, a negativa de levantamento de valores depositados em juízo, a título de indenização securitária devida a beneficiária menor impúbere representada por sua genitora, ofende o disposto no art. 1.689, I e II, do CC/2002, sobretudo quando o objetivo da operação é propiciar a adequada gestão do patrimônio do incapaz e garantir-lhe condições de alimentação, educação e desenvolvimento, medidas com as quais se efetiva a prioridade absoluta constitucionalmente garantida à criança, ao adolescente e ao jovem (art. 227, caput, da CF/88).

4. O poder familiar inclui, dentre outras obrigações, o dever de criação e educação dos filhos menores conforme dispõe, por exemplo, o artigo 1.634, I, do Código Civil, além das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

5. No caso dos autos, não há notícia acerca

de eventual conflito de interesses entre a menor e sua genitora, nem mesmo discussão quanto à correção do exercício do poder familiar, daí porque inexistente motivo plausível ou justificado que imponha restrição a mãe, titular do poder familiar, de dispor dos valores recebidos por menor de idade.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido" (REsp. nº 1.131.594/RJ, Relator Ministro MARCO BUZZI, Quarta Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 08/05/2013.)

"RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. MORTE DE CÔNJUGE E PAI. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO. BLOQUEIO DA PARCELA DEVIDA AO MENOR EM CONTA POUPANÇA À DISPOSIÇÃO DO JUÍZO. DESCABIMENTO. (...) 2. Não há motivo justificado para que a parcela devida ao menor coautor (com 17 anos) fique bloqueada em 'conta poupança' à disposição do Juízo, haja vista que, nos termos dos arts. 385 e 389 do Código Civil de 1916, os pais são administradores e usufrutuários dos bens dos filhos, havendo restrições apenas quanto a alienações e gravames reais dos bens imóveis (art. 360). 3. Recurso especial provido." (REsp nº 989.284/RJ, relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe de 22/08/2011.)

"CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. VALORES DEPOSITADOS PELA RÉ. LEVANTAMENTO. DETERMINAÇÃO DO JUÍZO SINGULAR PARA QUE AS PARTES ATINENTES AOS MENORES REMANESÇAM EM CADERNETA DE POUPANÇA ATÉ A MAIORIDADE. PÁTRIO PODER EXERCIDO PELA MÃE SEM RESTRIÇÕES. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA PARTICULAR A RECOMENDAR A MEDIDA RESTRITIVA SUGERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. CC DE 1916, ART. 385. I. Consoante dispunha o Código Civil anterior, em seu art.

385, na falta do pai, o pátrio poder era exercido pela mãe, de sorte que inexistindo restrições de ordem legal a tanto, como, no caso, tampouco se verificando situação excepcional a justificar cerceamento de tal direito, não há óbice a que a genitora levante os valores da indenização que cabem a cada um dos filhos menores, de família humilde, para aplicação em alimentação, instrução e educação visando ao seu futuro, o que constitui melhor investimento social do que a mera manutenção do numerário por longos anos em caderneta de poupança até a maioridade, como ditado pelas instâncias ordinárias, aplicação que, a longo prazo, tem revelado perdas em relação à inflação real. II. Recurso especial conhecido e provido" (REsp nº 534.521/SP, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008.)

Na hipótese dos autos, não há notícia acerca de eventual conflito de interesses entre o menor e seus genitores, inexistindo, portanto, motivo plausível ou justificado que imponha restrição aos pais, de disporem dos valores recebidos pelo menor de idade. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial".

Por essas razões, direciono meu voto no sentido de negar provimento aos recursos.

Por fim, o Douto Juízo de origem deverá apreciar o acordo de peça 0191, homologando-o ou não. Não pode esta Câmara desde logo decidir sobre a homologação, sob pena de supressão de instância.

Por fim, em atenção ao disposto no artigo 85, § 8º e § 11º do CPC, voto em majorar os honorários advocatícios de sucumbência recursal, contra a recorrente Amil, de 10% para 15% sobre a base de cálculo prevista na sentença.

RIO DE JANEIRO, 01 DE ABRIL DE 2020.
DES. ANTÔNIO ILOÍZIO BARROS BASTOS
RELATOR

RESPONSABILIDADE CIVIL. MUNICÍPIO. QUEDA EM COLETOR DE ÁGUAS PLUVIAIS, CUJA GRADE DE PROTEÇÃO ESTAVA QUEBRADA. CRIANÇA DE 10 ANOS. TEORIA DA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA AFASTADA. DEVER DE GARANTIR A SEGURANÇA E A INCOLUMIDADE DE SEUS ADMINISTRADOS. VERBA COMPENSATÓRIA MANTIDA. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS.

APELAÇÃO. Responsabilidade civil objetiva do estado (CR/88, art. 37, § 6º). Queda em coletor de águas pluviais, cuja grade se encontrava quebrada. Preliminar de ilegitimidade passiva que se rejeita, dado que ao Município incumbe garantir a segurança e a incolumidade de seus administrados. Ademais, de acordo com a teoria da asserção, a legitimidade é examinada de acordo com as alegações formuladas pela parte autora na petição inicial. O fato de a autora, quando do evento, contar 10 anos de idade e haver dado início à travessia da via sozinha, não elide a responsabilidade do apelante, tanto que a queda se deu porque a grade do coletor se encontrava quebrada, não se havendo, por isto, de cogitar de culpa exclusiva da vítima. Valor da verba compensatória que se mantém, dado que observadas a proporcionalidade e a razoabilidade. Juros fluentes da data do evento danoso (verbete nº 54, da Súmula do STJ). Majoração da verba honorária a ser satisfeita pelo Município. Parcial provimento do primeiro recurso, negado provimento ao segundo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0067784- 77.2010.8.19.0021, em que figuram, como Apelante 1, J.O.S., como Apelante 2, o Município de Duque de Caxias, e, como Apelados, os mesmos,

Os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado

do Rio de Janeiro Acordam, por unanimidade, dar parcial provimento ao primeiro recurso e negar provimento ao segundo, nos termos do voto do relator.

VOTO

Relatório nos autos.

A sentença reconheceu o direito de a autora, aqui primeira apelante, ser compensada pelos danos morais que suportou ao cair em coletor de águas pluviais que se encontrava com a grade (tampa) parcialmente quebrada, quando ia dar início à travessia de logradouro público situado no Município de Duque de Caxias, ora segundo apelante.

Ambas as partes se insurgem contra a sentença: a autora pugna pela majoração da verba compensatória, bem como que os juros fluam a partir do evento danoso, com o arbitramento da verba honorária, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/15, no percentual máximo permitido; o Município réu, preliminarmente, argui sua ilegitimidade passiva, aduz a inexistência de nexo de causalidade, e pugnando, caso assim não se entenda, pela redução do quantum indenizatório, bem como pela exclusão de sua condenação em verba honorária ou sua redução.

O art. 37, § 6º, da Constituição Federal baliza o exame do caso em lide, ao dispor que “as pessoas jurídicas de Direito Público e de Direito Privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Sua responsabilidade, porém, não é integral, de modo que pode ser elidida em face de caso fortuito, força maior ou fato exclusivo da própria vítima.

O direito brasileiro adota a teoria do risco administrativo, segundo a qual a responsabilidade do estado ou de prestador de serviço público é objetiva, fundada na desnecessidade de o lesado provar a existência da culpa do agente ou, em sentido estrito, do serviço. Para o reconhecimento do dever de indenizar bastam: (a) a ocorrên-

cia de fato administrativo, assim considerado como qualquer conduta comissiva ou omissiva específica, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuível ao poder público ou prestador de serviço público; (b) o dano decorrente da atividade administrativa; (c) a existência de nexo de causalidade entre aquele fato e esse dano.

Assim, a elisão da responsabilidade objetiva depende de o ente público comprovar a presença de uma daquelas excludentes como fato gerador do dano. Não o tendo feito, responde objetivamente, ou seja, apenas atestada a relação de causa e efeito entre a atividade que exerce e o resultado danoso dela decorrente.

Em relação à conduta omissiva do Estado, três são as correntes acerca do tipo de responsabilidade a ser adotada, se objetiva ou subjetiva. Para uma parte da doutrina e com esteio na CR/88 a responsabilidade estatal será sempre objetiva, nesse sentido a lição de HELY LOPES MEIRELLES, *verbis*:

“Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins”. (**Direito Administrativo Brasileiro**, 22ª edição, Malheiros, 1997, p. 567).

Para uma segunda corrente, em casos de omissão, a responsabilidade será sempre subjetiva, o que é habitualmente arguido pela Administração Pública, como no caso em testilha,

e defendida por vários doutrinadores, dentre eles CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, segundo o qual: “Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é, só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente modalidades de responsabilidade subjetiva” **(Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2005, p. 936-937).**

Para uma terceira corrente, a responsabilidade civil do Estado é dividida conforme o tipo da omissão: se for específica, ou seja, se o Estado tinha o dever de agir e não agiu, a responsabilidade será objetiva; entretanto, se for genérica, não se há como exigir do Estado atuação específica, por isto que sua responsabilidade será subjetiva. A omissão específica será reconhecida quando a inércia da Administração Pública for a causa direta e imediata do não impedimento do evento danoso.

Qualquer que seja a teoria que se adote no presente caso, a responsabilidade do Município apelante se encontra configurada.

No tocante à preliminar arguida pelo Município acerca da ilegitimidade passiva, em que pese não tenha sido alegada no Juízo *a quo*, é de ser rejeitada, porquanto a queda da autora se deu em bueiro coletor de águas pluviais, cuja grade de proteção se encontrava quebrada. No caso, a responsabilidade do apelante é evidente, dado que a ele incumbe garantir a segurança e a incolumidade de seus administrados ao transitarem pelos logradouros públicos urbanos.

Rejeita-se, destarte, a preliminar suscitada pelo segundo apelante.

No mérito, não se há de cogitar de culpa exclusiva da vítima. O fato de a autora, quando do evento, contar 10 anos de idade e de haver dado início à travessia da via sozinha, não elide a responsabilidade do apelante, pois a queda se deu porque a grade do coletor se encontrava quebrada. Tampouco se verifica contradição nas declarações da tia da autora, dado que se encontrava no local e a socorreu.

Quanto à verba honorária, razão inexistente para que se a exclua da condenação, ou mesmo que se reduza o percentual fixado pelo Juízo, que, inclusive, encontra-se aquém do previsto no art. 85, § 3º, I, do CPC/15.

Quanto ao apelo interposto pela autora, em relação ao *quantum* reparatório arbitrado (R\$ 5.000,00), foram consideradas a proporcionalidade e a razoabilidade, bem como as peculiaridades da questão, as condições do ofensor, da ofendida e do bem jurídico lesado. No caso vertente, a verba fixada bem ponderou as circunstâncias do caso, não havendo razão para que seja majorada ou reduzida.

No tocante aos juros moratórios, tratando-se, como se trata, de responsabilidade extracontratual, não de fluir da data do evento danoso, a teor do verbete nº 54, da Súmula do STJ, sendo certo que o termo inicial da atualização monetária foi fixado em consonância com os verbetes de nº 97 e nº 362, respectivamente,

deste Tribunal e do STJ, ou seja, a partir do julgado que a fixar.

Quanto à verba honorária, de acordo com o art. 86 do CPC/15, ambas as partes resultaram vencedor e vencida e, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial, é de ser majorada o percentual a ser pago pelo Município para 10% sobre o valor da condenação, a teor do disposto no art. 85, § 2º, I a IV, bem como no § 3º, I, do CPC/15.

Eis os motivos de votar por que se dê parcial provimento ao primeiro recurso para determinar que os juros fluam da data do evento danoso, majorada a verba honorária para 10% sobre o valor da condenação, e se negue provimento ao segundo apelo, mantida a sentença em seus demais capítulos.

RIO DE JANEIRO, 30 DE MARÇO DE 2020.

**DES. JESSÉ TORRES
RELATOR**

RESPONSABILIDADE CIVIL. PROGRAMA DE RÁDIO BAND NEWS. POLICIAL CIVIL. REGISTROS DE OCORRÊNCIA. OFENSA E DEBOCHE COM O SOBRENOME DA SERVIDORA. LIGAÇÕES AO VIVO PARA A DELEGACIA. CITAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E LABORAL EM REDE SOCIAL, INTERNET E RÁDIO. EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE IMPRENSA ABUSIVO. VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALEGAÇÃO DA AUTORA DE QUE O SEU NOME, A SUA PROFISSÃO E O SEU LOCAL DE TRABALHO FORAM VEICULADOS EM PROGRAMA TRANSMITIDO PELA BAND NEWS, DE FORMA DEBOCHADA E INVASIVA, LHE GERANDO DANOS A SUA HONRA E INÚMEROS CONSTRANGIMENTOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. IRRESIGNAÇÃO DAS DEMANDADAS, SOB ARGUMENTO DE QUE INEXISTE CONDUTA ILÍCITA, ANTE O FORMATO CARICATURAL DA SÁTIRA E DA PARÓDIA FEITAS PELO PROGRAMA, NÃO HAVENDO QUALQUER CARÁTER OFENSIVO.

1- O que se deve analisar nesta situação é a ponderação entre a garantia constitucional da inviolabilidade da honra e imagem das pessoas (art. 5º X CF/88), e a garantia de liberdade de manifestação de pensamento e comunicação (art. 5º IX CF/88). 2- Tratando-se de um Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão é garantida, não cabendo ao Judiciário imiscuir-se para avaliar a qualidade ou conteúdo dos textos. A restrição somente se justifica quando restar comprovado o abuso da referida liberdade, caracterizado pelo dano injusto à personalidade. Ou seja, cabe à vítima comprovar que o exercício da liberdade de imprensa foi abusivo uma vez que violou a dignidade da pessoa humana. 3- *In casu*, houve exercício abusivo ou irregular da liberdade de imprensa, idôneo a ensejar responsabilidade, pois nunca poderiam as demandadas terem invadido a privacidade da autora, no sentido de veicularem além do seu sobrenome, a sua profissão, seu local de trabalho e, inclusive, promoverem ligações para a Delegacia de Polícia, expondo, em rede pública, os dados pessoais da requerente, veiculando matéria de cunho ofensivo e humilhante, a um membro da segurança pública do Estado do Rio de Janeiro. DANOS MORAIS CORRETAMENTE FIXADOS. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0035263- 27.2019.8.19.0001, em que são Apelantes Rádio e Televisão Bandeirantes Rio de Janeiro S.A e Rádio Band News FM do Rio de Janeiro S.A. e Apelada, V.C.L.,

Acordam os Desembargadores que integram a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, conhecer o recurso e negar-lhe provimento.

Assim, decidem na conformidade do relatório e voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação indenizatória proposta por V.C.L. em face de Rádio Bandeirantes de Televisão e Band News Rede Bandeirantes, aduzindo que exerce a função de policial civil e, em 13/12/2018, o jornalista Ricardo Eugênio Boechat e demais jornalistas das demandadas, iniciaram uma série de ofensas e deboches a autora, citando os seus dados pessoais com, atualmente, 21.867 mil visualizações.

Alegou que os demandados afirmaram, que durante o programa, receberam o nome de uma policial civil, com sobrenome de “C.L.” e, a partir de então, citaram que a demandante conduzia os registros de ocorrência na 19ª Delegacia de Polícia situada no Bairro da Tijuca, fazendo chacotas com o cargo e o nome da parte. E, se não bastasse, efetuaram ligações ao vivo, para a citada Delegacia, para “zombar” do sobrenome da requerente, atrapalhando o serviço da autoridade policial, comprometendo a segurança e a integridade de todos os membros que trabalham na Delegacia.

Aduziu que, por essa razão, vem exercendo atividades internas dentro da Delegacia, pois teme por sua segurança física.

Ressaltou que os réus, respondem objetivamente pela conduta de seus funcionários, sendo certo que os mesmos não respeitaram a sua intimidade e denegriram sua imagem perante mais de 22 mil visualizações.

Pleiteou a antecipação de tutela, para que os demandados sejam compelidos a promover a exclusão das redes sociais, internet e canais de busca, do vídeo e o áudio contendo exposição vexatória, que denigre a moral e afronta as diretrizes da integridade física da parte autora.

Indeferimento da antecipação de tutela a f. 111.

Regularmente citados, os demandados alegaram, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da

Rádio e Televisão Bandeirantes. Quanto ao mérito, afirmaram inexistir conduta ilícita, ante o formato caricatural da sátira e da paródia feitas pelo programa, não havendo qualquer caráter ofensivo. Ressaltaram que o programa veiculado na Rádio Band News, apresentado na ocasião pelo jornalista Ricardo Boechat, é destinado a noticiar fatos de maior relevância jornalística, de âmbito nacional e internacional, muitas vezes acompanhados da opinião de seus apresentadores. O referido programa, possui um quadro denominado “Buemba! Buemba!”, com José Simão, que é o alívio cômico das manhãs dos ouvintes da rádio, ocasião em que se realizam piadas com temas variados, havendo um quadro chamado “Predestinados”, que visa destacar pessoas cujos nomes possuem alguma semelhança com a profissão que exercem, mostrando-se a coincidência e, eventualmente, realizando alguns “trocadilhos”. Aduziram que os ouvintes, têm plena ciência dessas características, de modo que há mera intenção de descontrair, sem nenhum interesse em ridicularizar a pessoa retratada.

Por fim, salientaram que a prática de humor faz parte da sociedade em que se vive e, programas e quadros desse gênero servem, justamente, para atender o interesse do público e permitir o riso, e não para ridicularizar alguém, inexistindo qualquer dano moral. Pleitearam o reconhecimento da ilegitimidade passiva da Rádio e Televisão Bandeirantes, com a improcedência dos pedidos.

Decisão de f. 281, a qual rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada.

Ata da audiência de conciliação, instrução e julgamento a f. 326/327 e depoimentos testemunhais nas f. 330/331.

Em sentença nas f. 333/337, o douto Juízo a quo julgou procedentes em parte os pedidos, para condenar as rés, solidariamente, a excluir das redes sociais, internet e canais de busca o vídeo e áudio do programa exibido em 13/12/2018, contendo menção ao nome, fun-

ção e local de trabalho da autora, no prazo de 10 dias, sob pena de multa a ser arbitrada e a pagar à parte autora, o valor de R\$ 15.000,00, a título de compensação por danos morais, com incidência de correção monetária a partir da publicação da sentença, nos termos dos Verbetes das Súmulas nº 362 do STJ e nº 97 do TJERJ, bem como juros de mora a contar da exibição do programa (13/12/2018), nos termos do art. 398 do Código Civil.

Ante a Súmula nº 326 do STJ, condenou a ré em custas, taxa judiciária e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, com base no art. 85 § 2º do CPC.

Inconformadas, apelaram as demandadas nas f. 355/367, requerendo a reforma da sentença, repisando os argumentos trazidos e alegando que inexistente conduta ilícita perpetrada pelas empresas, ante o exercício regular do direito, devendo ser julgados improcedentes os pedidos.

Contrarrazões da autora a f. 373/381.

Petição da autora a f. 383/384, aduzindo que o recurso das demandadas é intempestivo.

É o relatório.

VOTO

A apelação é tempestiva e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Trata-se de ação indenizatória na qual alega a autora, que exerce a função de policial civil e, em 13/12/2018, o jornalista Ricardo Eugênio Boechat e demais jornalistas das demandadas, iniciaram uma série de ofensas e deboches a autora, citando os seus dados pessoais com mais de 22 mil visualizações. Motivo pelo qual, pleiteia reparação por danos morais, bem como a exclusão das redes sociais, *internet* e canais de busca, do vídeo e áudio contendo a exposição vexatória que denigre a moral e afronta a sua integridade física.

De fato, incontroverso que a autora exerce o cargo de policial civil e de que o seu sobrenome, bem como os seus dados pessoais foram veicula-

dos no quadro denominado “Buemba! Buemba!”, com o jornalista José Simão, na Band News.

Contudo, alegam os demandados, que no contexto mencionado, especialmente no quadro “Predestinados”, não houve nenhum ilícito, ou ofensa a demandante, possuindo este um estilo caricato próprio, com piadas em forma de trocadilhos, destacando pessoas cujos nomes possuem alguma semelhança com a profissão que exercem, ressaltando que o Brasil é um país mundialmente conhecido pelo alto senso de humor de seus habitantes, e pelo costume de se fazer piadas com as mais diversas situações, mesmo em momentos trágicos.

Pois bem, o que se deve analisar nesta situação é a ponderação entre a garantia constitucional da inviolabilidade da honra e imagem das pessoas (art. 5º X CF/88), e a garantia de liberdade de manifestação de pensamento e comunicação (art. 5º IX CF/88).

Assim, em se tratando de garantias de ordem constitucional, deve se aplicar a técnica da ponderação de interesses entre o direito a livre manifestação do pensamento, liberdade de expressão e à informação em face do direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos.

Ademais, tratando-se de um Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão é garantida, não cabendo ao Judiciário imiscuir-se para avaliar a qualidade ou conteúdo dos textos. A restrição somente se justifica quando restar comprovado o abuso da referida liberdade, caracterizado pelo dano injusto à personalidade. Ou seja, cabe à vítima comprovar que o exercício da liberdade de imprensa foi abusivo uma vez que violou a dignidade da pessoa humana.

Sobre a questão, assim tem se posicionado a doutrina:

"Ao revés, todo e qualquer direito, na atualidade, comporta limitações internas, inerentes a seu exercício, que, independen-

temente de haver intenção de causar dano a terceiros, determina o dever de indenizar. Assim, a categoria do abuso de direito impõe também à liberdade de manifestação do pensamento, limites internos, estando seu exercício subordinado a controles de merecimento de tutela.

O abuso do direito de sátira se apresenta de modo objetivo, constituindo a conduta ilícita o mero exercício antijurídico, desprovido do elemento anímico. Nessa linha, a presença ou não de intenção ofensiva pelo humorista é indiferente para a determinação do dever de reparar a vítima, caso reste efetivamente configurada a existência de lesão a direito da personalidade ou a outros direitos com os quais a sátira pode entrar em conflito. Isso porque os interesses envolvidos são, em regra, dotados de igual proteção por meio de normas de igual hierarquia, resultando a necessidade, assim, de identificação do interesse merecedor de tutela a prevalecer no caso concreto." (IVANA PEDREIRA COELHO - **Direito de Sátira: conflitos e parâmetros de ponderação, Direito e Mídia**, Coord. ANDERSON SCHREIBER, Atlas: São Paulo, 2013, p. 103)

Na hipótese vertente, os interesses em colisão se apresentam, de um lado, pelo exercício do direito de sátira da demandada, e por outro, pela tutela do direito à honra da demandante.

Na espécie, com razão a sentença recorrida, a qual reconheceu o abuso do direito de expressão das demandadas, causando um dano personalíssimo à autora.

In casu, houve exercício abusivo ou irregular da liberdade de imprensa, idôneo a ensejar responsabilidade, pois nunca poderiam as demandadas terem invadido a privacidade da autora, no sentido de veicularem além do seu sobrenome, a sua profissão, seu local de trabalho e, inclusive,

promoverem ligações para a Delegacia de Polícia, expondo, em rede pública, os dados pessoais da requerente, veiculando matéria de cunho ofensivo e humilhante, a um membro da segurança pública do Estado do Rio de Janeiro.

Logo, a honra da demandante foi violada porque, na sua perspectiva individual, a associação de seu nome, a sua profissão e o seu local de trabalho, de forma debochada, lhe geraram constrangimentos e transtornos.

Na fixação do *quantum* indenizatório, deve o Juiz levar em conta diversos aspectos tais como a condição social do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, a extensão, a gravidade, a repercussão da ofensa e, bem assim, o caráter ressarcitório e preventivo-pedagógico do dano moral.

Todos esses elementos devem ser considerados de modo que o valor arbitrado esteja em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não sendo tão elevado a ponto de gerar um enriquecimento ilícito para o ofendido, nem tão reduzido a ponto de tornar-se inexpressivo para o ofensor.

Para hipóteses como esta, o valor fixado em sentença não se encontra em discrepância com o entendimento desta Corte de Justiça, motivo pelo qual deve ser mantido.

Ante o exposto, conheço o recurso e nego-lhe provimento, majorando os honorários recursais para 12% sobre o valor da condenação.

RIO DE JANEIRO, 11 DE MARÇO DE 2020.

**DES^a. MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA
RELATORA**

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

ABANDONO DE INCAPAZ. MÃE QUE DEIXA SEUS TRÊS FILHOS SOZINHOS EM CASA PARA CONSUMIR BEBIDA ALCOÓLICA EM BAR. RECURSO DEFENSIVO PLEITEANDO A ABSOLUÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS. PENA MAJORADA CORRETAMENTE. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. PENA REDIMENSIONADA.

APELAÇÃO CRIMINAL. ABANDONO DE INCAPAZ. ART. 133, § 3º, II, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

RECURSO DEFENSIVO PLEITEANDO A ABSOLUÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS, COM PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS DE REVISÃO DA DOSIMETRIA, PARA FIXAR A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E AFASTAR A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DO ART. 61, II, F, DO CÓDIGO PENAL, BEM COMO PARA CONCEDER A GRATUIDADE DE JUSTIÇA.

Apelante que saiu de casa para consumir bebidas alcoólicas em bares do local, deixando os três filhos menores - com 10, 9 e 7 anos de idade à época - sozinhos em casa por mais de doze horas. O Conselho Tutelar recebeu denúncia por telefone e, ao chegar no local, a conselheira constatou a situação de abandono, encontrando as crianças sozinhas, sujas e sem alimentação.

Autoria e materialidade do crime de abandono de incapazes comprovadas pelas provas existentes nos autos. Declarações esclarecedoras da Conselheira Tutelar quanto à constatação da situação de abandono das crianças quando da chegada à residência.

Dosimetria. Majoração da pena-base que se justifica diante da gravidade do caso concreto.

Afastamento das circunstâncias agravantes do art. 61, II, “f” e “h”, do Código Penal, pois as mesmas são consideradas na aplicação da causa de aumento de pena no art. 133, § 3º,

II, do Código Penal.

Exclusão da pena pecuniária, tendo em vista a inexistência da previsão de pena de multa no preceito secundário do tipo penal.

Concessão, de ofício, da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando que o *sursis* tem caráter subsidiário em relação à substituição, nos termos do disposto no art. 77, III, do Código Penal.

Gratuidade de justiça. Pleito que deve ser apreciado no Juízo da Execução. Súmula nº 74 deste Tribunal de Justiça.

Provimento parcial do recurso defensivo. Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Apelação Criminal nº 0000469-61.2015.8.19.0084, em que é Apelante Celia Cristina de Oliveira Xavier e Apelado o Ministério Público.

Acordam, por unanimidade, os Desembargadores que compõem a Egrégia Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em dar provimento parcial ao recurso defensivo, para redimensionar a pena final para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, afastar a pena pecuniária aplicada e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, mantidos os demais termos da sentença recorrida, nos termos do voto do Relator.

Custas *ex lege*.

VOTO

O Ministério Público ofereceu denúncia em face de Celia Cristina de Oliveira Xavier pela prática do crime descrito no artigo 133, § 3º, II, do Código Penal. O fato foi descrito na denúncia, nos seguintes termos (doc. 000002):

“No dia 12 de dezembro de 2014, entre 9h e 21:30h, na residência localizada na Estrada do Meio, Canto de Santo Antô-

nio, em Quissamã-RJ, nesta Comarca, a denunciada, de forma livre, consciente e voluntária, abandonou os incapazes T. X. dos S., nascida em 18/04/2004, R. O. dos S., nascida em 19/10/2005, e G. X. dos S., nascido em 12/06/2007, seus filhos, deixando-os sozinhos em sua residência.

A Conselheira Tutelar Kézia Maria Duarte dos Santos recebeu uma denúncia por telefone que informava que a denunciada havia deixado seus três filhos menores sozinhos em casa para consumir bebida alcoólica em bares do local.

Após realizar visita domiciliar na casa denunciada às 21h30m do mesmo dia, a Conselheira Kézia constatou o abandono das crianças que se encontravam sozinhas, sujas e sem alimentação, restando ainda apurado que a indiciada deixou o lar ainda pela manhã para ir perambular por bares consumindo bebidas alcoólicas.

A Conselheira Tutelar Kézia informou a existência de outras denúncias de abandono dos menores envolvendo a Genitora dos menores.

Deste modo, encontra-se a Denunciada incurso nas penas do artigo 133, § 3º, II, do Código Penal.

Por sentença prolatada em 21/05/2018 (doc. 000211), a ré foi condenada pela prática do crime descrito no artigo 133, § 3º, II, do Código Penal à pena final de 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção e 34 (trinta e quatro) dias-multa, no regime inicial aberto, concedendo o *sursis* pelo prazo de dois anos.

A defesa interpôs recurso de apelação (razões - doc. 000228), pugnando pela absolvição por falta de provas para a condenação. Apresenta pedido subsidiário de revisão da dosimetria, para fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da circunstância agravante do art. 61,

II, f, do Código Penal por flagrante *bis in idem*, considerando que o fato de a acusada ser ascendente dos menores também foi utilizado como causa de aumento de pena do art. 133, § 3º, II, do Código Penal e a concessão da gratuidade de justiça. Prequestionou dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Contrarrazões do Ministério Público (doc. 000241), opinando pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento parcial do recurso defensivo para afastar a agravante genérica prevista no art. 61, II, f, do Código Penal (doc. 000259).

É o relatório.

A ré Célia Cristina de Oliveira Xavier foi condenada pela prática do crime descrito no artigo 133, § 3º, II, do Código Penal.

Segundo consta dos autos, a acusada deixou seus três filhos sozinhos em casa, sujos e sem alimentação, e saiu para consumir bebidas alcoólicas em bares da localidade, ausentando-se por mais de doze horas.

Não assiste a defesa quando pretende a absolvição por alegada ausência de provas do real abandono das crianças.

O depoimento prestado pela Conselheira Tutelar Kézia Cristina de Oliveira Xavier (doc. 000126) foi esclarecedor quanto à constatação da situação de abandono, tendo destacado a existência de denúncias anteriores contra a acusada:

“Que, na época dos fatos, era conselheira tutelar e os familiares da acusada telefonaram para o plantão dando conta de que as crianças estariam sozinhas desde cedo; que a acusada teria saído para receber o bolsa-família e até pouco depois das 22 horas não tinha retornado; que a depoente foi até à residência da acusada pouco depois desse horário e constatou que as três crianças estavam sozinhas, ainda com os uniformes escolares e que, na residência,

não havia comida pronta para as crianças; que já havia histórico de denúncias em relação à acusada mas que, em todas as visitas do Conselho, a acusada acabava chegando junto com o conselheiro; que a depoente atribui o ocorrido ao problema que a acusada tem com o alcoolismo e ao fato de a mesma ter resistido ao início do tratamento (...) que a depoente ficou muito marcada pelo fato de, ao chegar à residência da acusada, as crianças a terem abraçado pedindo para que as tirassem de lá;

(...)

que, na casa, havia roupas sujas de muito tempo, panelas sujas também de muito tempo; que os conselheiros ficaram chocados com o estado do local; (...).”

A testemunha Jurema Santana de Oliveira, irmã da acusada, apresentou relato favorável à acusada, dizendo que no dia dos fatos passou na casa da irmã à tarde para ver as crianças e teria visto a outra irmã, Adriana, com elas, além de mencionar que Adriana e a acusada brigavam com frequência.

A testemunha Denise das Dores Xavier Carlotto, irmã da acusada, declarou ter visto as crianças brincando na rua no final da tarde, perguntou pela mãe e elas disseram que a mãe não estava, mas estariam com as tias no quintal. Negou ser a autora da denúncia para o Conselho Tutelar, como havia declarado em sede policial, dizendo que ligou para o Conselho apenas para confirmar a informação de que as crianças seriam recolhidas. Afirmou que no dia dos fatos as crianças estavam bem e alimentadas e a casa estava arrumada.

A testemunha Elizane Maria das Dores declarou que a acusada era uma boa mãe e não deixava nada faltar aos filhos e nunca ouviu dizer que a acusada saía para beber.

A testemunha Adriana da Dores Xavier, irmã da acusada, negou que a acusada tivesse pedi-

do para tomar conta dos filhos, afirmando que a irmã consumia bebida alcoólica. Disse que a irmã Denise telefonou para a depoente para que a mesma afirmasse na delegacia que estava com os filhos da acusada.

A acusada Célia Cristina de Oliveira Xavier não prestou declarações em Juízo. Em seu depoimento em sede policial afirmou que saiu de casa por volta das nove da manhã, foi para o bar da Natasha e ingeriu três cervejas e depois foi para o bar da Cláudia, onde ficou até às nove da noite. Declarou que tinha deixado as crianças com sua irmã Adriana.

Analisando a prova oral produzida, verifica-se que o crime de abandono de incapazes foi cabalmente comprovado, especialmente em razão das declarações prestadas pela Conselheira Tutelar, confirmando ter constatado a situação de abandono das crianças quando esteve na residência da acusada.

A testemunha narrou que chegou na casa por volta das dez da noite e encontrou as crianças ainda com uniforme escolar sem comida pronta, dizendo ter ficado chocada com o estado do local, pois havia várias roupas e panelas sujas e que não eram limpas há muito tempo. São fatos que demonstram a exposição das crianças a perigo concreto à vida e à saúde.

Além disso, há diversas ocorrências registradas no Conselho Tutelar (doc. 000025), com notícias de negligência da acusada em cuidar dos filhos, noticiando situações anteriores em que a acusada deixara os filhos sozinhos para consumo de bebida alcoólica.

A versão da acusada de que sua irmã Adriana teria sido instada a tomar conta dos infantes foi negada pela própria irmã. Mais importante: a acusada tentou fraudar a prova, pedindo que afirmasse, mentirosamente, que ela estaria com as crianças. A mesma testemunha assegura o uso de bebidas alcoólicas pela apelante. Outra testemunha viu as crianças na rua, mas não viu

interior da residência nem o estado deplorável do local.

Assim, de pouco valia o depoimento canônico da testemunha Elizane, de que a apelante é “boa mãe”.

Restou provada, portanto, a prática do crime de abandono de incapaz, sendo incabível acatar o pleito absolutório por fragilidade probatória.

Passo à análise da dosimetria.

A pena-base foi corretamente majorada em razão das circunstâncias fáticas do caso concreto e não merece qualquer reparo. A acusada deixou seus três filhos sozinhos em casa, sem qualquer cuidado ou assistência, por mais de doze horas enquanto perambulava por bares consumindo bebida alcoólica. A gravidade do fato justifica a majoração no patamar adotado na sentença.

Por outro lado, assiste razão à defesa quanto ao pleito de afastamento da circunstância do art. 61, II, f, do Código Penal. Da mesma forma, deve-se afastar, de ofício, a agravante prevista na alínea h.

As referidas circunstâncias (prevalecendo-se de relações domésticas e contra criança) já são consideradas no momento da incidência da causa de aumento de pena do art. 133, § 3º, II, do Código Penal. Assim, seu reconhecimento como agravantes genéricas na segunda fase constitui indevido *bis in idem*.

O entendimento jurisprudencial desta Corte é no mesmo sentido, conforme se verifica do aresto transcrito pela douta Procuradoria de Justiça em seu parecer (doc. 000259, nº 9).

Assim, a pena intermediária da acusada fica reconduzida para um ano de detenção.

Com a aplicação da causa de aumento de pena em um terço, a pena final fica redimensionada para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção.

Deve ser excluída a pena pecuniária, tendo em vista a inexistência da previsão de pena de multa no preceito secundário do tipo penal do art. 133 do Código Penal.

O Juízo de primeiro grau concedeu o *sursis* à ré pelo prazo de dois anos e não apresentou qualquer justificativa para o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No entanto, o *sursis* tem caráter subsidiário em relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como se depreende da redação do art. 77, III, do Código Penal.

Considerando as condições pessoais da apelante, fica afastado o *sursis*, concedendo-se, de ofício, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da execução.

No que concerne ao pedido de gratuidade, deve o pleito ser apreciado em sede própria, ou seja, no Juízo da Execução, conforme Súmula 74 do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado:

“PROCESSO PENAL. CUSTAS. COBRANÇA. COMPETÊNCIA DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS.

A condenação nas custas, mesmo para o réu considerado juridicamente pobre, deriva da sucumbência, e, portanto, competente para sua cobrança ou não, é o Juízo da Execução.

Por derradeiro, enfrentando os prequestionamentos formulados pela defesa, verifico não ter ocorrido a alegada violação aos preceitos constitucionais e legais invocados, devendo os mesmos serem afastados.

Diante do exposto, voto pelo provimento parcial do recurso defensivo, para redimensionar a pena final para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, afastar a pena pecuniária aplicada e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da execução, que terá melhores condições de especificá-las para a hipótese em tela, onde pareceu sugerir pessoa adicta ao álcool

a ensejar medidas terapêuticas adicionais às penas alternativas.

RIO DE JANEIRO, 12 DE FEVEREIRO DE 2020.
DES. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO
RELATOR

AMEAÇA, FURTO E DESACATO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TIPICIDADE DA CONDU- TA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO. TESE DE CRIME ÚNICO. NÃO ACOLHIMENTO. TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL AFASTADA. REINCIDÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

“CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL, CONTRA O PATRIMÔNIO E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL. AMEAÇA, FURTO E DESACATO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE LAUDO. NÃO VERIFICAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO E ERRO DE TIPO. INOCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL. HIPÓTESE NÃO OBSERVADA. PENAS-BASE. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. DIMINUIÇÃO DO PERCENTAL DE AUMENTO. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL. ATENUAÇÃO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. TENTATIVA. NÃO RECONHECIMENTO.

Restou claro que o recorrente chamou a vítima de "macaco", com o intuito exclusivo de humilhá-lo em decorrência da cor de sua pele, não sendo possível acolher a tese absolutória por ausência de dolo ou de desclassificação para a forma simples do crime. Destaco que, sendo a honra subjetiva o bem juridicamente protegido pelo legislador, não se mostra relevante o fato de o agente se denominar da raça negra, uma vez que sua ação é capaz de trazer, igualmente, lesão à autoestima da vítima.

Impossível acolher, ainda, o pleito de absolvição por atipicidade da conduta, sob a alegação e que a ameaça ocorreu em razão do ânimo exaltado e do estado de cólera. Quando pro-

ferida em estado de ira ou cólera, a ameaça se torna mais amedrontadora, tendo a testemunha Clésio relatado que a vítima Damião se mostrou preocupado com as ameaças sofridas.

A vítima afirmou que o acusado o chamou de corrupto, alto na delegacia, o que foi confirmado pelo próprio recorrente, não se mostrando relevante o fato de o recorrente estar sob ânimo exaltado, pois o estado de ira ou cólera não afasta a tipicidade da conduta de desacato.

Não há que se acolher a tese de crime único em relação aos delitos de furto perpetrados pelo recorrente.

Deve ser afastada, a alegação de atipicidade material da conduta que vitimou Clébio Bernardo dos Santos ou de crime impossível por impropriedade do meio ante a inexistência de bens apreciáveis economicamente.

A aplicação do princípio da insignificância deve considerar não somente o valor da coisa furtada, mas também o desvalor da conduta, o que, no caso em concreto, impede a concessão do pedido do apelante uma vez que supera o simples furto do bem, já que o apelante demonstra reiteração na prática desse tipo de crime, tendo inclusive voltado ao local dos crimes iniciais para furtar o veículo da vítima Débora, além de já ter sido condenado pela mesma espécie delitiva, conforme consta de sua Folha de Antecedentes Criminais, de f. 177/182.

Também não se mostra factível a versão de que o recorrente desconhecia o fato de que os bens furtados pertenciam a vítimas diversas. Conforme depoimento prestado por Damião o apelante estava deitado no banco e observou todos os movimentos da Débora, tendo pego as chaves e entrado no veículo Eco Sport vermelho da vítima, tendo observado também Clébio guardar seus pertences no veículo, como este relatou em juízo.

Inviável, ainda, o reconhecimento da absorção

entre os delitos de furto. Como bem apontado pelo Juízo de 1º Grau, a conduta de subtração do carro deriva de manifestação de vontade do recorrente, independente da subtração anterior da chave do veículo.

Afasta-se a tese de crime impossível em razão do alegado flagrante preparado ou esperado. A súmula 157 do Supremo Tribunal Federal versa apenas sobre o flagrante preparado, quando a polícia provoca o agente a praticar o delito. A hipótese dos autos, no máximo, configuraria o flagrante esperado, em que, diante da notícia da prática futura de crime, aguarda-se o momento de consumação para efetuar a prisão do agente, não sendo caso de crime impossível.

No que tange às reprimendas básicas impostas ao apelante, nenhum reparo está a merecer a decisão recorrida, eis que foram corretamente fixadas acima dos mínimos legais, com devida fundamentação. A sentença, com propriedade, considerou que o recorrente possui conduta social por demais reprovável, voltada para prática de crimes contra o patrimônio, ante a notícia de novas ações delitivas, após que ter sido concedida liberdade para responder ao processo.

Da mesma forma, satisfatório o percentual de aumento estipulado pelo Juízo recorrido, em razão da presença de reincidência específica em delitos contra o patrimônio.

Quanto ao requerimento de aumento da fração relativa à tentativa no crime de furto entendo que o percentual de redução imposto pelo Juízo de 1º Grau se mostra razoável e proporcional. Entendo que o autor do fato percorreu em boa parte o iter criminis, impedindo, assim, a fixação de fração maior para a redução das penas.

Por fim, no que concerne ao pedido de atenua-

ção do regime prisional, não assiste qualquer razão ao recorrente, uma vez que as circunstâncias judiciais do artigo 59 da Lei Penal lhe são desfavoráveis, sendo o regime fechado o que melhor se amolda aos ditames do artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal. DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.”

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0202803-37.2018.8.19.0001, da 14ª Vara Criminal da Comarca da Capital, em que é Apelante Michel Fonseca Mesquita, sendo apelado o Ministério Público,

Acordam os Desembargadores que integram a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, na sessão realizada no dia 04/02/2020, em negar provimento ao recurso defensivo.

Integra o presente o relatório de f. 371/375.

Por ocasião de seu interrogatório, o recorrente Michel Fonseca Mesquita (f. 122) afirmou:

“(…) que antes de preso trabalhava em um restaurante de vez em quando; que ganhava em média 80 reais por dia; que já foi preso e processado anteriormente; que acha que não deve mais nada; que ficou 3 anos e alguma coisa no semiaberto; que saiu de indulto em 26 de julho de 2018; que estava na praça sentado; que o carro estava aberto e que entrou dentro do carro para ver se tinha alguma coisa para ele levar; que não achou nada, porque não tinha nada; que essa parte que eles falaram que ele pegou o objeto é mentira; que não pegou; que não sabe porque eles estão dizendo que ele pegou; que estava dentro do carro, mas não pegou nada; que não o xingou; que não o chamou de macaco; que só admite ter chamado o policial de corrupto; que o chamou de corrupto porque estava

com raiva; que quando fica com raiva não costuma ofender as pessoas (...).”

A testemunha de acusação Damião Bernardo Macedo (f. 108) declarou, em Juízo:

“(...) que trabalha na Praça 4 de Julho próximo à faculdade IBMEC; que todo sábado às sete e pouco está lá; que nesse sábado chegou lá e avistou um travesti deitado no banco da praça e olhando o jeito como ele trabalhava; que quando a dona do carro Eco Sport vermelho a senhora Débora chegou, ela estacionou o carro e deixou a chave do veículo com ele; que sempre coloca as chaves de todos os veículos dentro do veículo que será o que sairá mais tarde; que nesse dia colocou todas as chaves dos veículos dentro veículo Fiat Punto branco; que a Débora deixou o carro e minutos depois, ela retornou para buscar o telefone celular que ela havia esquecido dentro do veículo dela; que falou para a Débora pegar a chave do carro Eco Sport vermelho dela, dentro do veículo Fiat Punto branco; que falou para ela pegar a chave, pegar o celular e depois devolver a chave para o mesmo local; que assim a Débora fez; que depois que a Débora guardou novamente a chave do veículo dela dentro do veículo Fiat Punto branco, ele esqueceu de trancar o veículo Fiat Punto branco; que quando ele se distraiu atendendo o pessoal que estava chegando, esse travesti que estava deitado no banco e que observou todos os movimentos da Débora, se levantou, pegou a chave do veículo da Débora dentro do Fiat Punto branco e entrou no veículo Eco Sport vermelho da Débora; que minutos depois, o Clébio que trabalha com ele, perguntou onde ele poderia guardar a sua mochila e que respondeu para ele que guardasse a mochila dentro do veículo Eco Sport verme-

lho da Débora; que assim o Clébio fez; que o Clébio abriu o veículo Eco Sport vermelho para guardar a sua mochila e viu o travesti deitado no banco, porém ele pensou que o travesti fosse o dono do carro; que depois o Clébio comentou com ele que havia uma pessoa sentada dentro do carro da Débora; que procurou a chave do veículo da Débora e não achou; que quando o Clébio foi olhar a mochila dele, a mochila já estava aberta e os documentos dele já haviam sido levados; que foi lá e o travesti já não estava mais no carro; que foi quando deu falta do travesti deitado no banco; que comunicou à Débora o ocorrido; que a Débora pediu que ele ficasse de olho porque se ele tinha levado a chave do carro, era porque pretendia voltar para tentar levar o carro; que por volta de 16h30m os alunos da IBMEC começaram a sair; que atendeu um rapaz e foi andando e, neste momento, avistou essa pessoa que havia pego a chave vindo correndo por baixo do viaduto do aterro do Flamengo; que ele veio correndo e entrou no carro; que foi correndo também e conseguiu abrir a porta do carro e pegar a chave na ignição; que o segurou e pediu ao Clébio que chamasse o Centro Presente; que na delegacia o acusado o ameaçou de morte e o chamou de macaco; que o acusado também ameaçou o policial e o chamou de corrupto e ladrão dentre muitas outras coisas; que o acusado falou que quando fosse solto voltaria lá e o mataria; que o acusado falou para o policial que cadeia para ele era como um hotel e que ele entraria lá e sairia de novo; que o Clébio recuperou a carteira dele depois de umas duas ou três semanas; que na carteira havia o número do telefone do Clébio, então o rapaz que encontrou a carteira ligou para ele; que o rapaz achou a carteira do Clébio no Aterro

do Flamengo, perto da Guarda Municipal; que o Clébio até já tinha feito outra carteira; que acha que o rapaz encontrou a carteira do Clébio toda, com todos os documentos e com tudo que estava dentro da carteira; que o Clébio o acompanhou até a delegacia; que primeiro foram para a delegacia ele, a Débora e o acusado; que o Clébio ficou lá para liberar o restante dos carros e depois ele os encontrou na delegacia. (...)”

A testemunha de acusação Clébio Bernardo dos Santos (f. 109) esclareceu em Juízo:

“(...) que estava trabalhando; que é primo do Damião; que perguntou ao Damião em que carro poderia guardar a sua mochila; que o Damião falou para ele guardar a mochila no carro da frente; que quando foi guardar a mochila, viu que havia uma pessoa na frente do carro; que pensou que fosse a dona do carro que estivesse passando mal, porque ela estava em uma posição meio deitada; que deixou a mochila dentro do carro e foi atender um cliente; que quando voltou, comentou com o seu primo que havia uma pessoa dentro do carro passando mal; que o Damião falou que não havia ninguém dentro do carro passando mal; que nesse momento se deu conta da sua mochila; que foi olhar a sua mochila e viu que ela estava aberta; que foram furtados os seus documentos e a chave do carro; que procuraram a pessoa pelo local e não a acharam; que por volta de 18h a pessoa autora do roubo apareceu tentando levar o veículo; que o Damião viu, abordou essa pessoa e retirou a chave da ignição; que essa pessoa já estava dentro do carro tentando ligar o motor para sair; que essa pessoa chegou a ligar o carro, mas o Damião puxou a porta e retirou a chave da ignição; que ele chamou o Cen-

tro Presente; que os policiais abordaram a pessoa; que recuperou a sua carteira; que foi levada apenas a sua carteira com os seus documentos; que perguntou onde estavam os seus documentos e ele não quis dizer; que três ou quatro dias depois, uma pessoa ligou para ele falando que havia achado os seus documentos; que dentro da sua carteira havia um papel com o seu número de telefone; que nesse mesmo dia foi na 5º DP e apresentou os documentos que haviam sido recuperados; que não presenciou as agressões do acusado contra o Damião ocorridas na delegacia; que ficou lá esperando todos os clientes voltarem para buscar os seus carros; que quando chegou na delegacia, o Damião contou a ele que havia sofrido ameaças; que o Damião relatou que havia sofrido ameaça de morte e que havia sido chamado de macaco, bem como relatou que o policial havia sido chamado de corrupto; que o Damião ficou preocupado depois. (...)”

A testemunha de acusação Rafael Rodrigues de Albuquerque (f. 121) narrou:

“(...) que estavam em patrulhamento pela Avenida Beira Mar quando foram abordados por um transeunte informando que havia um cidadão tentando furtar um veículo; que colocaram essa pessoa dentro da viatura e chegaram ao local que ficava perto da IBMEC; que o acusado se encontrava dentro de veículo e uma pessoa acautelava o local; que fizeram a abordagem e conduziram todos para a delegacia; que os guardadores de carro do local é que os procuraram; que se não se engana, o acusado havia furtado uma bolsa anteriormente; que nessa bolsa estavam a carteira e os documentos de uma pessoa e a chave do veículo; que o acusado voltou depois para tentar pegar o veículo;

que não sabe dizer se o acusado chegou a dar partida no veículo; que presenciou o acusado ameaçando um dos guardadores já na delegacia; que o acusado estava calmo durante a condução; que o acusado só começou a se alterar na delegacia; que o acusado chamou o guardador de macaco e falou que iria matá-lo; que o acusado também o chamou de corrupto; que não se recorda o nome do guardador que foi chamado de macaco e ameaçado de morte; que o acusado o chamou de corrupto alto na delegacia. (...)"

- Do crime previsto no artigo 140 § 3º, do Código Penal:

Conforme depoimento da vítima Damião e do policial Rafael, restou claro que o recorrente chamou a vítima de "macaco", com o intuito exclusivo de humilhá-lo em decorrência da cor de sua pele, não sendo possível acolher a tese absolutória por ausência de dolo ou de desclassificação para a forma simples do crime.

Destaco que, sendo a honra subjetiva o bem juridicamente protegido pelo legislador, não se mostra relevante o fato de o agente se denominar da raça negra, uma vez que sua ação é capaz de trazer, igualmente, lesão à autoestima da vítima.

Como bem observado pelo membro do Parquet, inúmeros são os exemplos em nosso cotidiano em que cidadãos de etnia e raça negra praticam atitudes discriminatórias tendo por base também a raça, ainda que de forma não intencional e, no mínimo, decorrente do acúmulo da cultura segregacionista que, infelizmente, ainda perdura no inconsciente coletivo de nossa nação.

- Do crime previsto no artigo 147 do Código Penal:

Impossível acolher, ainda, o pleito de absolvição por atipicidade da conduta, sob a alegação e que a ameaça ocorreu em razão do ânimo exaltado e do estado de cólera. Ao contrário,

conforme lição do Professor ROGÉRIO GRECO "quando proferida em estado de ira ou cólera, a ameaça se torna mais amedrontadora, pois que o agente enfatiza sua intenção em praticar o mal injusto e grave, fazendo com que a vítima, em geral, se veja abalada em sua tranquilidade psíquica", exatamente o que ocorreu na presente hipótese, tendo a testemunha Clésio relatado que a vítima Damião se mostrou preocupado com as ameaças sofridas. No mesmo sentido é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44, I, CÓDIGO PENAL. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

AGRAVO DA DEFESA DESPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, visto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de ser incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de crime cometido mediante violência ou grave ameaça, a teor do disposto no art. 44, I, do Código Penal.

2. No caso, consta dos autos que o agravante ameaçou de morte a sua ex-companheira, após discussão entre ambos, circunstância que impede a substituição da pena privativa de liberdade, em razão das agressões morais e psíquicas sofridas pela vítima.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp nº 1.463.031/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 09/10/2014)

Em vista desse conjunto probatório, não há a menor dúvida de que o apelante praticou o delito de ameaça descrito na peça acusatória, tornando-se impossível o acolhimento do pedido de absolvição, formulado pela Defesa.

- Do crime previsto no artigo 331 do Código Penal:

Em seu depoimento em Juízo, o policial militar Rafael Rodrigues afirmou que o acusado o chamou de corrupto alto na delegacia, o que foi confirmado pelo próprio recorrente.

Dessa forma, as provas existentes nos autos são firmes tanto quanto à materialidade quanto à autoria, imputada ao ora apelante, conforme se vê da prova oral colhida, não se mostrando relevante o fato de o recorrente estar sob ânimo exaltado, pois o estado de ira ou cólera não afasta a tipicidade da conduta. Nesse mesmo sentido precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

“APELAÇÃO CRIMINAL. DESACATO. Sentença que condenou o apelante pela prática do crime previsto no artigo 331 do Código Penal, à pena de 07 (sete) meses de detenção, em regime aberto, com substituição por uma pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade. A Defesa postula a absolvição por insuficiência de provas, além de afirmar que o fato de o recorrente estar exaltado no momento da discussão com os policiais não pode caracterizar o desacato. Pleito absolutório. Impossibilidade. A prática do delito de desacato é incontestada diante dos depoimentos firmes e coesos dos policiais militares. Durante um patrulhamento na oficina do acusado, ele saiu do interior da mesma e, de forma agressiva, disse que não tinha medo de policial e usava as expressões "policial vagabundo", "policial de m."; Não se sustenta a tese de que a exaltação de ânimos durante a discussão

descharacteriza o desacato aos policiais. É evidente que o apelante agiu com a nítida intenção de desrespeitar e até menosprezar os agentes da lei que interpelaram o acusado na data dos fatos, sendo tal conduta prevista no tipo penal de desacato. A alegada situação de descontrole emocional não autoriza o réu a atuar de tal modo. Aliás, este é o ensinamento trazido pelo artigo 28, I, do Código Penal, ao dispor que a emoção não exclui a imputabilidade penal. Resposta penal que não merece qualquer reparo. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. Mantida integralmente a sentença guerreada.”

APELAÇÃO nº 0002118-66.2015.8.19.0050 Des(a). MÁRCIA PER-
RINI BODART - Julgamento: 26/03/2019
- Quarta Câmara Criminal- Data de Julgamento: 26/03/2019 - Data de Publicação: 29/03/2019 (*)

“APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU CONDENADO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DOS ARTIGOS 163, PARÁGRAFO ÚNICO, III, 329 E 331, N/F DO 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL, ÀS PENAS TOTAIS DE 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE DETENÇÃO E 40 (QUARENTA) DIAS-MULTA. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DE CONDUTA ANTE A AUSÊNCIA DE DOLO. PLEITO SUBSIDIÁRIO. REFORMA NA DOSIMETRIA. PARCIAL PROCEDÊNCIA. Apelante que chutou a porta do coletivo vindo a danificá-la, além de opor-se, mediante violência consistente em empurrar policiais, à execução de sua prisão em flagrante e ter desacatado um policial militar cuspiendo em seu rosto. Materialidade e autoria que restaram consubstanciadas diante do laudo de constatação de dano e da consistente prova oral obtida. Atipicidade das condutas praticadas ante a ausência de dolo, eis que o acusado estava com o

ânimo exaltado que não procede. Réu que já entrou no ônibus com um comportamento provocador, desejando criar conflito com os passageiros e quando foi chamada a polícia, resistiu com violência à ordem legal dos mesmos. Delito de desacato que também restou configurado uma vez que o acusado cuspiu no rosto do policial Wallace, com a nítida intenção de desmoralizar e ofender funcionário público no exercício de suas funções. Conduta de dano qualificado que também se verifica. Apelante que para fugir da abordagem policial, resolveu sair do coletivo chutando violentamente a porta traseira, não se importando se tal ato iria ocasionar prejuízo à empresa concessionária. O estado de ira ou cólera não afasta a tipicidade, não se exigindo ânimo calmo e refletido para restar caracterizada a prática das condutas. Defesa que não demonstrou ser o acusado incapaz de entender o caráter ilícito dos seus atos ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Dosimetria que merece parcial reforma apenas no que concerne à pena pecuniária que, DE OFÍCIO, reduzo para 20 dias-multa. RECURSO CONHECIDO E NO MÉRITO DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO PARA, DE OFÍCIO, REDUZIR A PENA PECUNIÁRIA PARA 20 DIAS - MULTA. MANTÉM-SE, NO MAIS, A SENTENÇA ATACADA.”

APELAÇÃO n° 0015056-43.2015.8.19.0002 - Des(a). PAULO SÉRGIO RANGEL DO NASCIMENTO - Terceira Câmara Criminal - Data de Julgamento: 22/03/2018 - Data de Publicação: 27/03/2018 (*)

- Dos crimes previstos no artigo 155 do Código Penal:

Deve ser afastada, a alegação de atipicidade material da conduta que vitimou Clébio Bernardo dos Santos ou de crime impossível por impro-

priedade do meio ante a inexistência de bens apreciáveis economicamente.

O princípio da insignificância ou da bagatela não é causa de exclusão de ilicitude prevista em lei, mas simples construção doutrinária, que deve ser considerada com a devida cautela e bom senso, a fim de que a sua utilização ou emprego desenfreado não passe a representar injustas absolvições.

A Lei Penal Brasileira pune a violação do patrimônio alheio, através do furto, qualquer que seja o valor da coisa subtraída. Para a constatação desta afirmação, basta que se examine a figura penal do furto privilegiado, prevista no § 2º, do artigo 155 do Código Penal, pelo qual não é admitida a absolvição do agente, mas, tão somente, permitida a redução da pena ou a substituição da pena de reclusão por outra menos grave, de detenção ou de multa. Isso, somente quando o autor da subtração é primário e a coisa subtraída é de pequeno valor.

A aplicação do referido princípio deve considerar não somente o valor da coisa furtada, mas também o desvalor da conduta, o que, no caso em concreto, impede a concessão do pedido do apelante uma vez que supera o simples furto do bem, já que o apelante demonstra reiteração na prática desse tipo de crime, tendo inclusive voltado ao local dos crimes iniciais para furtar o veículo da vítima Débora, além de já ter sido condenado pela mesma espécie delitiva, conforme consta de sua Folha de Antecedentes Criminais, de f. 177/182.

Também não se mostra factível a versão de que o recorrente desconhecia o fato de que os bens furtados pertenciam a vítimas diversas. Conforme depoimento prestado por Damião o apelante estava deitado no banco e observou todos os movimentos da Débora, tendo pego as chaves e entrado no veículo Eco Sport vermelho da vítima, tendo observado também Clébio

guardar seus pertences no veículo, como este relatou em juízo.

Inviável, ainda, o reconhecimento da absorção entre os delitos de furto. Como bem apontado pelo Juízo de 1º Grau, a conduta de subtração do carro deriva de manifestação de vontade do recorrente, independente da subtração anterior da chave do veículo.

Dessa forma, não há que se acolher a tese de crime único em relação aos delitos de furto perpetrados pelo recorrente.

Afasta-se também a tese de crime impossível em razão do alegado flagrante preparado ou esperado. A súmula nº 157 do Supremo Tribunal Federal versa apenas sobre o flagrante preparado, quando a polícia provoca o agente a praticar o delito.

A hipótese dos autos, no máximo, configuraria o flagrante esperado, em que, diante da notícia da prática futura de crime, aguarda-se o momento de consumação para efetuar a prisão do agente, não sendo caso de crime impossível. Neste sentido a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. 3. FLAGRANTE PREPARADO. CRIME IMPOSSÍVEL. SÚMULA Nº 145/STF. NÃO VERIFICAÇÃO. 4. FLAGRANTE ESPERADO. RÉUS MONITORADOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 5. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir 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. O trancamento da ação penal somente é possível, na via estreita do *habeas corpus*, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

3. O verbete nº 145 da Súmula do Supremo Tribunal Federal dispõe que "não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação". Contudo, não se pode confundir o flagrante preparado - no qual a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação, cuidando-se, assim, de crime impossível - com o flagrante esperado - no qual a polícia tem notícias de que uma infração penal será cometida e aguarda o momento de sua consumação para executar a prisão.

4. No caso dos autos, verificou-se que os pacientes já estavam sendo monitorados, não tendo havido provocação prévia dos policiais para que se desse início à prática do crime de tráfico de drogas. Ademais, consta do acórdão impugnado que as abordagens dos veículos ocorreram de forma autônoma, tendo a ligação telefônica apenas demonstrado o vínculo entre os pacientes, encontrando-se ambos em flagrante delito. Nesse contexto, não há se falar em flagrante preparado.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC nº 438.565/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018)

No que tange às reprimendas básicas impostas ao apelante, nenhum reparo está a merecer a decisão recorrida, eis que foram corretamente fixadas acima dos mínimos legais, com devida fundamentação. A sentença, com propriedade, considerou que o recorrente possui conduta social por demais reprovável, voltada para prática de crimes contra o patrimônio, ante a notícia de novas ações delitivas, após ter sido concedida liberdade para responder ao processo.

Da mesma forma, satisfatório o percentual de aumento estipulado pelo Juízo recorrido, em razão da presença de reincidência específica em delitos contra o patrimônio.

Quanto ao requerimento de aumento da fração relativa à tentativa no crime de furto entendendo que o percentual de redução imposto pelo Juízo de 1º Grau se mostra razoável e proporcional. Entendo que o autor do fato percorreu em boa parte o *iter criminis*, impedindo, assim, a fixação de fração maior para a redução das penas.

Por fim, no que concerne ao pedido de atenuação do regime prisional, não assiste qualquer razão ao recorrente, uma vez que as circunstâncias judiciais do artigo 59 da Lei Penal lhe são desfavoráveis, sendo o regime fechado o que melhor se amolda aos ditames do artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso defensivo.

RIO DE JANEIRO, 04 DE FEVEREIRO DE 2020.
DES. ANTONIO EDUARDO F. DUARTE
RELATOR

ARMA DE FOGO. LEI Nº 10.826/2003. DOLO GENÉRICO EXIGIDO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO E MERA CONDUTA. AFRONTA À SEGURANÇA PÚBLICA. SÚMULA Nº 231 DO STJ. APELO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELO DELITO INSCULPIDO NO ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. PLEITO ABSOLUTÓRIO LASTREADO NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. Ob-

jetivamente, temos comprovada a autoria do fato e caracterizada a tipicidade do delito, porque o artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 incrimina as condutas de “possuir”, “deter”, “portar”, “adquirir”, “fornecer”, “receber”, “ter em depósito”, “transportar”, “ceder, ainda que gratuitamente”, “emprestar”, “remeter”, “empregar”, “manter sob sua guarda” ou “ocultar” arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. O tipo do artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 exige, para a caracterização do crime, apenas o dolo genérico - consciência e vontade de portar arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Logo, tendo em conta que o tipo previsto no art. 14 da lei de regência é de perigo abstrato e de mera conduta, emerge prescindível a comprovação de risco concreto ao bem jurídico tutelado, de modo que a conduta do agente, que portava o revólver, já é suficiente para afrontar a segurança pública. OUTROSSIM, NÃO MERECE PROSPERAR A PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. Inviabilidade de supressão da reprovação legal mínima do delito. Matéria julgada, na Suprema Corte, sob o trâmite da Repercussão Geral. Súmula nº 231 do STJ. DESPROVIMENTO DO APELO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003970-57.2016.8.19.0029, originários do Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Magé, em que figuram, como Apelante, Alison Vries dos Santos e, como Apelado, o Ministério Público, Acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por

unanimidade de votos, em negar provimento ao apelo, nos termos do Voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ofereceu denúncia, em face de Alison Vries dos Santos, pela prática do delito tipificado no art. 14 da Lei nº 10.826/03. *In verbis*:

“(...) No dia 11 de abril de 2016, por volta das 18:00h, na Rodovia Rio/Teresópolis, na altura da localidade Citrolândia, nesta Comarca, o denunciado consciente e voluntariamente, portava e mantinha sob sua guarda, 01 revólver, marca Taurus, calibre 32, nº de série 296969, desmuniçado, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme Auto de Apreensão de f. 11 (...)”.

O Juízo de origem julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o réu à pena de dois anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de dez dias-multa, substituída a pena reclusiva por duas restritivas de direitos (pasta nº 177).

No apelo (pasta 196), a Defesa postula a absolvição em virtude da atipicidade da conduta. Subsidiariamente, requer a condução da pena-base aquém do mínimo legal, em função do reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea.

O MP ofereceu Contrarrazões (pasta 213), prestigiando a sentença.

A Procuradoria de Justiça exarou Parecer (pasta 229), pugnando pelo desprovimento do Apelo.

VOTO

Não assiste razão à Defesa.

A materialidade do delito está positivada pelo APF (pasta 03), pelo Auto de Apreensão (pasta 19) e pelo Laudo de Exame de Arma de Fogo (pasta 113).

Em Juízo, o PM Marco Antônio Brito relatou que, no dia dos fatos, o depoente e seu colega de farda estavam em patrulhamento de rotina, quando tiveram a atenção despertada para o acusado, que já era conhecido da Polícia pelo envolvimento em roubos na região. Realizada a revista pessoal, os milicianos encontraram, na posse do réu, um revólver desmuniçado, calibre 32 (pasta 141).

Registre-se que o depoimento do PM se afigura em harmonia com as declarações prestadas em sede inquisitorial (*vide* pasta 07).

Não há, pois, motivos para duvidar das palavras do agente da lei, máxime diante da clareza e segurança das suas declarações.

Sobre o tema, a Jurisprudência deste Tribunal sedimentou-se:

“Súmula nº 70 - O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação”.

No interrogatório, o acusado admitiu que adquiriu o armamento. Sustentou que portava a arma em virtude da ocorrência do roubo de duas bombas no sítio em que trabalhava. Afirmou que o instrumento estava quebrado e não havia munição. Negou ser conhecido como ladrão (pasta 141).

Porém, a versão do acusado é contraditória, porquanto ele ostenta uma condenação definitiva pela prática anterior de roubo majorado (*vide* processo nº 0009195-58.2016.8.19.0029) e o Laudo de Exame de Arma de Fogo atestou que o instrumento apreendido ostentava potencialidade lesiva (pasta 113).

Objetivamente, pois, temos comprovada a autoria do fato e caracterizada a tipicidade do delito, porque o artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 incrimina as condutas de “portar”, “deter”, “adquirir”, “fornecer”, “receber”, “ter em depósito”, “transportar”, “ceder, ainda que gratuitamente”, “emprestar”, “remeter”, “empregar”, “manter sob guarda” ou “ocultar” arma de fogo,

acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Devemos observar que o tipo do artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 exige, para a caracterização do crime, apenas o dolo genérico - consciência e vontade de portar arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Assim, a conduta do agente, que portava a arma já é suficiente para afrontar a segurança pública, não havendo que se perquirir se esta era sua finalidade.

Com efeito, tendo em conta que o tipo previsto no art. 14 da lei de regência é de perigo abstrato e de mera conduta, emerge prescindível a comprovação de risco concreto ao bem jurídico tutelado.

Sobre o tema:

“*HABEAS CORPUS*”. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. TIPICIDADE DA CONDUTA. (...) CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. (...) A Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento in-

constitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo. Há inequívoco interesse público e social na proscricção da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto (...)” (HC nº 102.087/MG MIN. GILMAR MENDES. Publicado em 14/08/2012);

“(…) TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. LESÃO À SEGURANÇA PÚBLICA E À PAZ COLETIVA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA. 1. Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem de comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosida-

de da conduta, que é inerente à ação. 2. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico. 3. O simples fato de portar ilegalmente arma de fogo caracteriza a conduta descrita no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003, por se tratar de crime de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva (...)” (HC nº 356.198/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 05/10/2016);

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 14 DA LEI Nº 10.826/2003. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. (...) A Jurisprudência deste Eg. Tribunal é firme no sentido de que, para a configuração do crime tipificado no art. 14 da Lei nº 10.826/2003 - no caso, porte ilegal de munição ou acessório de uso proibido ou restrito -, é irrelevante o fato de a munição apreendida estar desacompanhada de arma, por se tratar de delito de perigo abstrato ou de mera conduta (...)” (AgRg no REsp nº 1.582.369/SP, Rel. Ministro FÉLIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 21/09/2016).

Mesmo que assim não fosse, o Laudo de Exame de Arma de Fogo (pasta 113) atesta a capacidade vulnerante do revólver.

Anote-se que a prova colhida indica que o acusado tinha pleno conhecimento da ilicitude da conduta, porquanto o armamento não estava à vista, tendo sido encontrado, pelos PMs, tão-somente em razão da revista pessoal.

Logo, o fato imputado é perfeitamente típico, ilícito e culpável, não havendo nenhuma causa capaz de excluir o dolo ou a culpabilidade da conduta.

Outrossim, impende registrar que, no sistema trifásico da dosimetria, as circunstâncias atenuantes ou agravantes e as causas de aumento ou diminuição ostentam naturezas distintas.

Note-se que as primeiras repercutem diretamente na pena-base e, por isso, é vedado ao Juiz, na segunda fase, conduzi-la para abaixo ou acima dos limites estabelecidos no preceito secundário da norma.

Nesse sentido, o STF, em Sessão Plenária, sedimentou:

“AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (RE nº 597.270 QO-RG/RS - REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Ministro Relator CÉZAR PELUSO - Julgamento: 26/03/2009).

Portanto, não socorre à Defesa a alegação de que a pena-base deve ser reduzida abaixo do mínimo legal, haja vista que a circunstância atenuante não pode suprimir a reprovação legal mínima do delito, na forma da Súmula nº 231 do STJ:

“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Vejamos o aresto:

“PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. CRIME DE ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. (...) PRETENSÃO DE VULNERAÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL PELO

RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFESSÃO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NA JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA. MATÉRIA RECONHECIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO SENDO DE REPERCUSSÃO GERAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. (...) 10. Busca a Defesa seja a pena do Apelante reduzida, em razão do reconhecimento da atenuante da confissão, a despeito de já haver sido fixada no mínimo legal. 11. O reconhecimento de circunstância legal favorável ao Apelante não pode conduzir à fixação da pena aquém do mínimo previsto na escala penal, sob pena de vulnerar-se o princípio da estrita da legalidade. Ainda que não fosse a matéria sumulada, o que evidentemente não vincula, no ponto, a jurisdição, por não se tratar de Súmula Vinculante, o certo é que o legislador penal optou pela adoção de um sistema trifásico, a impor, assim, que se dê tratamento e consequência jurídicos distintos às agravantes e atenuantes em relação às causas especiais de aumento e de diminuição de pena. 12. Ora, admitir a diminuição da pena aquém do mínimo legal, tendo em conta a inexistência de parâmetros para a redução em decorrência do reconhecimento das circunstâncias atenuantes, poderia acarretar, até mesmo, a abolição das penas mínimas cominadas abstratamente, o que, à luz da evidência, violaria o princípio da legalidade (...)” (Apelação Criminal nº 0389907-85.2012.8.19.0001 - Des. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO - Julgamento: 14/04/2015 - Segunda Câmara Criminal).

Face ao exposto, voto no sentido de negar provimento ao apelo defensivo.

RIO DE JANEIRO, 11 DE FEVEREIRO DE 2020.
DES. FLÁVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES
RELATOR

FURTO E RESISTÊNCIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO DO ACUSADO PELO CRIME DE FALSA IDENTIDADE. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. PENAS REDUZIDAS, DE OFÍCIO.

APELAÇÃO. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 155, CAPUT, E 329, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, EM CONCURSO MATERIAL E ABSOLVIÇÃO PELO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 307 DO ESTATUTO REPRESSIVO. RECURSO MINISTERIAL POSTULANDO A REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA COM VISTAS À CONDENAÇÃO DO ACUSADO PELO CRIME DE FALSA IDENTIDADE. Conforme entendimento pacificado pelos tribunais superiores em sede de repercussão geral, é típica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa (art. 307 do CP). No caso em apreço, o acusado atribuiu-se falsa identidade no bojo do registro de ocorrência, objetivando obstar sua responsabilidade penal. Conduta típica, antijurídica e culpável. Todavia, tratando-se de matéria de direito sancionador e revelando-se patente ilegalidade ou desproporção da sanção aplicada, notadamente para beneficiar o réu, pode o Tribunal corrigi-la, ainda que não tenha sido objeto de impugnação recursal. Penas fixadas pelos delitos remanescentes que se mostraram desproporcionais, merecendo correção nesta sede. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, REDUZINDO-SE, DE OFÍCIO, AS PENAS DOS CRIMES DE FURTO E RESISTÊNCIA, ABRANDANDO-SE, AINDA, O REGIME PRISIONAL PARA O SEMIABERTO, POR FLAGRANTE DESPROPORCIONALIDADE. OFICIE-SE À SEAP PARA QUE PROVIDENCIE A TRANSFERÊNCIA DOS ACUSADOS PARA O ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMPATÍVEL COM O REGIME ORA FIXADO, NOS TERMOS DO AVISO CONJUNTO TJ/CGJ Nº 08/13 E RESOLUÇÃO CNJ Nº 113/10.

DE IGUAL MODO, COMUNIQUE-SE À VEP, EM ATENÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA RESOLUÇÃO SUPRACITADA, CONFORME RECOMENDAÇÃO INSERTA NO AVISO TJ Nº 57/2016.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0009936-44.2017.8.19.0068, em que é Apelante: Ministério Público e Apelado: Altamir Velozo dos Santos.

Acordam os Desembargadores que integram a Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer e prover o recurso interposto, para condenar o acusado pela prática do crime previsto no artigo 307 do Código Penal, reduzindo-se, de ofício, as penas dos crimes de furto e resistência, nos termos do voto da eminente Desembargadora-Relatora.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra a sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Rio das Ostras, que, julgando parcial procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia, condenou o acusado Altamir Velozo dos Santos a pena privativa de liberdade de 1 ano e 6 meses de reclusão e 5 meses e 18 dias de detenção, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 11 dias-multa, no valor mínimo legal, por infringência aos preceitos normativos contidos nos artigos 155, *caput*, e 329, *caput*, ambos do Código Penal, em concurso material, absolvendo-o do delito previsto no artigo 307 do Estatuto Repressivo, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Nas razões acostadas ao indexador 00231, postula o *parquet* a reforma parcial da sentença com vistas à condenação do acusado pelo crime de falsa identidade.

Analisado o caderno processual, razão assiste ao *parquet* em sua irresignação.

No tocante o crime em apreço, a testemunha Márcia Conceição Sampaio, policial civil, afirmou em juízo, que ao confeccionar o registro de ocorrência pela prática dos crimes pelos quais o acusado foi preso em flagrante, o mesmo atribuiu-se falsa identidade.

Não obstante, assim fundamentou o sentenciante quanto à matéria:

“Por fim, quanto à falsa identidade, constitui fato atípico. A conduta de quem atribui a si outro nome, na condição de investigado (caso dos autos), não pratica o crime em testilha. Bom, se o ordenamento garante ao cidadão o direito de não produzir prova contra si mesmo, não pode em seguida penalizá-lo se a prerrogativa for exercida, atribuindo a ela a pecha de tipicamente criminosa. É a lição que se extrai do que em doutrina é conhecido por tipicidade conglobante”.

Com efeito, o entendimento esposado mostra-se dissonante da jurisprudência dominante e vinculante dos tribunais superiores sobre a *quaestio juris*, que assim se manifestaram em sede de repercussão geral:

EMENTA CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo,

portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes. (STF – RE 640.139/RG – Min. DIAS TÓFFOLI – DJe: 13/10/2011)

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. ART. 307 DO CP. PRISÃO EM FLAGRANTE. FALSA IDENTIFICAÇÃO PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. AUTODEFESA. INEXISTÊNCIA. TIPICIDADE DA CONDOTA DE FALSA IDENTIDADE. SUBMISSÃO AO RITO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO Nº 8/2008 DO STJ.

1. Típica é a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa (art. 307 do CP).

2. O Supremo Tribunal Federal - ao julgar a repercussão geral no RE nº 640.139/DF, DJe 14/10/2011 - reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria controvertida, no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, LXIII, da CF) não alcança aquele que se atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP).

3. Recurso especial provido exclusivamente para restabelecer a condenação do recorrido pelo delito de falsa identidade (art. 307 do CP), consoante o *decisum* de primeiro grau, mantido, no que não contrariar este voto, o acórdão *a quo*. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução nº 8/2008 do Superior Tribunal de Justiça. (STJ - REsp 1.362.524/MG – 3ª Seção – Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR – DJe: 02/05/2014)

Destarte, diante do efeito vinculante das decisões em epígrafes, imperiosa a condenação do acusado pelo crime previsto no artigo 307 do Código Penal.

De outro vultu, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto à impossibilidade do Tribunal se pronunciar além do requerido pelo Ministério Público nas respectivas razões recursais.

Todavia, tratando-se de matéria de direito sancionador e revelando-se patente ilegalidade ou desproporção da sanção aplicada, notadamente para beneficiar o réu, pode o Tribunal corrigi-la, ainda que não tenha sido objeto de impugnação recursal.

Feitas tais considerações, imperioso redimensionamento das penas fixadas, porquanto desproporcionais.

Neste desiderato, ficam as sanções corporais redimensionadas nos seguintes termos:

ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL

1ª FASE: consoante espelha a sua FAC e da certidão acostada ao indexador 00107, o acusado possui uma condenação penal transitada em julgado, que será utilizada para fins de configuração da reincidência e regular conduta social. A análise quanto à sua personalidade, as circunstâncias do crime e a culpabilidade lhes são favoráveis, razão pela qual fixa-se a pena-base no mínimo legal, isto é, 3 meses de detenção;

2ª FASE: diante da presença da agravante da reincidência, majora-se a pena em 1/6, totalizando o patamar de 3 meses e 15 dias de detenção;

3ª FASE: ausentes causas de aumento e diminuição da pena.

PENA: 3 meses e 15 dias de detenção.

ARTIGO 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL

1ª FASE: consoante espelha a sua FAC e da certidão acostada ao indexador 00107, o acusado possui uma condenação penal transi-

tada em julgado, que será utilizada para fins de configuração da reincidência e regular conduta social. A análise quanto à sua personalidade, as circunstâncias do crime e a culpabilidade lhes são favoráveis, razão pela qual fixa-se a pena-base no mínimo legal, isto é, 1 ano de 6 reclusão;

2ª FASE: diante da presença da agravante da reincidência, majora-se a pena em 1/6, totalizando o patamar de 1 ano e 2 meses de reclusão;

3ª FASE: ausentes causas de aumento e diminuição da pena.

PENA: 1 ano e 2 meses de reclusão.

ARTIGO 329, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL

1ª FASE: consoante espelha a sua FAC e da certidão acostada ao indexador 00107, o acusado possui uma condenação penal transitada em julgado, que será utilizada para fins de configuração da reincidência e regular conduta social. A análise quanto à sua personalidade, as circunstâncias do crime e a culpabilidade lhes são favoráveis, razão pela qual fixa-se a pena-base no mínimo legal, isto é, 2 meses de detenção;

2ª FASE: diante da presença da agravante da reincidência, majora-se a pena em 1/6, totalizando o patamar de 2 meses e 10 dias de detenção;

3ª FASE: ausentes causas de aumento e diminuição da pena.

PENA: 2 meses e 10 dias de detenção.

Considerando o concurso material existente entre os delitos, fica a pena totalizada 1 ano e 2 meses de reclusão e 5 meses e 25 dias de detenção, fixando-se o regime inicialmente semiaberto.

Pelo exposto, voto pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial, reduzindo-se, de ofício, as penas dos crimes de furto e resistência, nos termos consignados.

OFICIE-SE À SEAP PARA QUE PROVIDENCIE A TRANSFERÊNCIA DOS ACUSADOS PARA O ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMPATÍVEL COM O REGIME ORA FIXADO, NOS TERMOS DO AVISO 7 CONJUNTO TJ/CGJ N° 08/13 E RESOLUÇÃO CNJ

N° 113/10. DE IGUAL MODO, COMUNIQUE-SE À VEP, EM ATENÇÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO 1º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA RESOLUÇÃO SUPRACITADA, CONFORME RECOMENDAÇÃO INSERTA NO AVISO TJ N° 57/2016.

RIO DE JANEIRO, 25 DE MARÇO DE 2020.

**DESª. SUELY LOPES MAGALHÃES
RELATORA**

FURTO EM SUPERMERCADO, MEDIANTE FRAUDE. COLABORAÇÃO DA OPERADORA DE CAIXA DO ESTABELECIMENTO. CONCURSO DE AGENTES. CLIENTE QUE EMBALA TODOS OS PRODUTOS E PAGOU SOMENTE POR PARTE DELES. TENTATIVA. A VIGILÂNCIA NÃO TORNA A SUBTRAÇÃO IMPOSSÍVEL. SENTENÇA CASSADA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. IMPUTAÇÃO DO DELITO DE FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO PELO EMPREGO DE FRAUDE E CONCURSO DE AGENTES, NA FORMA TENTADA. ABSOLUÇÃO SUMÁRIA. CRIME IMPOSSÍVEL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE CASSAÇÃO DA SENTENÇA E CONSEQUENTE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PRETENSÃO PLAUSÍVEL.

Crime impossível. Inocorrência. Furto em supermercado. Tentativa de subtração de 23 (vinte e três) itens do estabelecimento comercial, mediante fraude, totalizando R\$ 530,45 (quinhentos e trinta reais e quarenta e cinco centavos). Segunda apelada, operadora de caixa do supermercado, que passou os produtos no seu guichê, contudo, sem registrar a cobrança de alguns itens, enquanto o primeiro apelado, cliente do estabelecimento, embalou todos os produtos e pagou somente por parte deles. Ação percebida por um funcionário, que abordou o primeiro apelado no interior do estabelecimento comercial na posse dos produtos subtraídos. A existência de sistema

ostensivo de segurança, composto por fiscais e câmeras, apenas minimiza as perdas dos comerciantes, sem, contudo, fulminar completamente o risco de ocorrerem furtos ou roubos nos estabelecimentos comerciais. Inteligência do verbete 567 das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. Meio que, à vista disso, se mostra apenas relativamente ineficaz, tornando descabido o reconhecimento do instituto do crime impossível, previsto no artigo 17 do Código Penal.

Recurso provido, para cassar a sentença hostilizada e determinar o prosseguimento do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0280236-20.2018.8.19.0001, originários da 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital, em que é Apelante o Ministério Público e são Apelados Aldenir Alves de Almeida e Aline da Silva Oliveira,

Acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora que integra o presente.

VOTO

Trata-se de recurso contra a sentença de absolvição sumária, sob o fundamento de atipicidade da conduta por ineficácia absoluta do meio empregado (crime impossível), com pedido de cassação e prosseguimento do feito.

Em que pese o entendimento do íncrito Magistrado de primeiro grau, razão assiste ao Ministério Público.

Depreende-se dos autos que os apelados tentaram subtrair, mediante fraude, 23 (vinte e três) itens de um estabelecimento comercial, totalizando R\$ 530,45 (quinhentos e trinta reais e quarenta e cinco centavos) à época do delito, de propriedade do Supermercado Prezunic. A

empreitada criminosa ocorreu da seguinte forma: o primeiro apelado, cliente assíduo do supermercado, conhecido por “fazer amizade” com as operadoras de caixa, passou as suas compras no guichê da segunda apelada, operadora de caixa, e ela, por sua vez, deixou de registrar alguns itens, totalizando 23. O apelante embalou todas as mercadorias e efetuou o pagamento daquelas que foram registradas. Ocorre que um funcionário do local, percebendo a ação, abordou o acusado e verificou as suas compras, já armazenadas no carrinho, e, ao realizar a conferência, verificou a ausência de pagamento de parte dos produtos. Registre-se que toda a ação delitiva restou capturada pelas câmeras de segurança do local.

Assim, o Magistrado de piso absolveu sumariamente os apelados, sustentando que eles foram vigiados durante toda a ação delitiva, seja pelos fiscais, seja pelas câmeras de segurança do local, o que conduziria à atipicidade da conduta, por ineficácia absoluta do meio empregado (artigo 17 do Código Penal).

Contudo, a vigilância, ainda que realizada de forma monitorada por meio de câmeras, portas com sensores ou seguranças, não torna a subtração impossível, apenas dificultada, daí porque se costuma falar tão somente em ineficácia relativa do meio empregado.

Aliás, nesse exato sentido, o Superior Tribunal de Justiça, após reiteradamente decidir sobre o tema, editou o verbete nº 567 de suas Súmulas, *in verbis*:

“Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.”

Desse modo, conclui-se que o meio empregado para a consecução do crime não foi absolutamente ineficaz, a ponto de tornar o crime impossível.

Face ao exposto, voto pelo provimento ao presente recurso, a fim de cassar a sentença hostilizada e determinar o regular prosseguimento do feito.

RIO DE JANEIRO, 14 DE ABRIL DE 2020.
DES^a. ROSA HELENA PENNA MACEDO GUITA
RELATORA

HABEAS CORPUS. DÚPLICE ESTELIONATO. RÉU PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES DESABONADORES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CRIME QUE NÃO ENVOLVE O EMPREGO DE VIOLÊNCIA REAL OU DE GRAVE AMEAÇA À PESSOA. CONCESSÃO DA ORDEM.

HABEAS CORPUS - PROCESSUAL PENAL - DÚPLICE ESTELIONATO - EPISÓDIO OCORRIDO NO BAIRRO DE COPACABANA, COMARCA DA CAPITAL - ALEGAÇÃO TANTO DA INIDONEIDADE FUNDAMENTATÓRIA CONCRETA DA DECISÃO QUE MANTEVE A CUSTÓDIA CAUTELAR, CALCADA NA "GRAVIDADE EM ABSTRATO DA CONDUTA IMPUTADA", COMO TAMBÉM A INOCORRÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DESTA INICIATIVA SEGREGACIONAL EXTRAORDINÁRIA, SEJA "PORQUE AS IMPUTAÇÕES REFERIDAS PELA DECISÃO COMBATIDA JÁ FORAM JULGADAS IMPROCEDENTES PELO JUDICIÁRIO, SENDO O PACIENTE PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES", BEM COMO, SENDO TRABALHADOR, POSSUIDOR DE RESIDÊNCIA FIXA E FAMÍLIA, CONSTITUÍDA DE ESPOSA E DOIS FILHOS, OU AINDA, PELA APLICABILIDADE À ESPÉCIE DAS CAUTELARES ALTERNATIVAS À ESPÉCIE, MOTIVOS PELOS QUAIS REQUEREU A CONCESSÃO DA ORDEM, VISANDO OBTER O RELAXAMENTO DA PRISÃO OU A SUA CASSAÇÃO, OU, OUTROSSIM, A IMPOSIÇÃO DAS SUBSTITUTIVAS À PRISIONAL, INCLUSIVE TENDO SIDO FORMULADO PEDIDO DE LIMINAR, QUE FOI ACOLHIDO - DISPENSA DA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES, EM SE CONSIDERANDO COMO SUFICIENTEMENTE INSTRUÍDA

A IMPETRAÇÃO, DE MOLDE A POSSIBILITAR O CONHECIMENTO E A DELIMITAÇÃO DA HIPÓTESE VERTENTE - PARECER DA DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA, DA LAVRA DO ILUSTRE DR. RISCALLA J. ABDENUR (F. 40/47), OPINANDO PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM - PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO MANDAMENTAL - E ISTO SE DÁ PORQUE, DIANTE DE UMA F.A.C. QUE OSTENTA DEZ ANOTAÇÕES (DOCUMENTOS 16/25, EM ANEXO), COM UMA EXTINÇÃO DO PROCESSO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR, INCLUSIVE COM A CONCORDÂNCIA MINISTERIAL (DOCUMENTO 19, EM ANEXO), TRÊS ABSOLVIÇÕES (DOCUMENTOS 22, 24 E 25, EM ANEXO) E UMA SUSPENSÃO DA TRAMITAÇÃO E DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL (DOCUMENTO 20, EM ANEXO), SEM PREJUÍZO DAS ANOTAÇÕES REMANESCENTES REMONTAREM AOS ANOS DE 2009 E 2010, NÃO ENCONTRA QUALQUER AMPARO FÁTICO E CONCRETO A ALEGAÇÃO JUDICIAL DE REITERAÇÃO CRIMINOSA COMO SUSTENTÁCULO A UM DECRETO PRISIONAL, SEM PREJUÍZO, NÃO SÓ DA AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE ENTRE OS FATOS QUE CONSTITUEM A IMPUTAÇÃO E A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR (DEZ MESES APÓS) OU A DECISÃO QUE A MANTEVE (DEZ ANOS DEPOIS), ENTENDIMENTO PACÍFICO E CONSOLIDADO PELA CORTE CIDADÃ ACERCA DA DESNECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO ERGASTULÁRIA, COMO TAMBÉM DA PRÓPRIA AUSÊNCIA DE HOMOGENEIDADE ENTRE CONDIÇÕES PRISIONAIS, PRESENTE E FUTURA, UMA VEZ QUE, EM SE TRATANDO DE RÉU PRIMÁRIO E SEM OSTENTAR ANTECEDENTES DESABONADORES, VINCULADO À IMPUTAÇÃO DA PERPETRAÇÃO DE DÚPLICE ESTELIONATO, CRIME QUE NÃO ENVOLVE O EMPREGO DE VIOLÊNCIA REAL OU DE GRAVE AMEAÇA À PESSOA, MESMO EM SOBREVINDO UM DESFECHO CONDENATÓRIO, COMPULSORIAMENTE HAVERÁ A INCIDÊNCIA À ESPÉCIE DA SUBSTITUIÇÃO QUALITATIVA DE

REPRIMENDAS, RAZÃO PELA QUAL INEXISTE RAZOABILIDADE DE SE MANTER VIGENTE UMA ORDEM DE DETENÇÃO APENAS PARA SE VIR A CANCELÁ-LA EM SEDE SENTENCIAL OU DE APELAÇÃO, SEJA POR OCASIÃO DA CONFEÇÃO DE RELATÓRIO, SEJA DO PRÓPRIO JULGAMENTO DESTA, MORMENTE PORQUE JÁ SE ENCONTRAM PREVENTOS PARA TANTO ESTA COLENDIA CÂMARA E ESTE RELATOR - CONSTRANGIMENTO ILEGAL APONTADO E CONFIGURADO - CONCESSÃO DA ORDEM.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Habeas Corpus* nº 0023150-44.2019.8.19.0000, sendo Impetrante o Advogado Dr. Ednardo Mota de Oliveira Santos, Paciente Alan Peter Haut e figurando como Autoridade Coatora Juízo de Direito da 41ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

Acordam os Desembargadores que compõem a Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: Por unanimidade e nos termos do voto do relator, foi concedida a ordem, consolidando-se a liminar. Lavrará o acórdão o Exmo. Sr. Des. LUIZ NORONHA DANTAS. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. LUIZ NORONHA DANTAS, Des. JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO e Des. NILDSO ARAÚJO DA CRUZ.

RELATÓRIO

O Advogado, Dr. Ednardo Mota de Oliveira Santos, impetrou *habeas corpus* em favor de Alan Peter Haut, quem responde à imputação da prática de dúplice estelionato, ao argumento, tanto da inidoneidade fundamentatória concreta da Decisão que manteve a custódia cautelar, calcada na “gravidade em abstrato da conduta imputada”, como também a incoerência dos pressupostos autorizadores desta iniciativa segregacional extraordinária, seja “porque as imputações referi-

das pela decisão combatida já foram julgadas improcedentes pelo Judiciário, sendo o Paciente primário e de bons antecedentes”, bem como, sendo trabalhador, possuidor de residência fixa e família, constituída de esposa e dois filhos, ou ainda, pela aplicabilidade à espécie das cautelares alternativas à espécie, motivos pelos quais requereu a concessão da ordem, visando obter o relaxamento da prisão ou a sua cassação, ou, outrossim, a imposição das substitutivas à prisional, inclusive tendo sido formulado pedido de liminar, que foi acolhido.

E isto se dá porque, diante de uma F.A.C. que ostenta dez anotações (documentos 16/25, em anexo), com uma extinção do processo por falta de interesse de agir, inclusive com a concordância ministerial (documento 19, em anexo), três absolvições (documentos 22, 24 e 25, em anexo) e uma suspensão da tramitação e da contagem do prazo prescricional (documento 20, em anexo), sem prejuízo das anotações remanescentes remontarem aos anos de 2009 e 2010, não encontra qualquer amparo fático e concreto a alegação judicial de reiteração criminosa como sustentáculo a um decreto prisional, sem prejuízo, não só da ausência de contemporaneidade entre os fatos que constituem a imputação e a decretação da custódia cautelar (dez meses após) ou a Decisão que a manteve (dez anos depois), entendimento pacífico e consolidado pela Corte Cidadã acerca da desnecessidade da segregação ergastulária, como também da própria ausência de homogeneidade entre condições prisionais, presente e futura, uma vez que, em se tratando de réu primário e sem ostentar antecedentes desabonadores, vinculado à imputação da perpetração de dúplice estelionato, crime que não envolve o emprego de violência real ou de grave ameaça à pessoa, mesmo em sobrevivendo um desfecho condenatório, compulsoriamente haverá a incidência à espécie da substituição qualitativa de reprimendas, razão pela qual ine-

xiste razoabilidade de se manter vigente uma ordem de detenção apenas para se vir a cancelá-la em sede sentencial ou de Apelação, seja por ocasião da confecção de Relatório, seja do próprio julgamento desta, mormente porque já se encontram preventos para tanto esta Colenda Câmara e este Relator.

Assim, defere-se a liminar pretendida, cassando-se o decreto prisional, por força de sua inidoneidade fundamentatória concreta, bem como pelo seu descabimento e desnecessidade, determinando-se a correspondente expedição de Recolhimento de Mandado de Prisão e em face de quem se deixa de impor o cumprimento das cautelares alternativas àquela mercê da respectiva ilegalidade.

Dispensada a prestação de informações, em considerando como suficientemente instruída a Impetração, de molde a possibilitar o conhecimento e a delimitação da hipótese vertente.

Parecer da lavra do Eminentíssimo Procurador de Justiça, Dr. RISCALLA J. ABDENUR (f.40/47), opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Merece acolhimento à pretensão deduzida neste *writ*.

E isto se dá porque, diante de uma F.A.C. que ostenta dez anotações (documentos 16/25, em anexo), com uma extinção do processo por falta de interesse de agir, inclusive com a concordância ministerial (documento 19, em anexo), três absolvições (documentos 22, 24 e 25, em anexo) e uma suspensão da tramitação e da contagem do prazo prescricional (documento 20, em anexo), sem prejuízo das anotações remanescentes remontarem aos anos de 2009 e 2010, não encontra qualquer amparo fático e concreto a alegação judicial de reiteração criminosa como sustentáculo a um decreto prisional, sem prejuízo, não só da ausência de contemporaneidade entre os fatos que constituem a imputação e a decretação da custódia cautelar (dez meses

após) ou a Decisão que a manteve (dez anos depois), entendimento pacífico e consolidado pela Corte Cidadã acerca da desnecessidade da segregação ergastulária, como também da própria ausência de homogeneidade entre condições prisionais, presente e futura, uma vez que, em se tratando de réu primário e sem ostentar antecedentes desabonadores, vinculado à imputação da perpetração de dúplice estelionato, crime que não envolve o emprego de violência real ou de grave ameaça à pessoa, mesmo em sobrevivendo um desfecho condenatório, compulsoriamente haverá a incidência à espécie da substituição qualitativa de reprimendas, razão pela qual inexistente razoabilidade de se manter vigente uma ordem de detenção apenas para se vir a cancelá-la em sede sentencial ou de Apelação, seja por ocasião da confecção de Relatório, seja do próprio julgamento desta, mormente porque já se encontram preventos para tanto esta Colenda Câmara e este Relator. Assim e em restando comprovado o aludido constrangimento ilegal, voto pela concessão da ordem, consolidando-se a liminar preteritamente deferida.

RIO DE JANEIRO, 03 DE MARÇO DE 2020.

**DES. LUIZ NORONHA DANTAS
RELATOR**

LATROCÍNIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. LAUDOS E PROVA ORAL. MATERIALIDADE DO CRIME. AUTORIA E CULPABILIDADE DO ACUSADO INCERTAS. DÚVIDAS QUANTO À AUTORIA. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. INDÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO. RECURSO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO.

Apelação. Crimes de latrocínio e ocultação de cadáver - Art. 157, § 3º, II, e art. 211, duas vezes n/d do art. 69, todos do Código Penal. Laudos cadavéricos e de incêndio somados a prova oral acusatória não deixam dúvidas da materialidade da morte cruel e da tentativa de ocultação dos cadáveres. A prova é fraca quanto à autoria dos crimes e culpabilidade

do apelante. Nenhuma das pessoas ouvidas em Juízo puderam afirmar com certeza que o Apelante estava no dia e hora do crime na casa das vítimas. Não há certeza se o Apelante era quem estava utilizando o telefone rastreado e quem fez as ligações para o celular do seu pai, poucas horas após o crime. O fato deste telefone tenha estado em Guapimirim, local onde o veículo das vítimas foi encontrado, e posteriormente, em Teresópolis, local onde reside o pai do apelante também não se mostra suficiente, pelo simples fato de inexistir prova segura que ele era o usuário da linha no período rastreado. Vítima envolvida com negócios escusos. Negócios estes que podem ter sido a causa dos crimes, sem qualquer participação do Apelante, mas que podem explicar seu desaparecimento por 25 dias, por uma possível intimidação dos verdadeiros autores do crime. Não se pode pautar uma condenação apenas em indícios. Principalmente quando permanece dúvida razoável justamente quanto à autoria. Neste caso, há de prevalecer o *in dubio pro reo*. Sentença reformada. Recurso provido para, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, absolver o apelante das imputações feitas na denúncia, expedindo-se o respectivo alvará de soltura.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal no processo nº 0008609-60.2008.8.19.0042 em que é Apelante Rafael Mafra Medeiros e Apelado Ministério Público.

Acordam, por unanimidade, os Desembargadores que compõem a Egrégia Primeira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em dar provimento ao recurso para, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, absolver o apelante das imputações feitas na denúncia, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de imputação do injusto do artigo 157 § 3º, *in fine*, e artigo 211, por duas vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal, feita pelo Ministério Público em face de Rafael Mafra Medeiros.

Denúncia recebida em 30/08/2017. (pasta 821)

A sentença, proferida pelo juízo 1ª Vara Criminal da Comarca de Petrópolis, acolheu a pretensão punitiva estatal e condenou o acusado às penas de 52 (cinquenta e dois) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado e, ao pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa (pasta 1091).

Pelas razões recursais busca a absolvição em razão da alegada fragilidade probatória. Caso mantida a condenação, postula, como pedido subsidiário, a redução da pena aplicada (pasta 1126).

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (pastas 1135).

Parecer da douta Procuradoria de Justiça no sentido do conhecimento e desprovimento do apelo (pasta 1150).

Passa-se a decidir.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, objetivos e subjetivos, conhece-se do recurso. No mérito, assiste razão à defesa.

Segundo a denúncia,

“Na madrugada de 21 de dezembro de 2007, entre a meia-noite e 10 minutos e a 01 hora e 50 minutos, na Estrada Correia da Veiga, nº 2.102, Santa Mônica, nesta comarca, o denunciado, agindo de forma livre e consciente, em comunhão de ações e desígnios com outro elemento ainda não identificado, mediante emprego de violência que resultou na morte das vítimas, subtraiu para si coisa alheia móvel consistente em cerca de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em espécie, aparelhos de televisão de 29 polegadas, de vídeo cassete, de DVD, e de

som, bem como um veículo automotor da marca Mitsubishi, modelo L 200, de cor verde, placa LCW 3107, e uma motocicleta da marca Yamaha, modelo Fazer, de cor vermelha, de propriedade das vítimas fatais Evandro Pereira da Silva e Elaine Sacramento de Oliveira.

Na ocasião, o denunciado e seu comparsa ingressaram na residência das vítimas, desferindo contra as mesmas diversas facadas e golpes, causando-lhes as lesões que foram a causa e sede de suas mortes, conforme laudo de exame em local de princípio de incêndio de f. 105-107, auto de exame cadavérico de f. 108-111, laudo de exame direto de material de f. 210-212, 361 e 367 e laudo de exame toxicológico de f. 421-424, que comprovam que as vítimas não morreram em decorrência do incêndio, mas sim das lesões que o antecederam.

Em seguida, o denunciado e seu comparsa subtraíram os bens acima citados.

Por fim, o denunciado, agindo de forma livre e consciente, com o fim de assegurar a ocultação e a impunidade dos crimes de latrocínio acima narrados, destruiu os cadáveres das vítimas, ateando-lhes fogo.

Assim agindo, está o denunciado incurso nas penas do artigo 157, § 3º, e do artigo 211, ambos do Código Penal, por duas vezes, na forma do artigo 69 do Código Penal”

Finda a instrução, não restaram dúvidas da materialidade das mortes provocadas e da ocultação de cadáver. Porém, o mesmo não se pode dizer quanto à autoria dos crimes e a culpabilidade do acusado.

Com efeito, a prova oral acusatória mostrou-se as vezes indireta, outras vagas demais, não trazendo um juízo de certeza quanto à autoria e culpabilidade.

Alexandre Lopes Chow, conhecido da vítima Evandro:

Ministério Público: “Eu trabalhei numa firma em Xerém e ele trabalhava na parte de segurança; faziam umas pescarias lá e nos conhecemos; ele morava em Petrópolis e eu também; eu não morava próximo à casa dele nessa época; na noite do dia 20/12/2007 eu cheguei a conversar com o Evandro no telefone; ele me ligou, era final de ano; eu tinha uma estamperia e era final de ano estava trabalhando muito; ele ligou falando que tinham prendido uma moto dele porque estava sem documento, parece que ele estava na roça e andava por ali sem documento; ele ligou perguntando se eu não iria pegar a moto com ele no dia seguinte; ele disse que iríamos no carro dele e ele voltaria dirigindo a moto; disse que estava cansado, nem lembro se estava em casa ou trabalhando; não quis ir porque era longe; ele disse para ir comer, acho que estava fazendo alguma coisa de comida; lembro que tinha alguém com ele sim, mas não lembro se era primo, sobrinho e não lembro do nome; no outro dia, recebi a notícia que ele havia morrido; me falaram que tinha acontecido alguma coisa, e ele e a menina estavam mortos; cheguei a conhecer o acusado por intermédio do próprio Evandro como se fosse um cozinheiro, algo assim, como alguém que cozinhava; acho que o Evandro se referiu a essa pessoa no telefone; e no outro dia ele apareceu morto; Evandro era muito conversador, rapidamente fazia amizade; Evandro trabalhava com segurança, mas não sei se era segurança com arma ou sem; acho que lá nem era com arma não porque nunca vi ninguém armado na firma; confirmo o que disse na delegacia à época; não tenho certeza, mas

não era tão tarde da noite; acho que era entre 19h e 21h”

Defesa: “nunca fui ameaçado; depois do depoimento na delegacia nem ouvi falar mais nisso”

Manuel Marques de Oliveira locador da vítima Evandro declarou:

Ministério Público: “O Evandro chegou a residir na minha casa uns três meses; primeiro, ele morava sozinho; depois apareceu uma moça; e tinha um filho, um garoto que era da mulher que morava lá; no tempo que ele morou lá, ele tinha carro; ele uma vez quis me levar numa casa que ele estava construindo lá em Petrópolis; eu nem fui ver minha casa naquele dia; já estava tudo arrumado, já tinham chamado a polícia; quando me chamaram eu estava dormindo; fui no dia seguinte na casa para ver como tinha ficado; estava tudo queimado”

Defesa: “ele poderia receber visitas, mas que eu saiba não; ninguém me ameaçou; ninguém pagou meu prejuízo”

Marcio José de Carvalho Ferreira declarou:

Ministério Público: “Não era amigo de Evandro; o primeiro contato que tive com o Sr. Evandro foi o seguinte; o senhor Manuel Marques era meu vizinho, tem uma propriedade rural perto da nossa; eu trabalho no horto-mercado há 30 anos, desde a inauguração; sou agricultor de profissão e trabalho com obra; o Sr. Evandro chegou com o Sr. Manuel Marques na minha casa; Sr. Manuel disse que o Evandro queria alugar a casa dele; O Sr. Evandro virou e disse que era muito amigo do Marcio do horto; me espantei porque nunca o tinha visto; perguntei a ele se ele era amigo do Marcio do Horto; ele respondeu que era amigo sim, que o Marcio do Horto

que tinha mandado ele ir ali; disse que ele não era amigo do Marcio do Horto porque o Marcio do Horto era eu e nunca o tinha visto na vida; o Sr. Manuel Marques é uma pessoa maravilhosa, tem problemas de audição e idade avançada, eu virei para ele e disso que não conhecia aquele senhor, nunca o tinha visto; o Evandro não queria fazer contrato, mas tirou dinheiro em espécie; falei para o Sr. Manuel que se fosse eu não alugaria; aí o Sr. Evandro disse que não era meu amigo, mais amigo de um amigo meu e deu o nome de um rapaz que não tenho muita amizade que chama-se Solimar, morador do Vale do Cuiabá; alguém tinha dito para o Sr. Evandro que eu tinha três imóveis para locação e indicou; ele veio a procura do meu imóvel, mas já estavam alugados; tive contato com o Sr. Evandro quatro ou cinco vezes; numa determinada vez, meu carro era um Kadet e quebrou; consegui levar até uma loja de auto peças em Itaipava e este Sr. Evandro chegou; entramos num bar ao lado e ficamos conversando; ele perguntou onde ia, disse que ia em Correias pegar uma peça para carro; ele foi comigo; na ocasião, ele estava com uma Picape Preta cabine dupla e quando entrei havia uma arma no console; ele propositalmente abriu o porta-luvas e havia uma pistola; tenho parente policial, conheço armamento; perguntei se era policial, ele disse que era agente penitenciário, que trabalhou em Benfica, no Ponto Zero; ele me levou a Coreias e me trouxe; numa outra vez ele foi na minha casa; conversamos assuntos triviais; nunca ouvi falar do acusado e nem o vi; eu moro próximo do local; fui a segunda pessoa a chegar lá; estava dormindo; meu cunhado me ligou dizendo que minha casa estava pegando fogo; eu levantei correndo e procurei uma mangueira; quando eu olhei, são terrenos grandes, área de lavoura, vi a

uns 150 metros as labaredas no fundo; a minha casa é mais na beira da rua e a casa que o Evandro alugou é lá no fundo e cercada de um arvoredo; então não tinha como ver nada lá dentro; corri para casa do Sr. Manuel Marques que já estava olhando e observando a casa pegar fogo; falei para o Ricardo para irmos lá apagar; ele respondeu para deixar queimar; o Sr. Manuel chorando pediu para eu tomar uma atitude; fui correndo pela rua para tentar apagar o fogo; chegando lá encontrei um morador tentado apagar o fogo, mas as portas e janelas estavam fechadas; tentamos entrar por trás da casa, o senhor pegou um bujão de gás vazio e arrombou a porta; nisso saiu muita fumaça e nós não conseguimos ficar ali; depois começaram a chegar muitas pessoas; apareceram várias mangueiras e fomos apagando; nisso alguém botou a mão na porta da frente e viu que estava aberta; aí ficou fácil para jogar água dentro do quarto; alguém foi e abriu as janelas, que estavam encostadas; perdão as janelas foram abertas mais tarde; o foco do incêndio era o quarto; foi uma das coisas mais surpreendentes que vi na minha vida; o incêndio foi apagado através da sala; quando a fumaça saiu e o incêndio foi controlado, dezenas de pessoas entraram e nos deparamos com a cena mais incrível que já havíamos visto; colocaram esse Sr. Evandro, que ainda não sabíamos se era ele, havia um corpo encostado na cama sentado; a moça sentada no chão ao lado dele com o braço levantado na direção da perna dele como se estivesse tentando chamar ele ou algo assim; o braço dela estava carbonizado; e ele carbonizado da cintura para cima, não havia identificação nenhuma só um esqueleto; ela estava com o corpo preservado mas com o braço carbonizado; ele estava totalmente carbonizado, um esqueleto ainda

saindo fumaça; foi uma coisa de crueldade; quando vimos isso todo mundo saiu da casa, não ficou ninguém; aí chegou o bombeiro e rescaldou o que havíamos apagado; depois entrou a polícia militar; vi que envolta dos corpos foram colocados livros, panos, roupas e tacaram fogo nos corpos; dava para ver claramente que foi feito uma espécie de ninho, colocaram material inflamável e jogaram fogo; isso faz 10 anos; a picape preta dele não estava lá; a casa estava toda revirada; estava tudo destruída; parecia que tinha tido uma luta ali, mas não tenho como dizer o que foi retirado da casa porque nunca tinha estado na casa; mas acredito que sim, que bens teriam sido retirados; na hora que entramos vimos alguma coisa; não sei dizer quais os bens que tinham no imóvel porque nunca entrei ali enquanto esta senhora morava ali; mas que estava tudo revirado, tudo bagunçado; a casa foi claramente revirada; o único cômodo que estava intacto era a cozinha; os quartos tinham sido revirados; na cozinha tinha louças, muitas coisas por lavar; tinha restos de comida; lembro que no outro quarto tinha um ninho como se alguém estivesse sendo aprisionado ali; como se tivesse um cachorro e colocasse um pano para deitar ali; e tinha alguma coisa, mas estava escuro porque a casa estava sem luz; o policial que estava comigo achou que era uma máquina de costura; mas vi que era uma prensa de munição; que estavam fazendo munição ali; depois, dentro da polícia civil, me informaram que o Sr. Evandro era armeiro, o que eu desconhecia”

Defesa: “nunca vi o Sr. Evandro receber visitas; quando entramos para olhar, o corpo de bombeiros voltou para ver se tinha risco de desabamento e mandou que todo mundo saísse, até a polícia; depois entrou a polícia civil; o corpo de bombeiros permaneceu ali;

saiu e foi embora; várias pessoas entraram e saíram do imóvel; não sei quem depois foi no imóvel ou quem retirou algum bem; se faltava algum bem, não sei dizer; havia uma moto sim porque ele passou uma vez e nós vimos essa moto, mas ela não estava lá; não estava o carro e nem a moto; só sei dizer que a casa estava toda bagunçada com sinal de luta física; se a vítima não tinha dois metros de altura, tinha perto; era um homem muito forte; muito robusto; eu tenho 130kg e 1,79 de altura; ele era bem maior que eu; era um homem grande; nunca ninguém me procurou depois do fato; a presença da vítima lá foi uns três meses; eu vi esse senhor de 4 a 5 vezes; na véspera ele esteve conversando comigo querendo dinheiro emprestado querendo me vender armas; dizendo que precisava de dez mil reais; disse que não tinha; me ofereceu armas; me mostrou uma arma enorme; me mostrou espingarda, rifle; queria dinheiro emprestado e deixava as armas como garantia; mas eu não tinha essa quantia nem na minha poupança; isso foi na véspera do acontecido; não sei o que aconteceu na casa e nem quem entrou lá, mas posso dizer que ele foi assassinado; mas nunca vi nenhuma pessoa lá; nunca vi esse camarada receber uma visita; era um cara legal; nunca vi ele em discussão, briga; era um cara que nunca incomodou nos três meses que viveu lá; e como era um local afastado, nós não sabíamos da vida dele”

O Policial Civil Celso Leal Nunes, que conduziu as investigações, relatou:

“A vítima, apesar de ser morador de Teresópolis, tinha um filho de pouca idade e a ex-mulher dele é uma paraense; então me recordo que ele veio para cá meio que se

escondendo de uma busca e apreensão do filho; ele foi ao Pará e trouxe o filho para cá; quando do falecimento dele, ele já estava morando aqui em Itaipava há três meses; mas a criança não estava presente no dia, era um final de ano próximo ao Natal; e ele aqui estava com uma nova namorada, uma menor de idade; a casa onde estava pegou fogo por conta desse incêndio; o carro já não estava lá e todos acreditavam que a casa estivesse vazia; ele tinha uma Pick Up Mitsubishi; quando debelaram as chamas perceberam que havia um casal em cima da cama; eles perceberam a gravidade da situação e mais nada foi mexido; os bombeiros chegando lá encontraram um lata de querosene e a ideia de latrocínio veio; começamos pela identificação das vítimas; com a identificação passamos aos familiares e os da moça foram os que mais auxiliaram, dando informações; a partir daí começamos a verificar várias coisas; ele não era uma pessoa com atividade profissional regular; sempre viveu de biscates; tinha muito envolvimento com armas, era um caçador, colecionador, fazia segurança clandestina; era uma pessoa até certo ponto temida; chegou uma informação que ele estaria fazendo recarga de munição para várias pessoas e também já estava se relacionado com traficantes de algumas comunidades do Rio de Janeiro; foi uma investigação bem demorada, inclusive pela distância entre Petrópolis e Teresópolis; o que se conseguiu apurar é que uma das pessoas que estava com ele, que frequentava bastante a casa de Teresópolis, era de conhecimento dele e passou a frequentar a casa dele uns 20 dias antes, que foi o Rafael, o acusado; parece que essa pessoa tinha um estabelecimento em Rio das Ostras que não deu certo; quando ele voltou para

cá, voltou a convite da vítima para ajudá-la em algumas coisas aqui; apurou-se também que o antigo parceiro da vítima era um rapaz que tinha participado de um latrocínio em Teresópolis e que estava preso; ajudava na manufatura do armamento; acho que consegui fazer a oitiva dele em Japeri; e tudo que conseguimos apurar na época é que as únicas pessoas que estariam no momento na casa seriam a vítima, a companheira da vítima e o Rafael que estava há uns vinte dias com ele; havia uma transação de uma casa que quando se separou ele quis vender ou a vítima tinha comprado; que a vítima naquela data teria algo próximo a quinze ou vinte mil reais fruto da venda dessa casa; fora o armamento que sabidamente ele tinha, aqui e em Teresópolis também; todas as armas dele sumiram; tem nos autos que o acusado esteve com a vítima no dia; ele confessou isso, mas nas argumentações dele seria que ele não teria dormido com a vítima naquela noite; houve inúmeras contradições no processo quanto a estas alegações; a suspeita é que na noite ele estava com a vítima e que depois do ato do crime, ele foi para Teresópolis com o carro; tentou buscar a casa do pai para guardar algum material; em algum lugar ele deixou os produtos do crime e esse carro foi localizado pela família em Guapimirim; esse carro foi encontrado abandonado; foi rebocado; não foi possível fazer nenhum confronto datiloscópico porque quando localizei esse carro ele já estava no pátio da Guarda Municipal de Teresópolis; tem uma testemunha que viu esse carro passando em Teresópolis, que conhecia o carro dele, mas não conseguiu identificar quantas pessoas, mas certamente nesse momento que o carro passou a casa já estava em chamas e a vítima morta; pedimos a quebra

do sigilo telefônico; é difícil lembrar tudo depois de tanto tempo e depois passei a chefe da unidade e esse Inquérito foi para outro policial; pude apurar que o acusado das 18h, que foi o momento que ele esteve em Teresópolis com o pai e a vítima, no carro, desse momento em diante, por uns 25 dias, ele ficou desaparecido; ele não fazia contato com a família, apesar de ser Natal e Ano Novo; não passou com ninguém; não liga para ninguém; existe contradições nos depoimentos dos familiares dele quando dizem que não receberam ligação; tem ligações para eles próximas ao Natal; estive em Teresópolis buscando informações sobre o local onde ele disse que ficou abrigado por 25 dias, sem motivo aparente, sem acontecer nada de estranho na vida dele para ele ficar recluso 25 dias dentro de um quarto com banheiro; a não ser que ele estivesse realmente envolvido nesse crime; uma testemunha amiga dele atestou que ele ficou 25 dias dentro de um quarto; quarto este sem armário, nenhum escrito ou bilhete; não havia nenhum vestígio que uma pessoa ficasse dentro daquele cômodo; pode ser que tenha dormido algumas noites, e tinha testemunhas que viam ele sair e entrar; ficou totalmente isolado por 25 dias; sumiram bens da casa, televisão, alguma coisa sumiu sim; o mote foi o latrocínio mesmo” (CD)

Lucia Regina Fischer de Souza ouvida como informante, avó da filha da vítima Evandro:

“O Evandro era pai de uma neta minha de 12 anos; estou conhecendo o Rafael agora; na véspera que meu genro faleceu a gente se falou pelo telefone; ele disse que ia pegar a minha neta para sair, comprar umas roupas para ela e almoçar; ia passar o dia com ela; disse que ia comer

uma lasanha que o Rafael estava fazendo; só isso que sei; tudo que o Evandro fazia, ele levava para mim; ele me falou que ia comer uma lasanha e não iria me dar; eu disse que ele não ia me dar porque estava longe, se estivesse ali daria; ele respondeu que o Rafael estava fazendo a lasanha para eles comerem; nesse dia ele estava com o Rafael e acho com Elaine; eu não conhecia a Elaine; só estavam eles lá; o tio da minha neta falou que o Evandro tinha uma casa na Vila Muquim e levou eu minha filha e minha neta lá e pediu para nós ocupássemos a casa; a casa estava sem luz, sem água, meu esposo que colocou água e luz; nós ficamos morando lá; aí foi um rapaz lá e falou que a casa era do Rafael para gente desocupar; a gente desocupou; eu só vi o rapaz; só lembro desse, faz muito tempo; Evandro nunca falou de Rafael para mim; minha filha teve uma filha com ele, mas não morou, não casou; eu soube no outro dia de tarde que ele tinha falecido; fiquei muito chocada porque Evandro era uma pessoa maravilhosa; eu gostava muito dele; de tarde minha filha e uma colega conversaram comigo porque tenho pressão alta e falaram que o Evandro tinha falecido; me assustei porque fiquei conversando com ele um tempo pouco tempo antes; ele só falou coisas boas, disse que ia ver a menina; quando ela nasceu ele me ajudava; há doze anos que cuido da minha neta; ela não teve direito a nada; a única coisa que ela ia ficar era essa casa; mais como o garoto foi lá eu devolvi a casa, saí da casa; e deixei para lá a casa” (E-JUD)

Wellington Silva do Amaral foi ouvido como informante, sobrinho da vítima Evandro:

“O acusado trabalhou comigo no Panorama bar e restaurante; foi onde conheceu a víti-

ma, que no caso é meu tio; eles vieram fazer um negócio de uma casa dentro da minha propriedade; eu residia ali e trabalhava no Clube Panorama; ele morou um tempo lá, era cozinheiro do bar e restaurante; meu tio foi uma vez almoçar lá e veio a conhecer ele; eles fizeram uma negociação de uma casa; depois ele trabalhou um tempo para mim; foi embora e vendeu a casa para o meu tio; ele foi embora não sei se para Macaé ou Rio das Ostras; meu tio foi buscar ele lá porque ele disse que estava sem dinheiro sem nada; meu tio botou ele dentro dessa casa onde veio a falecer; eu não tive muito contato no endereço onde estava residindo; meu irmão que estava com mais contato com ele, na época eu trabalhava de socorrista; meu irmão Ueder; ele comentou comigo que a ex-sogra do meu tio, esta que saiu daqui agora, tinha convidado para jantar na casa dele; que o Rafael estava fazendo uma lasanha lá no dia; que ele tinha chamado ela para comer a lasanha na casa dele; ela falou que se não fosse tão longe, ela ia; eles tinham intimidade porque faziam coisas um na casa do outro; eu fiquei sabendo que ele estava no local porque meu tio ia buscar ele lá, não lembro se era Rio das Ostras ou Macaé, era por aqueles cantos de lá; como falei, o Rafael trabalhava comigo no Clube; de cozinheiro; fiquei sabendo dessa negociação porque foi feita lá dentro do clube; eu tive contato com a Bruna, ex-esposa dele, com os filhos; levei muita fralda para os filhos dele quando trabalhava comigo; então tive contado com a Bruna e ela me falou a respeito disso; que ele não deixava nada para as crianças; que tinha metido pau no dinheiro todo; no dia, após a morte, eu estive lá na casa onde Rafael estava morando com Evandro; peguei uma caixa de papelão dele e entreguei na

delegacia porque fui reconhecer o corpo do meu tio; cheguei na casa e tinha um monte de objetos dele, fotos, roupas; a caixa que encontrei na garagem onde estava o carro eu entreguei na delegacia de Petrópolis-Itaipava; o Rafael estava morando no local onde meu tio morreu; o boato que rolou na época foi que faltava a documentação da casa; quando cheguei na casa do Evandro, ela estava saqueada e queimada; botaram fogo; rebentaram a porta do quarto e botaram fogo; tinha líquido pelo chão; querosene ou óleo diesel, não sei; foi levado televisão, DVD, documentação do Evandro; não ficou nada dele; isso foi o meu tio e um taxista que comentaram ter visto a caminhonete do meu tio passando no dia aqui em Teresópolis; a caminhonete foi no Morro do Tiro e depois desceu; depois a caminhonete foi encontrada abandonada lá embaixo em parada Modelo ou Magé, sem nenhum pertence do Evandro; depois da morte do Evandro o Rafael sumiu; procurei, mas simplesmente sumiu; eles não dividiam a morada; o que aconteceu foi que ele vendeu a casa e gastou o dinheiro todo; foi lá para baixo e fez coisas lá que nem quero saber, ele ligou para o meu tio; e o meu tio botou ele dentro da casa dele; eu nunca peguei o Rafael usando drogas, mas era sim porque era o que a esposa falava e o que chegava ao meu ouvido por outras pessoas; o Evandro mexia com armas, com conserto de armas e era colecionador; ele costumava andar armado; depois da morte dele, umas armas foram encontradas outras não; ele sempre dormia com uma arma do lado, por isso deve ser verídico o que falaram que foi envenenamento e depois a morte; eu acredito que sim porque uma pessoa que anda armado não vai dar mole de deixar uma pessoa fazer

qualquer coisa com ele ou com a esposa; pelo que relata o meu irmão e a ex-sogra dele, no dia estava o Rafael, o Evandro e a esposa Elaine; na época que meu tio morreu eu era motorista e estava para o Espírito Santo, não estava nem na cidade; não sei o nome do Juiz federal para qual meu tio trabalhou; a casa não sobrou nada, foi saqueada; a Picape foi encontrada lá embaixo e depois meu avô vendeu o carro; somente o carro foi recuperado; tinha uma prensa para munição sim; não sei se ela se perdeu; os dois sobrinhos mais chegados a ele sou eu e meu irmão Weder que mora em Teresópolis” (CD)

A testemunha José Marinho de Oliveira:

“Conhecia o acusado por ele ter morado numa casinha minha por pouco tempo; não conhecia as vítimas; não sei nada dos fatos; eu era dono da casinha que o pai dele morava e o Rafael foi morar lá também, mas por pouco tempo; eu morava embaixo; o pai dele é o Helder; só fiquei sabendo de algumas coisas na época porque a polícia esteve lá de manhã; estava lá atrás dele; não via amigo dele lá não; não sei quem é Evandro; nessa época tive problema de saúde, estive internado e agora perdi minha esposa; a assinatura na folha 23 é minha; foi quando estive na delegacia; a polícia chegou lá procurando o Rafael; disse que ele morava com o pai dele ali; a polícia chegou lá mais não tinha ninguém; perguntaram se eu sabia o que tinha acontecido com ele, disse que não sabia de nada; ele tinha uma motinha velha; não tinha caminhonete, nunca vi; parece que ele chegava na caminhonete com alguém; parece que era um rapaz; não sei dizer se essa pessoa era o Evandro; se eu visse o Rafael hoje acho que não reconheceria, de tanto tempo

que passou; isso tem uns 8 ou 9 anos; hoje não tenho lembrança nenhuma desse Otávio hoje; não lembro de nenhum Leo; pelo tempo, tenho grande esquecimento; esse depoimento na delegacia foi tudo que lembrava e era verdade na época dos fatos, mesmo não lembrando mais agora; não me recordo de Elaine e nem de Evandro; o Sr. Helder era adoentado, ficava muito em casa; o Rafael morou na minha casa uns 3 ou 4 meses; ele era meu cliente na taxi, sem problema nenhuma; ficava sempre em casa; no dia anterior o Rafael estava lá, durante o dia; eu sou quase analfabeto” (CD)

A testemunha Leonardo Severiano foi ouvida como informante por ser amigo das vítimas:

“Trabalhava com Evandro; foi há muito tempo, não lembro mais de nada; na época eu estava preso e só fiquei sabendo; não conhecia o Rafael; o Evandro morava descendo o Morro do Tiro numa casa que era dele; lembro do Rafael cozinheiro e amigo do Evandro; fui duas ou três vezes na casa do Evandro; pedi ajuda ao Evandro para comprar minha casa; ele ajudou a construir minha casa; morei no Morro do Tiro e o Evandro era meu fiador; Evandro estava comprando a casa do Rafael que era cozinheiro; eu não lembro porque estou há 10 anos e 8 meses preso; esse Rafael de vez em quando estava lá cozinhando, fazendo lasanha; o Evandro fazia cobrança, trabalhava comigo na reciclagem; escutei que o Rafael tinha participado da morte do Evandro; o Rafael e o Fabão; fiquei sabendo na cadeia; fiquei sabendo que eles morreram dentro de casa e que a casa foi toda queimada; não me recordo do réu; não sei dizer se o Evandro trabalhava com armas” (CD)

Felipe Nasser Tauk ouvido como informante, amigo do acusado:

“Não conhecia a vítima Evandro; não lembro com exatidão se na noite do fato estava com o Rafael, mas como somos muito amigos provavelmente estava com ele sim; sou amigo do Rafael há muitos anos; nunca falamos sobre o Sr. Evandro; em 2007, o Rafael morava em São Pedro, aqui em Teresópolis; ele sempre morou em Teresópolis; eu nunca estive em Petrópolis ou Itaipava com ele; conheço o Welder Mafra Medeiros, somos amigos; na época já éramos amigos; eu e Rafael nunca conversamos sobre o morte do Evandro porque mudei para cidade de Magé e fiquei afastado um tempo de Teresópolis; nesse período na casa do Rafael, nós cozinávamos, ouvíamos música, escrevíamos música porque trabalho como compositor, jogávamos videogame, coisas assim; na época, Rafael tinha 21, 22 anos; nunca vi Rafael dirigindo qualquer automóvel; não tenho lembrança dele estava nervoso nessa época” (CD)

Nenhuma das pessoas ouvidas em Juízo puderam afirmar com certeza que o acusado estava no dia e hora do crime na casa das vítimas.

O pai do acusado, Sr. Helder Mafra Medeiros, declarou:

Ministério Público: “Não conheci o Evandro; meu filho é técnico em informática e tem uma lojinha no mercado popular onde presta serviços de conserto de computador e de celular; ele tem também um escritório em casa onde presta serviços no fim de semana quando recolhe material na loja dele para fazer em casa; essa profissão ele tem há mais de dez anos e sempre foi trabalhador; nunca ouvi comentários sobre clientes do meu filho; acredito que o

Evandro fosse cliente do meu filho porque ele sempre consertou celulares para muita gente; não sei se houve alguma relação desse homem com meu filho, acredito que não porque meu filho sempre viveu em Teresópolis, inclusive é casado e tem uma filha; não confirmo que o Evandro que falei na delegacia seria esse; meu filho sempre morou comigo; no dia eu estava em casa e ele jogando videogame; ele sempre vai no banco comigo e me espera enquanto saco; eu sempre deixo meu cartão com ele; eu lembro sempre dessas datas por ser a do meu pagamento; na noite do dia 20 ele estava comigo porque estava passando mal também; eu tenho asma grave e tenho deficiência pulmonar; nessa noite Rafael estava comigo, mas durante o dia alguns amigos foram jogar videogame com ele; não lembro os nomes; na época, voltei a morar em Teresópolis; aluguei uma casa no Morro do Tiro; no dia, o Rafael não saiu de madrugada, ele estava me prestando assistência porque passo mal de asma; ele não se ausentou de casa, eu sempre precisei dele; não lembro o número do telefone do meu filho à época do fato”

Defesa: “ele foi cozinheiro de um restaurante na cidade e era pizzaiolo também; quando fomos para Rio das Ostras abrimos duas pizzarias lá; acho que ele trabalhou como cozinheiro em um restaurante em Teresópolis”

Juízo: “posso afirmar que ele ficava todo o tempo comigo, de manhã, de tarde, de noite, porque eu precisava dele; se ele trabalhou no restaurante em Teresópolis está na carteira de trabalho dele” (E-JUD)

O réu, em Juízo, exerceu o direito constitucional de permanecer em silêncio (pasta 1053). Todavia, consta nos autos seu depoi-

mento na delegacia em 16/01/2008 (f. 76-79 da pasta 22):

Que conhecia a vítima Evandro Pereira da Silva acerca de dois anos aproximadamente, ocasião em que era cozinheiro do Clube Panorama, local onde o sobrinho de Evandro era presidente; informa que a amizade com Evandro era normal e aos poucos foram se conhecendo melhor, até que a pouco mais de um ano, o declarante havia se separado e pouco ficava na sua casa localizada nas Paineiras, em Teresópolis, sito à Travessa Arlindo Carreiro, nº 200 - casa 1, assim, resolveu vendê-la, oferecendo-a para Evandro que se interessou pela mesma, fechando negócio pela importância de R\$10.000,00 (dez mil reais), paga da seguinte forma: R\$ 2.000,00 (dois mil) em dinheiro, um veículo GM/Caravan, ano 1986, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) e o restante parcelado, em quantias não determinadas; informa que após a venda da casa, o declarante foi morar e trabalhar em Rio das Ostras, onde abriu uma pequena pizzaria, contudo, o negócio não prosperou e o declarante precisou fechar o comércio, voltando para Teresópolis no início de Outubro a convite do próprio Evandro, que lhe chamou para trabalhar em seu sítio em Santa Rita, fazendo artesanatos; assim, a partir de outubro de 2007, o declarante passou a residir em Teresópolis em um pequeno quarto alugado no bairro Agriões, ou na casa de seu pai no bairro São Pedro (Morro do Tiro) ou mesmo em Itaipava, na casa alugada de Evandro; acrescenta que em Itaipava, Evandro residia com sua namorada Elaine Sacramento de Oliveira, de 17 anos de idade; informa que tinha conhecimento que Evandro havia vendido a casa que fora sua nesses últimos dias, mais precisamente no

dia 18 de Dezembro de 2007, pela importância de R\$ 15.000,00(quinze mil reais), para José Maurício, também morador do bairro Paineiras, que fechou o negócio em dinheiro, pago na presença do declarante; o declarante informa que tal casa foi-lhe dada como presente de "casamento", pela sua mãe e pelo seu padrasto, quando uniu-se a pessoa de Bruna Monteiro Machado, com quem viveu maritalmente por mais de dois anos e possui dois filhos, acrescentando que possuía documentação da cessão de posse da referida propriedade em seu nome, transferida ao declarante pelo seu padrasto; com relação aos fatos apurados neste procedimento, declara que esteve com Evandro no último dia 19 de dezembro, passando àquela noite em sua casa em Itaipava e no dia Seguinte (20/12/2007), saíram e foram na casa de um conhecido, cujo nome é Luiz, morador na Estrada do Catobira, também em Itaipava e de lá seguiram para o escritório do advogado de Evandro, em local próximo, não encontrando-o, mais Evandro fez contato com este por telefone público e de lá foram direto para Teresópolis, seguindo para casa, de seu pai, no Morro do Tiro, onde deixou o declarante por volta 19h30m ou 20h; recorda-se o declarante que em meio ao caminho para Teresópolis, Evandro recebeu duas ligações em seu celular, sabendo que uma destas era de um tal Alexandre e a segunda não sabe declinar de quem era; declina ainda que Evandro ligou para um vizinho de Itaipava, cujo nome é Solimar, chamando-o para jantar em sua casa naquela noite; segundo sabia, após deixá-lo no Morro do Tiro (Teresópolis), Evandro voltaria para Itaipava naquela mesma noite, porém nunca mais voltou a vê-lo; o declarante esclarece que o carro de Evandro era uma pick-up

Mitsubishi, modelo L-200, de cor verde, sendo o carro que sempre usava e foi este o veículo que usou para levá-lo a Teresópolis naquela noite; informa que durante todo o dia 21 de Dezembro, ficou na casa de seu pai e nesta manhã, cerca das 09h, recebeu uma ligação de sua mãe, perguntando se estava bem, pois tinha recebido um telefonema, informando que o declarante (Rafael), havia morrido queimado em Petrópolis, tratando-se de uma ligação anônima; ato seguido, o declarante tentou ligar para Evandro, sem sucesso, mais não tinha conhecimento da sua morte e somente no dia de ontem (15/01/2008), veio a saber oficialmente que Evandro havia morrido; esclarece que no dia 22 de dezembro (sábado), o declarante foi para seu quarto em Agriões sem comunicar tal fato a seu pai ou demais familiares e lá ficou até a presente data, sem comunicar tal localização para seus familiares, porém pode provar tal alegação, pelo testemunho do seu locador, na pessoa do Sr. Rodrigo, ou seja, declara que passou natal e ano novo sozinho em casa, sem qualquer contato com outros familiares; o declarante nega qualquer tipo de envolvimento no assassinato de Evandro e sua companheira Elaine; o declarante diz desconhecer o fato de Evandro estar envolvido com o tráfico de armas e munições para alguma favela do Rio de Janeiro, porém afirma que por inúmeras vezes viu Evandro em posse de várias armas longas, tipo escopetas ou fuzis, além de armas curtas, tipo revolveres ou pistolas, podendo também afirmar que via Evandro fazendo recarga de diversas munições, tais como cartuchos de cor vermelha, munição de revolveres ou pistolas e todas as vezes que era indagado a respeito de tais armas, informava que tanto as armas como as

munições que carregava, eram destinadas ao Dr. Michel, que segundo Evandro, seria Juiz Federal e colecionador de armas, porém o declarante nunca viu tal pessoa, somente tendo percebido Evandro em contato telefônico com o mesmo; declina ainda que Evandro dizia que era segurança deste tal juiz e que todas as vezes que recebia uma ligação sua, acabava por sair e ia ao seu encontro, não sabendo informar o local ou repartição; quanto ao sinistro ora em apuração, nada sabe informar, não podendo precisar o que realmente aconteceu na noite de 20 para 21 de dezembro, quando Evandro e sua companheira morrem queimados, em circunstâncias muito misteriosas; o declarante pode assegurar que ao sair da casa de Evandro na tarde do dia 20 de Dezembro ali havia uma televisão 29", um aparelho Playstation 2, um aparelho de som, um receptor de parabólica, um monitor de computador, um DVD Player portátil, uma arma de caça de cano longo e pelo menos dois revólveres; o declarante quer acrescentar que nunca chegou a ver desafetos de Evandro, porém por inúmeras vezes ele lhe confidenciou que tinha receio por parte de um antigo vizinho, cujo nome é Nestor; comerciante do Bairro São Pedro, possuidor de um ferro-velho de reciclagem, cujo motorista havia sido assassinado na localidade de Três Córregos, na Estrada de Santa Rita, Teresópolis, em circunstâncias hediondas, com o propósito do roubo do auto carga que dirigia, sendo certo que tal fato foi devidamente apurado e os criminosos presos pela Delegacia de Teresópolis; sabe o declarante que um dos envolvidos neste latrocínio, chama-se Leonardo, vulgo "Leo" e era funcionário de Evandro, o qual mantinha como empregado doméstico do sítio de Santa Rita; sabe o declarante, que

era Evandro quem pagava o salário e aluguel da casa que Leo morava no Morro do Tiro e que por ocasião deste latrocínio, houve muito desentendimento entre Evandro e Nestor, pois eram conhecidos e Nestor achava que Evandro tinha algum tipo de envolvimento neste crime, não desassociando-o do ex-empregado Leonardo; o declarante não sabe se Nestor possui qualquer tipo de envolvimento neste crime, ou se a morte de Evandro pode estar associada a tal sinistro, porém ao que se recorda, era uma das poucas preocupações de Evandro, tanto que o fato dele ter-se mudado de Teresópolis e ido para Itaipava, deveu-se a sua preocupação com os familiares do falecido empregado de Nestor, cujo nome não sabe declinar. Informa que já foi processado anteriormente pela Justiça da Comarca de Teresópolis; informa que já foi viciado, mas encontra-se recuperado."

Como se vê, o acusado foi quem mais deu detalhes sobre a vítima Evandro e os negócios que este tinha. Não foi preso com quaisquer dos supostos bens subtraídos e que motivaram os crimes.

Com todas as vênias ao douto Juiz e ao Ministério Público, não há certeza se os telefones rastreados estavam mesmo sendo utilizados pelo acusado. Logo, como afirmar que as ligações realizadas pelo nº (21) 9939- 7270 para o celular do pai do acusado, Sr. Helder Mafra Medeiros, poucas horas após o crime, foram feitas por ele. Não é suficiente tenha sido identificado que seu telefone fez ligações originadas em Guapimirim, local onde o veículo das vítimas foi encontrado, e posteriormente, em Teresópolis, local onde reside o pai do acusado.

Ainda que a quebra do sigilo de dados do telefone tenha indicado que o telefone do acusado teria percorrido a distância entre Teresópolis e Guapimirim, o que coincide com o trajeto feito

pelo carro subtraído da vítima. Pelo simples fato de inexistir prova segura que ele estava utilizando a linha (21) 9939-7270 nesse período rastreado.

Não bastasse, ao que tudo indica, a vítima Evandro era envolvida com negócios escusos. Negócios estes que podem ter sido a causa dos crimes, sem qualquer participação do acusado, mas que podem explicar seu desaparecimento por 25 dias, por uma possível intimidação dos verdadeiros autores do crime.

Não se pode pautar uma condenação apenas em indícios. Principalmente quando permanece dúvida razoável justamente quanto à autoria. Neste caso, há de prevalecer o *in dubio pro reo*.

Vale trazer à colação os ensinamentos de AURY LOPES JR:

“... ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal, perfilando-se lado a lado com as práticas inquisitórias...”.¹

Dessa feita, impõe-se a reforma da sentença recorrida para absolver o apelante, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Por tais razões, dá-se provimento ao recurso para, com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, absolver o apelante das imputações feitas na denúncia.

Expeça-se o respectivo alvará de soltura em favor de Rafael Mafra Medeiros, se por outro motivo não estiver preso.

RIO DE JANEIRO, 31 DE MARÇO DE 2020.
DES^a. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT
RELATORA

¹ *Direito Processual Penal*, 12^a ed. 2015, p. 515.

RECEPTAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. PROVAS ROBUSTAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. PENA REDIMENSIONADA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE RECEPTAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. ARTIGO 180, *CAPUT*, E ARTIGO 333, NA FORMA DO ARTIGO 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DA DEFESA TÉCNICA QUE BUSCA A ABSOLVIÇÃO, NA SUSTENTAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, A IMPOR O DECRETO CONDENATÓRIO. IMPROCEDÊNCIA. PROVAS QUE DEMONSTRAM CLARAMENTE A MATERIALIDADE E AUTORIA DOS DELITOS PRATICADOS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES QUE SE APRESENTAM COERENTES E HARMÔNICOS COM O CONJUNTO PROBATÓRIO E QUE, AINDA, SE MOSTRA REVELADOR DA AÇÃO DESENVOLVIDA PELO ACUSADO, CONFIGURANDO-SE, ASSIM, A PRÁTICA DOS CRIMES DE RECEPTAÇÃO E CORRUPÇÃO ATIVA. PLEITO SUBSIDIÁRIO. DO AFASTAMENTO DA FIGURA DOS MAUS ANTECEDENTES E DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PROCEDÊNCIA. RÉU TÉCNICAMENTE PRIMÁRIO. EMBORA O ACUSADO POSSUA DIVERSAS ANOTAÇÕES PENAIS EM SUA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS, NA VERDADE, NENHUMA DESSAS ANOTAÇÕES OBTIVERAM O TRÂNSITO EM JULGADO, ANTES DOS FATOS ORA EM EXAME. ANOTAÇÕES NA FAC, SEM TRÂNSITO EM JULGADO, NÃO PODEM SERVIR PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, DEVENDO SER AFASTADAS, DIANTE DO DISPOSTO NA SÚMULA Nº 444 EDITADA PELO E. STJ. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. VIABILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO INICIAL DA PENA, NA FORMA DO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 2º, ALÍNEA “C”, DO CÓDIGO PENAL. DO PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. IMPROCEDÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DE EXECU-

ÇÕES PENAIS PARA APRECIAR O PEDIDO QUANDO DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA, CONFORME ARTIGO 804 DO CPP. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO MODIFICADA. AFASTA-SE A FIGURA DOS MAUS ANTECEDENTES NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA E A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. SÚMULA Nº 444 DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. PENA DEFINITIVA ESTABELECIDADA EM 3 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO E, AO PAGAMENTO DE 20 (VINTE) DIAS-MULTA, NO MÍNIMO LEGAL, SUBSTITUINDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM ESTABELECIDAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, FIXANDO, OUTROSSIM, O REGIME ABERTO PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0200674-64.2015.8.19.0001, originários do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal – Regional de Madureira - Comarca da Capital, em que é Apelante Filipe Moisés de Oliveira e Apelado Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso defensivo para afastar a figura dos maus antecedentes na primeira fase da dosimetria e a circunstância agravante da reincidência, com base na Súmula nº 444 do E. Superior Tribunal de Justiça e abrandar o regime de cumprimento de pena e, por via de consequência, redimensionar a pena do acusado, estabelecendo, definitivamente, em 3 (três) anos de reclusão e, ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no mínimo legal, substituindo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo da execução, fixando, outrossim, o regime aberto para o caso de descumprimento.

VOTO

Cuida a presente hipótese de Apelação Criminal, interposta pela defesa do acusado Filipe Moisés de Oliveira (páginas 1/9 do arquivo 000406, com data eletrônica de 15 de janeiro de 2020, destes autos virtuais), em face da Sentença de páginas 1/11 do arquivo 000388, com data eletrônica de 15 de janeiro de 2020, destes autos virtuais, prolatada no Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal – Regional de Madureira - Comarca da Capital, que em sua parte dispositiva julgou procedente a pretensão punitiva para condená-lo na prática das condutas delituosas descritas nos artigos 180, *caput*, e 333, *caput*, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, às penas de 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto e ao pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, a razão mínima legal, consoante a parte dispositiva abaixo reproduzida.

“(…) ISTO POSTO, com base nas razões de decidir acima, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal e CONDENO o réu Filipe Moisés de Oliveira, já qualificado nos autos, como incurso nas práticas e nas penas dos crimes previstos nos arts. 180, *caput*, e 333, *caput*, ambos do CP, n/f do art. 69, também do CP.”

Não se conformando com a sentença ora guerreada, a Defesa Técnica recorre da mesma ao argumento de que o acusado deve ser absolvido dos crimes, na assertiva da ausência probatória capaz de conduzir a um decreto condenatório. Subsidiariamente, requer o afastamento da agravante da reincidência e o afastamento na primeira fase do aplicado aumento a título de maus antecedentes; fixação de regime mais brando para o cumprimento inicial da pena, ou seja, o aberto e, por fim, a isenção do pagamento das custas processuais face a hipossuficiência econômica do apelante.

As contrarrazões foram apresentadas regular e tempestivamente pelo Ministério Público

(páginas 1/10 do arquivo 000416, com data eletrônica de 15 de janeiro de 2020, dos autos virtuais), pugnando pelo não provimento do apelo.

A douta Procuradoria de Justiça, como se vê do ilustrado Parecer (páginas 1/10 do arquivo 000437, com data eletrônica de 30 de janeiro de 2020, dos autos virtuais), opinou pelo desprovimento do apelo defensivo.

É o relatório sucinto, passo ao voto.

O acusado foi condenado pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal – Regional de Madureira – Comarca da Capital, como incurso nas sanções dos artigos 180, *caput*, e 333, *caput*, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, às penas privativas de liberdade de 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto para início de cumprimento de pena e ao pagamento de 23 (vinte e três) dias-multa, a razão mínima legal, porquanto:

“(...) No dia 29 de abril de 2015, por volta das 11:00 horas, na Avenida Tenente Rebelo, próximo ao nº 171, Bairro Irajá, Município do Rio de Janeiro/RJ, o denunciado na companhia de outros elementos ainda não identificados, consciente e voluntariamente, recebeu, em proveito próprio ou alheio, o automóvel Ford/Fiesta, de cor branca, placa KWO-9899/RJ, de propriedade do lesado Otávio Barbosa, que sabia ser produto de roubo, conforme R.O. nº 033-03043/2015 (f.23/24), ocorrido em 02/04/2015.

No dia dos fatos, policiais militares tiveram a atenção despertada pelo veículo acima mencionado, quando então avistaram o denunciado desembarcando do veículo. Em seguida, tanto o demandado que desembarcou do carro, como também os demais meliantes que permaneceram no veículo, fugiram.

Contudo, os agentes da lei perseguiram os criminosos que estavam a bordo do veículo, mas os mesmos se homiziaram no interior

da Comunidade do Amarelinho, sendo constatado pelos policiais que o automóvel em tela era produto de roubo.

Em ato contínuo, os policiais retornaram ao local inicial e realizaram buscas com o fito de encontrar o denunciado, logrando êxito em tal busca, pois populares o detiveram.

Enquanto era conduzido até a delegacia pelos agentes policiais, o denunciado, com vontade livre e consciente, ofereceu vantagem indevida consistente na entrega de um veículo GM/Corsa e peças e no pagamento da quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ao policial militar Ramon Malta Moreira, para determiná-la a omitir ato de ofício, qual seja, deixar de realizarem a sua prisão em flagrante dizendo: "Vamos ver a melhor maneira de resolver isso, tenho um Corsa e umas pecinha para colocar no rolo! (...)

Tenta ver um dinheiro aí pra me liberar, uns 10 mil!!".

Posteriormente, os agentes da lei ingressaram na comunidade referida e localizaram o automóvel produto de roubo, recuperando o carro e arrecadando outros materiais dentro do veículo.

Assim agindo, está o denunciado incurso nas penas do art. 180, *caput* e art. 333, *caput*, n/f do art. 69, todos do Código Penal. (...).”

Com efeito, a materialidade e autoria dos delitos de receptação e corrupção ativa restaram devidamente comprovadas nos autos, diante do conjunto probatório anexado nos autos, em especial, pelo auto de prisão em flagrante delito; auto de apreensão do veículo; pelo registro de ocorrência do roubo do Ford/Fiesta e, pela prova oral produzida tanto na Delegacia Policial, como em juízo.

A meu sentir, a pretensão erigida pela Defesa Técnica não se subsumi na presente, como válida a demonstrar a existência de equívoco judicial na apreciação dos fatos e das provas que foram coligidas até o fim da instrução criminal.

O lesado Otavio Barbosa confirmou a veracidade dos termos aduzidos na denúncia, mediante a seguinte versão:

"(...) que seu carro foi roubado no feriado da Semana Santa (...); que somente um mês depois soube que o carro havia sido recuperado e estava no pátio legal (...); que foi vítima desse roubo em Bangu na altura de Padre Miguel na Av. Brasil (...); que visualizou as duas pessoas que o assaltaram e consegue dar as descrições destas (...); que a seguradora informou que já tinham recuperado o carro e que não fez o reconhecimento do acusado, pois o carro já não era mais seu e sim da seguradora (...); que seus documentos foram levados junto com o carro (...)".

Os policiais militares, Karl Rodrigues Costa e Ramon Malta Moreira responsáveis pela prisão do acusado, em juízo, confirmaram a veracidade dos fatos descritos na denúncia, vejamos:

"(...) que foi acionado pelos populares que suspeitaram do referido veículo, pois ele estava ligado e parado há muito tempo no mesmo local (...); que o vidro do carro era muito preto e não tinha como ver se tinha alguém dentro (...); que quando foi abordar o carro alguém acelerou em direção a Av. Brasil, momento em que foram atrás do carro e viu o acusado descendo deste veículo e se evadindo (...); que depois que o carro acelerou e entrou na Avenida Brasil, na segunda entrada do Amarelinho, motivo pelo qual desconfiou que não fazia parte da referida comunidade, pois se fosse da

referida comunidade entraria na primeira rua, que é a principal (...); que os policiais militares estavam de moto (...); que eles abandonaram o carro na ladeira perto do colégio (...); que o acusado estava junto com mais três indivíduos, sendo que estes abandonaram o carro e subiram a passarela e se evadiram em direção ao Ceasa, do lado oposto (...); que o carro ficou na sua área de visão, porém não dava para buscar, por se encontrar em área de risco (...); (...) que eram somente dois policiais e não tinham como entrar na Comunidade, somente podendo entrar com operação policial (...); que quando voltou para procurar o acusado o encontrou já detido por populares (...); que estava tomando um "sacode" pela população, umas "pancadas" e que os policiais separaram o acusado da população e prenderam, aguardando a viatura (...); que somente achou com ele de ilícito, um pino de pó vazio (...); que não tinha nenhum documento com ele (...); que com relação ao carro, disse o acusado que não era dele, mas o viu saindo de dentro do carro e não tinha como confundir-lo (...); que logo depois chegou o reforço do batalhão; que conseguiu recuperar o carro e pelo aplicativo conseguiu constatar que o carro era produto de crime (...); que o acusado falou que estava fazendo orçamento de obra (...); que o acusado conhecia a área (...); que não foi ele quem conduziu o acusado para a Delegacia Policial; que foi o colega Ramon Malta (...); que ficou fazendo a cautela do carro (...); que não foi oferecida nenhuma vantagem para ele e que não estava presente quando aconteceu (...); que ficou sabendo através de seu colega Ramon, que o acusado ofereceu um Corsa, um relógio, peça de ouro e dinheiro em espécie para não ser preso

(...)”; que estava de moto e o Policial Ramon Malta estava conduzindo o acusado num automóvel, com outros policiais e que não sabe dizer os nomes deles (...); que não conhecia o acusado (...); que conhece a pessoa da foto apresentada no momento da audiência e que tem uma tatuagem nas costas, perto do pescoço, escrita Moises; que o acusado foi levado a UPA, antes de ser levado para a Delegacia Policial porque estava com alguns ferimentos (...); que o acusado ficou com raiva e disse na Delegacia que foram os policiais que bateram nele (...); que a família do acusado acusou os policiais (...); que o povo viu os fatos e pegaram ele porque estava desarmado (...); que não tem testemunha desse fato (...); que não era o acusado que estava dirigindo (...); que o acusado desceu do carro da porta do carona, traseira direita (...); que três elementos ficaram no carro porque viu correndo pela passarela; que eram quatro elementos, contando com o acusado (...); que a Comunidade que “bateu” no acusado era de baixo do Conjunto IAPC, próximo do Conjunto Amarelinho (...); que são duas ruas que divide um conjunto do outro (...); que o réu negou o tempo todo, dizendo ser inocente (...); que não teve disparos de arma de fogo (...); que não presenciou nenhuma propina (...); que no momento da condução do acusado até a Delegacia e à UPA, não estava mais porque estava tomando conta do veículo (...); que a viatura de apoio que levou o acusado (...); que se recorda que o fato se deu antes do meio dia (...); que o carro foi levado para o Pátio Legal e depois devolvido ao dono (...). (Policial militar – Karl Rodrigues Costa).

"(...) que estavam abastecendo a viatura e recebeu informes de transeuntes sobre o referido veículo que estava em atitude suspeita

(...); que o carro estava estacionado diferente dos demais, jogado de qualquer jeito (...); que entrou um indivíduo no carro que já tinha saído e depois entrou e não saiu mais ninguém deste veículo (...); que estavam cada policial em sua motocicleta (...); que, quando foi puxar a placa do veículo para verificar se era proveniente de roubo, alguém acelerou o carro, empreendendo fuga, em sentido contrário; (...) que o acusado tentou entrar no carro, porém não conseguiu e fugiu a pé (...); que foi em direção ao carro na Av. Brasil, sentido Campo Grande, com a sirene ligada (...); que o veículo entrou numa rua que dava acesso a Comunidade do Amarelinho (...); que fez um contorno pela contramão de direção pela rua debaixo para tentar pegar o acusado (...); que não entrou na Comunidade por causa da periculosidade do local (...); que avistou o acusado já detido por populares, sendo agredido (...); que fez contato com maré-zero, que é a Central e solicitou uma viatura para dar apoio (...); que o acusado foi revistado e foi encontrado um cinto de guarnição, telefone e um radiotransmissor (...); que depois que tirou os populares de perto, o acusado começou a oferecer vantagens com objetivo de obter sua liberdade (...); que o acusado ofereceu carro e “peça” (cordão de ouro) (...); que logo depois encontrou o carro na Avenida Brasil, na contramão (...) que, quando estava levando o acusado para fazer o exame de corpo de delito, ele ficou oferecendo as referidas vantagens (...); que tem um grupo de policiais e quando jogou a placa do referido veículo e neste grupo foi constatado que o veículo onde o acusado se encontrava já estava cometendo assaltos em Jardim América e em Cordovil (...); que o acusado se encontrava na parte de trás do veículo (...); que fizeram contato com o dono do veículo para que fosse para a Delegacia

para fazer o reconhecimento (...); que nunca tinha visto o acusado (...); que reconhece o acusado pela foto apresentada em juízo tendo em vista que o acusado foi declarado revel (...); que perguntou o acusado porque tinha saído do carro; que informou que tinha descido do veículo, comprado pilha para colocar nos radiotransmissores, tanto é que apresentou as pilhas (...); que ambos ouviram a oferta do acusado para não ser preso (...); que foi oferecida a propina na rua (...); que um popular falou que ele saiu do carro e que bateram no acusado (...); que nenhum popular foi levado para a Delegacia Policial (...); que ninguém queria ser testemunha (...); que o acusado apanhou dos transeuntes (...); que o veículo adentrou na comunidade do Amarelinho (...); que o réu confessou o fato e que ia fazer um assalto a transportadora de caminhões de carga (...); que levou o acusado de viatura para o Hospital e que o companheiro de farda ficou perto do carro roubado (...); que encaminharam o carro para o Pátio Legal (...)" (Policia Militar – Ramon Malta Moreira).

O acusado Filipe Moisés de Oliveira, quando prestou declarações na Delegacia Policial, disse:

“que dormiu de ontem pra hoje na casa de sua cunhada, Marcia, localizada no bairro de Acari, com acesso pela Av. Brasil, após a passarela 27; que hoje, pela manhã, por volta das 09h30m, o declarante saiu da casa de sua cunhada para comprar pilhas para o controle da televisão de sua cunhada; que também foi fazer um orçamento de forro PVC, numa lojinha nas proximidades, conversando com o proprietário da lojinha; que não chegou a fechar o negócio; que caminhava pela região conhecida como IAPC, quando foi abordado por policiais militares, os quais indagaram se o declarante estava

num carro branco, tendo respondido que não: que os policiais agrediram o declarante, achando que era um meliante; que o policial militar conduziu o declarante para o PAM de Irajá, para ser medicado; que, num momento de desespero, mesmo sabendo que não tinha feito nada de errado, comentou com o policial o que poderia ser feito para não ser preso, para poder sair daquela situação em que se encontrava; que não se recorda bem qual a expressão que foi dita; que o declarante é comerciante e não tem necessidades de cometer crimes; que já foi processado por crime de roubo, sendo absolvido; que não chegou a ser preso.”.

Não há que se falar em absolvição pelo delito de corrupção ativa, eis que o acusado confessou, em sede policial, que ofereceu vantagem ao policial Ramon para não ser preso, conforme podemos constatar das declarações acima transcritas. Ademais, tais fatos foram descritos pelo policial Ramon, quando prestou declarações, em juízo.

É sabido, que o oferecimento de vantagem indevida, com vistas a convencer os agentes a não realizarem a condução do réu à delegacia. Insta ressaltar que o crime em tela é de mera conduta, não sendo necessário à obtenção da vantagem pelo agente da lei para a sua configuração.

Insta registrar que foi decretada a revelia do acusado, pelo douto juízo de piso.

A materialidade do delito de receptação restou demonstrada, tendo em vista que o carro foi subtraído no dia 02 de abril de 2015, conforme consta no Registro de Ocorrência nº 033-03043/2015 (f. 23/24), sendo certo que o demandado foi surpreendido pelos agentes da lei na posse de tal bem logo após abandonar o veículo no dia 29 de abril de 2015.

Destarte, as circunstâncias da prisão e a narrativa dos policiais militares demonstram que o apelante tinha pleno conhecimento de origem

ilícita do veículo. Inclusive, quando o acusado foi abordado, com o fito de se esquivar da responsabilização criminal, ofereceu dinheiro ao policial Ramon para que fosse liberado.

É sabido, que o dolo, por se tratar de elemento subjetivo do agente, não é apreensível, diretamente, como realidade física absoluta. É ele evidenciado através das circunstâncias exteriores que abarcam o caso, bem como a prova indiciária colhida. No caso em questão, restou evidente cuidar-se de receptação própria (1ª parte do *caput*), havendo nos autos provas robustas - testemunhal e material - de que o veículo encontrado na posse do recorrente se tratava de um veículo produto de crime, consoante auto de apreensão de f. 14, da pasta 000008, destes autos virtuais e Registro de Ocorrência da 33ª Delegacia Policial, acostado aos autos à pasta 000037, destes autos virtuais.

Quanto ao requisito subjetivo, ou seja, o dolo do agente, há que se considerar que em delitos desta natureza a prova de cognição da origem ilícita da *res* se extrai das circunstâncias que envolvem o fato, bem como com a própria conduta do agente.

Segundo entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça: "havendo acervo probatório conclusivo acerca da materialidade e a autoria do crime de receptação, uma vez que apreendida a *res furtiva* em poder do réu, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal". (HC 360.590/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017).

Deve ser sopesado, ademais, que as palavras dos policiais, tanto em sede policial quanto aquelas que foram tomadas perante a autoridade judiciária, que se apresentaram firmes, coesas e conclusivas, pelo que estão em condições de serem autorizadas como elemento de convicção,

consoante o disposto no enunciado da Súmula nº 70 deste Egrégio Tribunal de Justiça Estadual, abaixo transcrita:

“Súmula nº 70 do TJERJ. O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação.”

Nesse passo, não há que se falar em absolvição do acusado, de ambos os delitos, por insuficiência de provas.

PLEITOS SUBSIDIÁRIOS.

DO AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DOS MAUS ANTECEDENTES.

Quanto à dosimetria da pena, importante observar que a enumeração dos artigos 49 e 59, ambos do Código Penal, constitui critério norteador da prestação jurisdicional e que o d. Juiz necessita, para aplicação da pena, de certa dose de discricionariedade, sendo imperativo que se esteja sempre alerta para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar o quantum de restrição a ser imposta.

No caso em exame, o d. juízo de piso, ao fixar a pena-base para ambos os delitos, levou em consideração que o recorrente possui diversas anotações em sua FAC (pasta 000360) e, que ostenta duas condenações definitivas em execução junto à VEP, segundo relatório acostado aos autos a f. 2, da pasta 000377, destes autos virtuais, relativos aos processos nos. 0107616-70.2016.8.19.0001 e 0208409-46.2018.8.19.0001 e, que se valendo daquilo que prevê o Verbete nº 241 do STJ, entendeu reconhecer uma das condenações como maus antecedentes e a outra como causa apta a agravar a pena por força da reincidência, conforme podemos constatar abaixo:

“1. DO CRIME DE RECEPÇÃO:

1º fase: Réu que ostenta duas condenações definitivas em execução junto à VEP, segundo

o relatório de f. 311-313/313-verso (Processos nº 0107616-70.2016.8.19.0001 e nº 0208409-46.2018.8.19.0001). Por esse motivo, valendo-se daquilo que prevê o Verbete nº 241 do STJ, compreender-se-á uma das condenações como maus antecedentes e a outra como causa apta a agravar a pena por força da reincidência. A culpabilidade, as consequências e os motivos são comuns ao tipo. Pena-base que fixo, então, acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes, no patamar de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, estabelecido cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do valor do salário-mínimo vigente na data do crime, atualizados quando da execução.

2º fase: Aplica-se ao caso a agravante da reincidência do art. 61, I, do CP. Não há atenuantes. Por tal razão, agravo a pena então cominada, passando esta a ser de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, estabelecido cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do valor do salário-mínimo vigente na data do crime, atualizados quando da execução.

3º fase: Inexistem causas de aumento ou diminuição de pena. Penas inalteradas.

Penas finais da RECEPÇÃO: 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, estabelecido cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do valor do salário-mínimo vigente na data do crime, atualizados quando da execução.

2. DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA

1º fase: Réu que ostenta duas condenações definitivas em execução junto à VEP, segundo o relatório de f. 311- 313/313-verso (Processos nº 0107616-70.2016.8.19.0001

e nº 0208409-46.2018.8.19.0001). Por esse motivo, valendo-se daquilo que prevê o Verbete nº 241 do STJ, compreender-se-á uma das condenações como maus antecedentes e a outra como causa apta a agravar a pena por força da reincidência. A culpabilidade, as consequências e os motivos são comuns ao tipo. Pena-base que fixo, então, acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes, no patamar de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, estabelecido cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do valor do salário-mínimo vigente na data do crime, atualizados quando da execução.

2ª fase: Aplica-se ao caso a agravante da reincidência do art. 61, I, do CP. Por outro lado, há que se levar também em consideração a confissão realizada em sede policial acerca do delito em questão, a qual funciona como atenuante nos termos do art. 65, III, “d”, do CP. Adotando a linha do STJ, compenso a reincidência com a confissão, de modo que mantenho as penas da forma como então estabelecidas.

3ª fase: Inexistem causas de aumento ou diminuição de pena. Penas inalteradas.

Penas finais da CORRUPÇÃO ATIVA: 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, estabelecido cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do valor do salário-mínimo vigente na data do crime, atualizados quando da execução.

3. DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES:

Atento à regra do art. 69 do CP, somo as penas acima e as unifico em 03 (três) anos, 08 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 23 (vinte e três) dias-multa, estabelecido cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do valor do salário-míni-

mo vigente na data do crime, atualizados quando da execução.”.

Segundo relatório da situação processual executória, acostado aos autos a f. 2, da pasta 000377, destes autos virtuais, relativos aos processos mencionados pelo douto juízo de piso quando da dosimetria da pena, podemos verificar que as referidas anotações não possuem trânsito em julgado antes dos fatos, ora em exame:

· Na ação penal nº 208409-46.2018.8.19.0001, consta que o acusado foi condenado pelo delito descrito no artigo 157, § 2º, inciso II e § 2º-A, I, do Código Penal, a 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Consta a data do delito em 04 de junho de 2018 e a data da sentença em 12 de março de 2019;

Não consta trânsito em julgado.

· Na ação penal nº 0107616-70.2016.8.19.0001, consta que o acusado foi condenado pelo delito descrito no artigo 157, § 2º, incisos I e II (2X), na forma do artigo 70, ambos do Código Penal, a 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

Consta a data do delito em 13 de dezembro de 2015 e a data da sentença em 29 de janeiro de 2019;

Não consta trânsito em julgado.

A pretensão erigida pela defesa técnica e positivada neste grau recursal no sentido do afastamento da elevação da pena-base por inexistência de maus antecedentes e reincidência, merece a devida acolhida, eis que embora o acusado possua diversas anotações penais em sua folha de antecedentes criminais, na verdade, nenhuma dessas anotações obtiveram o trânsito em julgado, antes dos fatos ora em exame.

Logo, deve ser afastada a figura dos maus antecedentes, consoante orientação da Súmula

nº 444 do Excelso Superior Tribunal de Justiça, que destaco *in verbis*:

“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

(Súmula nº 444, Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

No que diz respeito à personalidade, cabe circundar na questão em voga a ponderação da ausência de um Laudo Médico Pericial capaz de claramente atestar quanto à personalidade do agente delituoso, de modo a afirmar se há ou não uma personalidade distorcida.

Dessa forma, faltando exatamente esse elemento probatório, indubitavelmente que o Juiz não poderá se valer da folha de antecedentes criminais para deduzir quanto à personalidade do acusado, permitindo, nesse contexto, afirmá-la como distorcida e voltada para a criminalidade.

Insta salientar, que no caso em exame, não houve qualquer realização de exame médico por especialista a apontar um distúrbio da personalidade do acusado. Também não existem provas, nestes autos do processo, quanto a conduta social do acusado.

A conduta social do acusado também não pode ser levada a apreciação sem os elementos de prova nesse sentido, haja vista que não foi perquirido o seu papel na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho e da vizinhança.

Nessa tônica, naturalmente que a pena inicial, do sistema trifásico de dosimetria, deve ficar acomodado no seu patamar mínimo cominado legalmente para a espécie penal.

Tomando como alicerce essas particularidades acima, passo a fixação da pena do Apelante, conforme o método trifásico previsto em lei.

DO CRIME DE RECEPÇÃO:

Na primeira fase: Com base nos argumentos acima, fixo a pena-base no seu mínimo, ou seja,

01 (um) ano de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, que arbitro em 1/10 (um décimo) do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, tendo em vista que o réu é tecnicamente primário e não podendo afirmar o juízo sobre os seus antecedentes.

A culpabilidade, as consequências e os motivos são comuns ao tipo. Não disponho, contudo, de elementos seguros para dizer negativamente a sua conduta social e a sua personalidade.

Na segunda fase: Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas, razão pela qual mantenho a pena-base como pena intermediária, ou seja, 01 (um) ano de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão unitária mínimo legal.

Na terceira fase: Ausentes as causas especiais de diminuição e de aumento de pena, torno a pena intermediária, em definitiva, ou seja, em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA:

Na primeira fase: Com base nos argumentos acima, fixo a pena-base no seu mínimo, ou seja, 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, que arbitro em 1/10 (um décimo) do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato, tendo em vista que o réu é tecnicamente primário e não podendo afirmar o juízo sobre os seus antecedentes.

A culpabilidade, as consequências e os motivos são comuns ao tipo. Não disponho, contudo, de elementos seguros para dizer negativamente a sua conduta social e a sua personalidade. Por tais motivos, mantenho a pena base em 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, que arbitro em 1/10 (um décimo) do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato.

Na segunda fase: Mantenho o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea prevista no artigo 65, inciso III, “d”, do Código Penal, eis que o acusado confessou

o delito em sede policial, porém, nesta fase, a pena não pode ser reduzida aquém do mínimo legal, nos termos do verbete 231 da Súmula do E. Superior Tribunal de Justiça.

Como cediço, a aludida súmula, editada pela Corte Superior, tem o cunho de pacificar entendimentos jurisprudenciais divergentes de tribunais diversos, servindo, nesse desiderato, como bússola ao julgador.

Sendo assim pensa-se que a atenuante não possui o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Isso porque quando o legislador estabeleceu em abstrato o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro dessas balizas, sem possibilidade de ultrapassá-las, com exceção das causas de aumento ou diminuição, que, ao seu turno, fazem parte da estrutura típica do delito.

Portanto, mantenho a pena no mesmo patamar anterior, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, que arbitro em 1/10 (um décimo) do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato.

Na terceira fase: Ausentes as causas especiais de diminuição e de aumento de pena, torno a pena intermediária, em definitiva, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, que arbitro em 1/10 (um décimo) do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo do fato.

DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES.

Atento à regra do artigo 69 do Código Penal, somo as penas acima e as unifico em 3 (três) anos de reclusão, e 20 (vinte) dias-multa, estabelecido cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo vigente na data do crime, atualizados quando da execução.

DA APLICAÇÃO DO REGIME MENOS BRANDO.

Acolho a pretensão da defesa, que foi lastreada no sentido do abrandamento do regime prisional.

Certo constatar, no exame deste caso, que a pena corporal fixada em desfavor do acusado, aqui na qualidade de recorrente, ficou assentada no patamar definitivo de 3 (três) anos de reclusão.

Além desses fatos, as circunstâncias judiciais são favoráveis, a fixação da pena base foi estabelecida no mínimo legal, o que denota em plena evidência a fixação do regime prisional aberto, tomando como amparo a regra do artigo 33, parágrafo 2º, alínea “c”, do Código Penal.

Considerando a quantidade de pena aplicada e os preenchimento dos requisitos insertos no artigo 44, § 2º, do Código Penal, entendo cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritiva de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, fato esse que melhor tem adequação à pena que ora foi aplicada e, ainda, principalmente em atenção às normas catalogada nos termos do artigo 44 da Lei Penal em vigor.

Insta salientar, que o acusado foi solto em 11 de maio de 2015, conforme decisão acostada aos autos à pasta 000151, destes autos virtuais. E, tendo o acusado, descumprido as condições que lhe foram pré-fixadas para a sua liberdade provisória, foi decretada a prisão preventiva, em 14 de fevereiro de 2017, conforme podemos constatar à pasta 000274, destes autos virtuais, tendo sido cumprido o Mandado de prisão no dia 20 de julho de 2018 (pasta 000347, destes autos virtuais).

DO PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA.

Não há como prosperar o pedido defensivo relacionado à isenção de custas processuais. Afinal, a imposição ao réu ao pagamento de custas é consectário do decreto condenatório, com fulcro no art. 804 do Código de Processo Penal. Ademais, eventual apreciação quanto à impossibilidade de seu pagamento, em razão da hipossuficiência, deverá ser tratada no âmbito da

execução penal, nos termos da Súmula nº 74 desse Egrégio Tribunal de Justiça.

À conta de tais considerações é que dirijo o meu voto no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso defensivo para afastar a figura dos maus antecedentes na primeira fase da dosimetria e a circunstância agravante da reincidência, com base na Súmula 444 do E. Superior Tribunal de Justiça e abrandar o regime de cumprimento de pena e, por via de consequência, redimensionar a pena do acusado, estabelecendo, definitivamente, em 3 (três) anos de reclusão e, ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no mínimo legal, substituindo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo da execução, fixando, outrossim, o regime aberto para o caso de descumprimento.

RIO DE JANEIRO, 10 DE MARÇO DE 2020.

DES. SIDNEY ROSA DA SILVA

RELATOR

USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO. BLITZ DA POLÍCIA MILITAR. ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DO FATO. ART. 304 DO CP. INDISPENSÁVEL QUE O AGENTE CONHEÇA A FALSIDADE DO DOCUMENTO. FATO NÃO PROVADO. ERRO DE TIPO. RECURSO PROVIDO.

EMENTA

Apelação Criminal. Acusado condenado pela prática do delito tipificado no artigo 304, na forma do art. 297, do Código Penal. Foi-lhe aplicada a pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, na menor fração unitária, substituída a sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Recurso defensivo pleiteando a redução da pena-base aquém do mínimo legal, considerando a atenuante da confissão espontânea. Parecer da Procuradoria de Justiça pelo não provimento do recurso. 1. Consta dos autos que

o denunciado, no dia 22/12/2011, fez uso de documento público falso, na medida em que, em uma blitz realizada pela Polícia Militar, apresentou Carteira Nacional de Habilitação falsa, expedida em seu nome e hábil a iludir terceiros como se idônea fosse. 2. Inicialmente, levando em consideração o efeito devolutivo amplo dos recursos criminais e após compulsar o teor das provas, entendo que o juízo de censura merece reparo, pois não restou configurado o crime imputado. 3. O apelante, desde a fase inicial de inquérito, apresentou a versão de que não sabia que utilizava documento falso. Sustentou que adquiriu a sua CNH somente após ter realizado o processo para sua obtenção. Ressaltou que, no local da prova de direção, um homem se apresentou como despachante e ofereceu seus serviços a todos os reprovados naquela prova, mediante o pagamento de R\$ 300,00, para recorrer quanto ao resultado do exame, oportunidade em que já marcou a data para entrega do documento. No balcão do DETRAN o despachante lhe entregou a CNH. Informou não ter desconfiado da ilicitude do documento. Utilizava sua carteira há um ano, já foi parado em blitz anterior e nunca foi informado que sua carteira não era verdadeira. Além disso, destacou que, no dia do fato, foi parado em razão de um lacre rompido em sua motocicleta. Por fim, garantiu que, se soubesse que sua carteira de habilitação era falsa, não teria aguardado em fila, por meia hora, no batalhão para ser atendido e imprimirem a multa. 4. O laudo pericial constatou que o documento era falso e que poderia iludir terceiros como se autêntico fosse, o que significa dizer que poderia enganar qualquer pessoa, inclusive o próprio apelante, que não era perito no assunto. 5. O fato é inconteste, mas não se pode dizer o mesmo quanto ao elemento subjetivo do tipo. 6. Muito embora o acusado tenha obtido a habilitação de modo um pouco

simples, recebendo o documento de habilitação das mãos de uma pessoa “despachante”, em momento algum ele disse ou demonstrou possuir conhecimento de que a carteira de motorista obtida fosse falsa. 7. No crime do artigo 304, do Código Penal, pune-se o uso de documento falso. Logo, é indispensável que o agente conheça a falsidade do documento e ainda assim disponha-se a usá-lo. Esta prova cabia ao Parquet, que não se desincumbiu de produzi-la. Ressalto que a hipótese em julgamento descreve um erro de tipo, que sendo invencível exclui o dolo e a culpa, afastando em consequência a própria tipicidade e, sendo vencível, também afasta a tipicidade, já que não existe esse crime na modalidade culposa. 8. Recurso conhecido e provido, para absolver o acusado, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Apelação Criminal, Processo nº 0018749-97.2013.8.19.0004, originário do Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo, no qual é Apelante William de Sousa Botelho e Apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que integram a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

VOTO

Por sentença proferida em 07/01/2016, pela Dr.ª FERNANDA MAGALHÃES FREITAS PATUZZO, Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo, William de Sousa Botelho foi condenado a 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, no menor valor unitário, pela prática do crime previsto no artigo 304, na forma do art. 297, do CP, sendo

a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos.

Inconformado o sentenciado recorreu, à peça 000121, requerendo a redução da pena-base aquém do mínimo legal, em razão da atenuante da confissão espontânea. Por fim, prequestionou como violados dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Contrarrazões ministeriais, à peça 000154, requerendo a manutenção da sentença.

A Procuradora de Justiça, Dra. MARIA APARECIDA ARAUJO, ofertou parecer na peça 000169, opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Narra a denúncia que:

“(...) No dia 22 de dezembro de 2011, por volta das 10h30min, na Rua Dr. Albino Imparato, no bairro Jardim Catarina, nesta Comarca, o denunciado, consciente e voluntariamente, fez uso de documento público falso, na medida em que, em uma blitz realizada pela Polícia Militar, apresentou Carteira Nacional de Habilitação falsa, expedida em seu nome e hábil a iludir terceiros como se idônea fosse.

Com efeito, o laudo de exame de documentos acostado a f. 17/18 constatou que o documento apresentado pelo denunciado é falso.

Ademais, o denunciado confessou que foi reprovado no exame do DETRAN e que pagou R\$ 300,00 (trezentos reais) pelo documento falsificado. (vide f. 11/12).

Assim agindo o denunciado, ou seja, fazendo uso de documento público falsificado, encontra-se, pois, incurso nas penas do artigo 304 c/c artigo 297, ambos do Código Penal. (...)”.

A defesa não impugnou a materialidade nem a autoria, pretendendo a mitigação da pena-

-base, considerando a circunstância atenuante da confissão.

Prima facie, levando em consideração o efeito devolutivo amplo dos recursos criminais, após compulsar o teor das provas, entendo que o juízo de censura merece reparo, pois não restou configurado o crime.

A materialidade do crime está sobejamente comprovada por meio do laudo pericial acostado aos autos, que concluiu que a carteira de habilitação apreendida era falsa e apta a iludir terceiros, não subsistindo qualquer dúvida acerca da falsidade do documento.

A autoria também é inconteste, eis que o apelante exibiu a CNH falsa aos policiais. Todavia, há provas indicativas de que o apelante não tinha plena ciência de que utilizava documento falso.

O apelante admitiu que apresentou o documento em questão, esclarecendo que cumpriu todos os trâmites legais para obtenção da CNH, mas fora enganado por um despachante que lhe informou que poderia modificar o resultado da prova prática, com um recurso, e entregaria o documento de habilitação, alegando ainda que recebeu o aludido documento no DETRAN.

Em seu interrogatório:

“(...) que os fatos narrados na denúncia em parte são verdadeiros, que só que eu não comprei um documento falso, eu não paguei para ninguém fazer um documento falso, eu entrei na autoescola, eu fiz a prova escrita, eu passei, eu passei no exame de vista, aí fui reprovado no teste, lá no Piscinão, aí marquei um segundo, fui no segundo, fui reprovado de novo, por causa do nervosismo porque eu tinha condições, nos testes todos eu me saía bem, aí nessa segunda vez, um rapaz se apresentou, lá no Piscinão ainda, não só a mim como a todos os que estavam sendo reprovados, se apresentou como despachante e disse que mediante

uma taxa ele poderia recorrer, porque eu derrubei só um cone, aí disse que poderia recorrer e que a minha carteira ia sair junto com a de todo mundo; que eu precisava trabalhar, que eu não estava conseguindo trabalho de carteira assinada, eu precisava trabalhar, eu estava trabalhando de mototáxi nos últimos anos e a polícia em cima, a minha moto estava toda certinha e foi isso que aconteceu; que ele marcou comigo no Detran e lá no Detran ele foi no balcão, pegou e me entregou a minha carteira, com meu nome, com meu documento, com tudo meu; que eu não sabia e eu não fui pego por causa de habilitação, o policial não me parou por causa de habilitação falsa, foi um laque que estava quebrado, um lacrezinho que estava quebrado; que chegando no batalhão ninguém falou nada que a minha habilitação...eu esperei lá dentro meia hora para ser atendido, numa fila, se eu estivesse com um documento falso eu ia ficar dentro do batalhão esperando para ser atendido, meia hora? Aí só aconteceu esse problema porque o Detran mandou dois funcionários lá para o Sétimo para auxiliar eles e na hora de ela imprimir minha multa na maquininha ela falou: ‘sua carteira não tem prontuário’; que ela chamou o policial, conversou com ele, aí me conduziram para a 74, chegando na 74, o perito da 74 não teve condições de afirmar que a minha carteira era falsa; que o perito falou: ‘e tal, tal que eu não sei o que fazer’ falou: ‘ não posso afirmar que sua carteira é falsa, nem verdadeira, vou mandar para uma perícia’; que ele me perguntou a história e desde o começo eu estou contando a mesma história que eu estou contando aqui, eu não menti para ele, eu falei a verdade, eu paguei trezentos reais porque ele disse que ia dar um jeito para mim, para recorrer; que eu paguei trezentos

reais achando que era para recurso; que se eu, em algum momento, achasse que estava comprando documento falso, eu não ia fazer e o documento tinha meu nome; tinha tudo e eu fui parado em várias blitzes, eu fiquei com a carteira mais de um ano, fui parado em blitz; que eu me oferecia para tirar moto de amigo de depósito, porque eu achei que eu estava habilitado; (...) que eu não cheguei a renovar a carteira; que ela não era aquela primeira que dura um ano de validade, ele me deu a definitiva; que eu não tinha carteira antes e eu perguntei a ele se era normal e ele me disse que era normal; que foi a dúvida minha, foi a dúvida de uma outra senhora que foi comigo, que também estava no Piscinão no dia, ele marcou encontro com todos nós, no mesmo horário, no mesmo dia para entregar os nossos documentos; que eu fiz a prova, fui reprovado, passei no exame de vista, passei na prova escrita; que fui reprovado na direção porque derrubei um cone; que eu paguei para recorrer, foi isso o que ele disse para todos nós lá; que ele deu para mim uma carteira definitiva; que eu passei na prova escrita; que estudei o Código de Trânsito para fazer a prova escrita; que eu estudei o Código todo, eu passei de cara na primeira vez na prova; que estudei o Código todo; que sei que tem uma carteira provisória, eu sabia; que foi a primeira coisa que...; que eu não fui a nenhuma agência do Detran para procurar saber (...)” (trecho extraído das transcrições descritas na sentença)

O policial militar Marcelo Luiz Neves Lemos, em juízo, não se recordou da diligência, mas reconheceu sua assinatura e confirmou que confeccionou o documento de f. 06. Em sede policial declarou:

“Que no dia de hoje se encontrava em "operação" visando coibir a irregularidade de motocicletas, juntamente com seus companheiros de farda do BPCHO que, quando por volta das 10h30min, estando na rua Albino Imparas, Jardim Catarina/SG, parou a motocicleta Honda NXR 150 Bros de cor vermelha, placa K VX-I 381, que era conduzida por William de Sousa Botelho; Que o condutor apresentou a CNH nº 987184813, Registro nº 03075118242, validade 25/11/2015; Que reparou que o lacre da placa do veículo estava violado e levou o veículo para o 7º BPM afim de ser apreendido, local onde se encontram os agentes da corregedoria do Detran; Que uma funcionária do Detran disse que não havia o registro no banco de dados do Detran referente a CNH apresentada; Que apresentou o fato nesta DP, onde a Autoridade Policial determinou o presente feito. (Trecho extraído do feito, f. 2, da peça 10)”

O laudo pericial atestou que o documento de habilitação era capaz de iludir terceiros como se idôneo fosse, permitindo ao apelante, que não era perito no assunto, presumir que o documento que recebeu era autêntico, mormente considerando que já havia apresentado a Carteira de habilitação em outras abordagens policiais.

Destarte, diante destas circunstâncias, depreende-se que em momento algum o recorrente pensou que o documento por ele obtido fosse falso.

A nosso sentir, ele agiu desprovido do indispensável elemento subjetivo do tipo. Nesse sentido, o mestre DAMÁSIO¹ destacou em sua obra:

“Elemento subjetivo do tipo é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de fazer uso dos documentos referidos no tipo. Abrange o conhecimento da falsidade documental.”

1 JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. 19. ed. Ver., atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPP (Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719/2008). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 943.

Com todas as vênias, isto não restou provado. Em momento algum a acusação comprovou que o acusado tivesse conhecimento quanto à falsidade da sua CNH. Verifica-se que o apelante ignorava que ele poderia ter obtido um documento falso.

Friso também que o presente crime não existe na modalidade culposa e se o apelante pensou de modo negligente, quiçá irresponsável, que era possível “facilitar” (como dito pelo acusado em sede policial), ou “dar um jeito” (conforme afirmado em juízo) para modificar o resultado do exame de direção, através de um recurso, e receber em curto prazo o documento de habilitação das mãos do próprio despachante, o fato configuraria um indiferente penal, já que, repito, não temos o crime em questão na modalidade culposa.

Incumbia ao Ministério Público provar que o acusado tinha conhecimento da falsidade do documento e dele fez uso com dolo, mas isto não ocorreu.

Por tais razões, voto pelo conhecimento e provimento do recurso para absolver o apelante, na forma do art. 386, inciso III, do CPP.

RIO DE JANEIRO, 06 DE FEVEREIRO DE 2020.
DES. CAIRO ÍTALO FRANÇA DAVID
RELATOR

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

ABANDONO DE INCAPAZ**198****0000469-61.2015.8.19.0084**

13534 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Abandono de incapaz. Mãe que deixa seus três filhos sozinhos em cas para consumir bebida alcoólica em bar. Recurso defensivo pleiteando a absolvição por ausência de provas. Depoimento de testemunhas. Pena majorada corretamente. Provimento parcial do recurso. Pena redimensionada.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA**131****0013659-04.2016.8.19.0037**

Ação Civil Pública. Município. Deslizamento de encostas em loteamento. Dano ambiental. CFRB/88. Omissão do poder público. Risco à comunidade. Atuação do Poder Judiciário legítima e essencial. Manutenção da sentença. Necessidade de obras de contenção.

ADMINISTRATIVO**42**

1132682 / 2009 - STJ - (RESP) - Administrativo. Petrobrás Transporte S/A. Derrame de petróleo. Baía da Ilha Grande. Multa. Capitania dos Portos. Município. Ação anulatória. Improcedência. Cooperação dos entes deferados. Inexistência de *bis in idem*.

152**0001119-62.2014.8.19.0046**

61959 / 2018 - TJ - (AC) - Administrativo. Servidor Público. Contrato temporário. Direitos sociais garantidos. Décimo terceiro proporcional. Férias proporcionais. Irrelevância de previsão em norma municipal. Aplicação da norma constitucional.

141**0386811-28.2013.8.19.0001**

4850 / 2019 - TJ - (-----) - Administrativo. Polícia Militar. Curso de formação. Investigação social. Eliminação de candidato. Envolvimento em crime de lesão corporal. Não comprovação. Princípios da legalidade, impessoalidade e razoabilidade. Sentença parcialmente reformada.

AMEAÇA, FURTO E DESACATO**202****0202803-37.2018.8.19.0001**

14232 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Ameaça, furto e desacato. Materialidade e autoria comprovadas. Tipicidade da conduta. Aplicação do princípio da insignificância. Não cabimento. Tese de crime único. Não acolhimento. Tese de crime impossível afastada. Reincidência. Recurso improvido.

APOSENTADORIA**156****0066467-92.2019.8.19.0000**

86747 / 2019 - TJ - (AI) - Execução de título extrajudicial. Penhora. Idosa. Proventos de aposentadoria. Redução. Verba de caráter alimentar. Violação do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

ARMA DE FOGO**210****0003970-57.2016.8.19.0029**

17628 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Arma de fogo. Lei nº 10.826/2003. Dolo genérico exigido. Crime de perigo abstrato e mera conduta. Portar arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Afronta à segurança pública. Súmula nº 231 do STJ. Apelo desprovido.

160**0039202-61.2009.8.19.0002**

79815 / 2019 - TJ - (AC) - Indenização por danos materiais e morais. Morte de passageira por arma de fogo. Veículo administrado pela ré. Ausência do nexo de causalidade. Afastamento da responsabilidade objetiva. Ato exclusivo de terceiros. Excludente de responsabilidade da concessionária. Manutenção da sentença.

BANCO**149****0019375-52.2018.8.19.0001**

Direito administrativo. Procon. Autarquia de proteção e defesa do consumidor. Banco. Infração. Processo administrativo. Multa. Pedido de anulação. Reclamação de consumidores. Empréstimos não realizados. Redução do valor da multa.

BENEFÍCIO**145****0026751-90.2017.8.19.0206**

93094 / 2019 - TJ - (AC) - Indenizatória. Idosa. Benefício previdenciário. Saques bancários indevidos. CDC. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco do empreendimento. Súmula 297 do STJ.

CARÊNCIA**185****0042766-80.2011.8.19.0001**

9989 / 2020 - TJ - (AC) - Plano de saúde. Tutela provisória. Negativa de internação emergencial de recém-nascido com base em prazo de carência. Abuso contratual. Configuração de ilícito. Dano moral concedido. Recursos conhecidos e improvidos.

CONCESSIONÁRIA**160****0039202-61.2009.8.19.0002**

79815 / 2019 - TJ - (AC) - Indenização por danos materiais e morais. Morte de passageira por arma de fogo. Veículo administrado pela ré. Ausência do nexo de causalidade. Afastamento da responsabilidade objetiva. Ato exclusivo de terceiros. Excludente de responsabilidade da concessionária. Manutenção da sentença.

CONCURSO DE AGENTES**217****0280236-20.2018.8.19.0001**

19054 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Furto em supermercado, mediante fraude. Colaboração da operadora de caixa do estabelecimento. Concurso de agentes. Cliente que embala todos os produtos e pagou somente por parte deles. Tentativa. A vigilância não torna a subtração impossível. Sentença cassada. Prosseguimento do feito.

CONCURSO MATERIAL**214****0009936-44.2017.8.19.0068**

3567 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Furto e resistência. Recurso do Ministério Público. Condenação do acusado pelo crime de falsa identidade. Provi-

mento. Jurisprudência dos tribunais superiores. Penas reduzidas, de ofício.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL**219****0023150-44.2019.8.19.0000**

10094 / 2019 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Dúplice estelionato. Réu primário e sem antecedentes desabonadores. Constrangimento ilegal. Crime que não envolve o emprego de violência real ou de grave ameaça à pessoa. Concessão da ordem.

CONTRATO DE CONVIVÊNCIA**106****0431354-82.2014.8.19.0001**

6474 / 2018 - TJ - (AC) - Contrato de convivência. União estável. Regime da comunhão parcial de bens. Alteração. Rol de imóveis declarados incomunicáveis. Assinatura consciente. Vício de consentimento afastado. Recurso não provido.

104**0406861-41.2014.8.19.0001**

15920 / 2018 - TJ - (AC) - Contrato de convivência. União estável. Efeitos futuros. Entendimento do STJ. Indenização. Transferência de cotas. Participação da companheira. Impossibilidade. Negócio realizado antes do contrato lavrado. Recurso desprovido.

116**0035334-68.2015.8.19.0001**

21207 / 2018 - TJ - (AC) - Partilha de bens. Contrato de convivência. Regime da separação absoluta. Inexistência de vício de consentimento e fraude na aquisição dos bens. Apelo desprovido.

121**0010582-02.2012.8.19.0045**

64386 / 2019 - TJ - (AC) - Partilha de bens. União estável. Bem adquirido na constância da união. Contrato de convivência. Inexistência. Regime da comunhão parcial de bens. Art. 1.725 do Código Civil. Correção dos honorários. Recurso desprovido.

CONTRATO TEMPORÁRIO**152****0001119-62.2014.8.19.0046**

61959 / 2018 - TJ - (AC) - Administrativo.

Servidor Público. Contrato temporário. Direitos sociais garantidos. Décimo terceiro proporcional. Férias proporcionais. Irrelevância de previsão em norma municipal. Aplicação da norma constitucional.

CORRUPÇÃO ATIVA

234

0200674-64.2015.8.19.0001

799 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Receptação. Corrupção ativa. Provas robustas. Materialidade e autoria. Depoimentos de policiais. Recurso provido parcialmente. Pena redimensionada. Fixação de regime mais brando.

CRIME DE PERIGO ABSTRATO E MERA CONDUTA

210

0003970-57.2016.8.19.0029

17628 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Arma de fogo. Lei nº 10.826/2003. Dolo genérico exigido. Crime de perigo abstrato e mera conduta. Portar arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Afronta à segurança pública. Súmula nº 231 do STJ. Apelo desprovido.

DANO MORAL

61

1844647 / 2019 - STJ - (RESP) - Empreendimento imobiliário. Contrato. Atraso na entrega do imóvel. Dano moral configurado. Núpcias contraídas. Ofensa a direito da personalidade. Alugueres e encargos locatícios. Caso fortuito e força maior. Não configuração.

179

0042316-30.2017.8.19.0001

314 / 2020 - TJ - (-----) - Obrigação de fazer. Irmãs gêmeas. Sorteio. Colégio de Aplicação. Contemplação de uma das irmãs. Dever de matricular ambas. Indeferimento do dano moral.

185

0042766-80.2011.8.19.0001

9989 / 2020 - TJ - (AC) - Plano de saúde. Tutela provisória. Negativa de internação emergencial de recém-nascido com base em prazo de carência. Abuso contratual. Configuração

de ilícito. Dano moral concedido. Recursos conhecidos e improvidos.

190

0067784-77.2010.8.19.0021

11852 / 2020 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Município. Queda em coletor de águas pluviais, cuja grade de proteção estava quebrada. Criança de 10 anos. Teoria da culpa exclusiva da vítima afastada. Dever de garantir a segurança e a incolumidade de seus administrados. Verba compensatória mantida. Majoração dos honorários.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

156

0066467-92.2019.8.19.0000

86747 / 2019 - TJ - (AI) - Execução de título extrajudicial. Penhora. Idosa. Proventos de aposentadoria. Redução. Verba de caráter alimentar. Violação do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

193

0035263-27.2019.8.19.0001

9586 / 2020 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Programa de rádio. Policial civil. Registros de ocorrência. Ofensa e deboche do sobrenome da servidora. Ligações ao vivo para a delegacia. Citação dos dados pessoais e laboral em rede social, internet e rádio. Exercício da liberdade de imprensa abusivo. Violação da dignidade da pessoa humana.

DIREITOS SOCIAIS

152

0001119-62.2014.8.19.0046

61959 / 2018 - TJ - (AC) - Administrativo. Servidor Público. Contrato temporário. Direitos sociais garantidos. Décimo terceiro proporcional. Férias proporcionais. Irrelevância de previsão em norma municipal. Aplicação da norma constitucional.

DOAÇÃO

175

0063213-19.2016.8.19.0000

4525 / 2016 - TJ - (MS) - Mandado de Segurança. ITCMD. Fato gerador de transmissão inter vivos. Falecimento da usufrutuária. Transmissão

da propriedade. Doação. Direito real. Concessão da segurança.

DOLO

106

0431354-82.2014.8.19.0001

6474 / 2018 - TJ - (AC) - Contrato de convivência. União estável. Regime da comunhão parcial de bens. Alteração. Rol de imóveis declarados incomunicáveis. Assinatura consciente. Vício de consentimento afastado. Recurso não provido.

210

0003970-57.2016.8.19.0029

17628 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Arma de fogo. Lei nº 10.826/2003. Dolo genérico exigido. Crime de perigo abstrato e mera conduta. Portar arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Afronta à segurança pública. Súmula nº 231 do STJ. Apelo desprovido.

EMBARGOS DE TERCEIROS

52

1670338 / 2014 - STJ - (RESP) - Embargos de Terceiros. Imóvel penhorado. CPC/73. Cônjuge meeiro. Regime da comunhão universal de bens. Bem indivisível. Dívida não contraída em benefício da família. Meação da mulher casada não responde. Limite subjetivo da coisa julgada.

ERRO DE TIPO

244

0018749-97.2013.8.19.0004

13342 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Uso de documento público falso. Blitz da polícia militar. Alegação de desconhecimento do fato. Art. 304 do CP. Indispensável que o agente conheça a falsidade do documento. Fato não provado. Erro de tipo. Recurso provido.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

169

0012941-78.2013.8.19.0209

80023 / 2019 - TJ - (AC) - Interdição proposta de genitora. Laudo médico. Retardo mental leve. Contestação do genitor. Perícia. Confirmação.

Estatuto da pessoa com deficiência. Manutenção da sentença.

ESTELIONATO

219

0023150-44.2019.8.19.0000

10094 / 2019 - TJ - (HC) - *Habeas Corpus*. Dúplice estelionato. Réu primário e sem antecedentes desabonadores. Constrangimento ilegal. Crime que não envolve o emprego de violência real ou de grave ameaça à pessoa. Concessão da ordem.

EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE

160

0039202-61.2009.8.19.0002

79815 / 2019 - TJ - (AC) - Indenização por danos materiais e morais. Morte de passageira por arma de fogo. Veículo administrado pela ré. Ausência do nexo de causalidade. Afastamento da responsabilidade objetiva. Ato exclusivo de terceiros. Excludente de responsabilidade da concessionária. Manutenção da sentença.

EXECUÇÃO

154

0057686-81.2019.8.19.0000

75317 / 2019 - TJ - (AI) - Execução. Fraude. Nova penhora. Renda de aluguéis de sociedade anônima. Desnecessidade. Prosseguimento da execução. Indeferimento da segunda penhora. Recurso provido.

EXTORSÃO

66

492360 / 2019 - STJ - (HC) - Prisão preventiva. Roubo majorado. Extorsão mediante sequestro. Concurso majorado. Concurso formal impróprio. Gravidade do delito. Ordem pública. *Writ* denegado.

FATO EXCLUSIVO DE TERCEIROS

160

0039202-61.2009.8.19.0002

79815 / 2019 - TJ - (AC) - Indenização por danos materiais e morais. Morte de passageira por arma de fogo. Veículo administrado pela ré.

Ausência do nexa de causalidade. Afastamento da responsabilidade objetiva. Ato exclusivo de terceiros. Excludente de responsabilidade da concessionária. Manutenção da sentença.

FURTO

217

0280236-20.2018.8.19.0001

19054 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Furto em supermercado, mediante fraude. Colaboração da operadora de caixa do estabelecimento. Concurso de agentes. Cliente que embala todos os produtos e pagou somente por parte deles. Tentativa. A vigilância não torna a subtração impossível. Sentença cassada. Prosseguimento do feito.

GRILAGEM

70

121253 / 2019 - STJ - (HC) - Recurso em *Habeas Corpus*. Ação penal complexa. Milícia. Prática de grilagem de terra. Venda e locação de imóveis irregulares. Excesso de prazo não configurado. Recurso desprovido.

IDOSO

156

0066467-92.2019.8.19.0000

86747 / 2019 - TJ - (AI) - Execução de título extrajudicial. Penhora. Idosa. Proventos de aposentadoria. Redução. Verba de caráter alimentar. Violação do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

145

0026751-90.2017.8.19.0206

93094 / 2019 - TJ - (AC) - Indenizatória. Idosa. Benefício previdenciário. Saques bancários indevidos. Ausência de senha pessoal. CDC. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco do empreendimento. Súmula 297 do STJ.

IMÓVEL

52

1670338 / 2014 - STJ - (RESP) - Embargos de Terceiros. Imóvel penhorado. CPC/73. Cônjuge meeiro. Regime da comunhão universal de

bens. Bem indivisível. Dívida não contraída em benefício da família. Meação da mulher casada não responde. Limite subjetivo da coisa julgada.

61

1844647 / 2019 - STJ - (RESP) - Empreendimento imobiliário. Contrato. Atraso na entrega do imóvel. Dano moral configurado. Núpcias contraídas. Ofensa a direito da personalidade. Alugueres e encargos locatícios. Caso fortuito e força maior. Não configuração.

INDENIZAÇÃO

104

0406861-41.2014.8.19.0001

15920 / 2018 - TJ - (AC) - Contrato de convivência. União estável. Efeitos futuros. Entendimento do STJ. Indenização. Transferência de cotas. Participação da companheira. Impossibilidade. Negócio realizado antes do contrato lavrado. Recurso desprovido.

INTERDIÇÃO

169

0012941-78.2013.8.19.0209

80023 / 2019 - TJ - (AC) - Interdição proposta de genitora. Laudo médico. Retardo mental leve. Contestação do genitor. Perícia. Confirmação. Estatuto da pessoa com deficiência. Manutenção da sentença.

INVESTIGAÇÃO SOCIAL

141

0386811-28.2013.8.19.0001

4850 / 2019 - TJ - (-----) - Administrativo. Polícia Militar. Curso de formação. Investigação social. Eliminação de candidato. Envolvimento em crime de lesão corporal. Não comprovação. Princípios da legalidade, impessoalidade e razoabilidade. Sentença parcialmente reformada.

ITCMD

175

0063213-19.2016.8.19.0000

4525 / 2016 - TJ - (MS) - Mandado de Segurança. ITCMD. Fato gerador de transmissão *inter vivos*.

Falecimento da usufrutuária. Transmissão da propriedade. Doação. Direito real. Concessão da segurança.

LATROCÍNIO

221

0008609-60.2008.8.19.0042

17200 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Latrocínio e ocultação de cadáver. Laudos e prova oral. Materialidade do crime. Autoria e culpabilidade do acusado incertas. Dúvidas quanto à autoria. Princípio do *in dubio pro reo*. Índícios. Impossibilidade de condenação. Recurso provido. Absolvição.

LAUDO

169

0012941-78.2013.8.19.0209

80023 / 2019 - TJ - (AC) - Interdição proposta de genitora. Laudo médico. Retardo mental leve. Contestação do genitor. Perícia. Confirmação. Estatuto da pessoa com deficiência. Manutenção da sentença.

LIBERDADE DE IMPRENSA

193

0035263-27.2019.8.19.0001

9586 / 2020 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Programa de rádio. Policial civil. Registros de ocorrência. Ofensa e deboche do sobrenome da servidora. Ligações ao vivo para a delegacia. Citação dos dados pessoais e laboral em rede social, internet e rádio. Exercício da liberdade de imprensa abusivo. Violação da dignidade da pessoa humana.

MEACÃO

52

1670338 / 2014 - STJ - (RESP) - Embargos de Terceiros. Imóvel penhorado. CPC/73. Cônjuge meeiro. Regime da comunhão universal de bens. Bem indivisível. Dívida não contraída em benefício da família. Meação da mulher casada não responde. Limite subjetivo da coisa julgada.

MILÍCIA

70

121253 / 2019 - STJ - (HC) - Recurso em *Habeas Corpus*. Ação penal complexa. Milícia. Prática de grilagem de terra. Venda e locação de imóveis

irregulares. Excesso de prazo não configurado. Recurso desprovido.

MINISTÉRIO PÚBLICO

214

0009936-44.2017.8.19.0068

3567 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Furto e resistência. Recurso do Ministério Público. Condenação do acusado pelo crime de falsa identidade. Provisamento. Jurisprudência dos tribunais superiores. Penas reduzidas, de ofício.

MULTA

42

1132682 / 2009 - STJ - (RESP) - Administrativo. Petrobrás Transporte S/A. Derrame de petróleo. Baía da Ilha Grande. Multa. Capitania dos Portos. Município. Ação anulatória. Improcedência. Cooperação dos entes deferados. Inexistência de *bis in idem*.

149

0019375-52.2018.8.19.0001

Direito administrativo. Procon. Autarquia de proteção e defesa do consumidor. Banco. Infração. Processo administrativo. Multa. Pedido de anulação. Reclamação de consumidores. Empréstimos não realizados. Redução do valor da multa.

MUNICÍPIO

131

0013659-04.2016.8.19.0037

Ação Civil Pública. Município. Deslizamento de encostas em loteamento. Dano ambiental. CFRB/88. Omissão do poder público. Risco à comunidade. Atuação do Poder Judiciário legítima e essencial. Manutenção da sentença. Necessidade de obras de contenção.

190

0067784-77.2010.8.19.0021

11852 / 2020 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Município. Queda em coletor de águas pluviais, cuja grade de proteção estava quebrada. Criança de 10 anos. Teoria da culpa exclusiva da vítima afastada. Dever de garantir a segurança e a incolumidade de seus ad-

ministrados. Verba compensatória mantida. Majoração dos honorários.

OBRIGAÇÃO DE FAZER

166

0315827-14.2016.8.19.0001

58114 / 2019 - TJ - (AC) - Indenizatória. Obrigação de fazer. Prestação de serviços. Linha telefônica e internet inoperantes. Dano material. Parcial inversão do ônus probatório. Declaração de nulidade processual. Recurso prejudicado.

179

0042316-30.2017.8.19.0001

314 / 2020 - TJ - (-----) - Obrigação de fazer. Irmãs gêmeas. Sorteio. Colégio de Aplicação. Contemplação de uma das irmãs. Dever de matricular ambas. Indeferimento do dano moral.

PARTILHA

116

0035334-68.2015.8.19.0001

21207 / 2018 - TJ - (AC) - Partilha de bens. Contrato de convivência. Regime da separação absoluta. Inexistência de vício de consentimento e fraude na aquisição dos bens. Apelo desprovido.

123

0050748-70.2019.8.19.0000

66340 / 2019 - TJ - (AI) - Partilha de bens. União estável. Patrimônio amealhado no curso da convivência. Esforço comum. Inexistência de contrato escrito. Alienação sem o consentimento do convivente. Impossibilidade. Compensação. Direto à metade do valor da venda. Recurso desprovido.

PENA

198

0000469-61.2015.8.19.0084

13534 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Abandono de incapaz. Mãe que deixa seus três filhos sozinhos em casa para consumir bebida alcoólica em bar. Recurso defensivo pleiteando a absolvição por ausência de provas. Depoimento de testemunhas. Pena majorada corretamente. Provimento parcial do recurso. Pena redimensionada.

214

0009936-44.2017.8.19.0068

3567 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Furto e resistência. Recurso do Ministério Público. Condenação do acusado pelo crime de falsa identidade. Provimento. Jurisprudência dos tribunais superiores. Penas reduzidas, de ofício.

PENHORA

154

0057686-81.2019.8.19.0000

75317 / 2019 - TJ - (AI) - Execução. Fraude. Nova penhora. Renda de alugueis de sociedade anônima. Desnecessidade. Prosseguimento da execução. Indeferimento da segunda penhora. Recurso provido.

156

0066467-92.2019.8.19.0000

86747 / 2019 - TJ - (AI) - Execução de título extrajudicial. Penhora. Idosa. Proventos de aposentadoria. Redução. Verba de caráter alimentar. Violação do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

PETRÓLEO

42

1132682 / 2009 - STJ - (RESP) - Administrativo. Petrobrás Transporte S/A. Derrame de petróleo. Baía da Ilha Grande. Multa. Capitania dos Portos. Município. Ação anulatória. Improcedência. Cooperação dos entes deferados. Inexistência de *bis in idem*.

PLANO DE SAÚDE

185

0042766-80.2011.8.19.0001

9989 / 2020 - TJ - (AC) - Plano de saúde. Tutela provisória. Negativa de internação emergencial de recém-nascido com base em prazo de carência. Abuso contratual. Configuração de ilícito. Dano moral concedido. Recursos conhecidos e improvidos.

POLICIAL CIVIL

193

0035263-27.2019.8.19.0001

9586 / 2020 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Programa de rádio. Policial civil. Registros de ocorrência. Ofensa e deboche do sobrenome da servidora. Ligações ao vivo para a delegacia. Cita-

ção dos dados pessoais e laboral em rede social, internet e rádio. Exercício da liberdade de imprensa abusivo. Violação da dignidade da pessoa humana.

PRAZO

70

121253 / 2019 - STJ - (HC) - Recurso em Habeas Corpus. Ação penal complexa. Milícia. Prática de grilagem de terra. Venda e locação de imóveis irregulares. Excesso de prazo não configurado. Recurso desprovido.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

166

0315827-14.2016.8.19.0001

58114 / 2019 - TJ - (AC) - Indenizatória. Obrigação de fazer. Prestação de serviços. Linha telefônica e internet inoperantes. Dano material. Parcial inversão do ônus probatório. Declaração de nulidade processual. Recurso prejudicado.

PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO

221

0008609-60.2008.8.19.0042

17200 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Latrocínio e ocultação de cadáver. Laudos e prova oral. Materialidade do crime. Autoria e culpabilidade do acusado incertas. Dúvidas quanto à autoria. Princípio do in dubio pro reo. Indícios. Impossibilidade de condenação. Recurso provido. Absolvição.

PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E RAZOABILIDADE

141

0386811-28.2013.8.19.0001

4850 / 2019 - TJ - (-----) - Administrativo. Polícia Militar. Curso de formação. Investigação social. Eliminação de candidato. Envolvimento em crime de lesão corporal. Não comprovação. Princípios da legalidade, impessoalidade e razoabilidade. Sentença parcialmente reformada.

PRISÃO

66

492360 / 2019 - STJ - (HC) - Prisão preventiva. Roubo majorado. Extorsão mediante sequestro.

Concurso majorado. Concurso formal impróprio. Gravidade do delito. Ordem pública. *Writ* denegado.

PROCON

149

0019375-52.2018.8.19.0001

Direito administrativo. Procon. Autarquia de proteção e defesa do consumidor. Banco. Infração. Processo administrativo. Multa. Pedido de anulação. Reclamação de consumidores. Empréstimos não realizados. Redução do valor da multa.

PROVA

234

0200674-64.2015.8.19.0001

799 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Receptação. Corrupção ativa. Provas robustas. Materialidade e autoria. Depoimentos de policiais. Recurso provido parcialmente. Pena redimensionada. Fixação de regime mais brando.

RECEPTAÇÃO

234

0200674-64.2015.8.19.0001

799 / 2020 - TJ - (ACRIM) - Receptação. Corrupção ativa. Provas robustas. Materialidade e autoria. Depoimentos de policiais. Recurso provido parcialmente. Pena redimensionada. Fixação de regime mais brando.

REGIME DE BENS

106

0431354-82.2014.8.19.0001

6474 / 2018 - TJ - (AC) - Contrato de convivência. União estável. Regime da comunhão parcial de bens. Alteração. Rol de imóveis declarados incomunicáveis. Assinatura consciente. Vício de consentimento afastado. Recurso não provido.

116

0035334-68.2015.8.19.0001

21207 / 2018 - TJ - (AC) - Partilha de bens. Contrato de convivência. Regime da separação absoluta. Inexistência de vício de consentimento e fraude na aquisição dos bens. Apelo desprovido.

121

0010582-02.2012.8.19.0045

64386 / 2019 - TJ - (AC) - Partilha de bens. União estável. Bem adquirido na constância da união. Contrato de convivência. Inexistência. Regime da comunhão parcial de bens. Art. 1.725 do Código Civil. Correção dos honorários. Recurso desprovido.

REINCIDÊNCIA

202

0202803-37.2018.8.19.0001

14232 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Ameaça, furto e desacato. Materialidade e autoria comprovadas. Tipicidade da conduta. Aplicação do princípio da insignificância. Não cabimento. Tese de crime único. Não acolhimento. Tese de crime impossível afastada. Reincidência. Recurso improvido.

RESPONSABILIDADE CIVIL

193

0035263-27.2019.8.19.0001

9586 / 2020 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Programa de rádio. Policial civil. Registros de ocorrência. Ofensa e deboche do sobrenome da servidora. Ligações ao vivo para a delegacia. Citação dos dados pessoais e laboral em rede social, internet e rádio. Exercício da liberdade de imprensa abusivo. Violação da dignidade da pessoa humana.

190

0067784-77.2010.8.19.0021

11852 / 2020 - TJ - (AC) - Responsabilidade Civil. Município. Queda em coletor de águas pluviais, cuja grade de proteção estava quebrada. Criança de 10 anos. Teoria da culpa exclusiva da vítima afastada. Dever de garantir a segurança e a incolumidade de seus administrados. Verba compensatória mantida. Majoração dos honorários.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA

145

0026751-90.2017.8.19.0206

93094 / 2019 - TJ - (AC) - Indenizatória. Idosa. Benefício previdenciário. Saques bancários indevidos. CDC. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco do empreendimento. Súmula 297 do STJ.

ROUBO

66

492360 / 2019 - STJ - (HC) - Prisão preventiva. Roubo majorado. Extorsão mediante sequestro. Concurso majorado. Concurso formal impróprio. Gravidade do delito. Ordem pública. *Writ* denegado.

SEGURANÇA PÚBLICA

210

0003970-57.2016.8.19.0029

17628 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Arma de fogo. Lei nº 10.826/2003. Dolo genérico exigido. Crime de perigo abstrato e mera conduta. Portar arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Afronta à segurança pública. Súmula nº 231 do STJ. Apelo desprovido.

SERVIDOR PÚBLICO

152

0001119-62.2014.8.19.0046

61959 / 2018 - TJ - (AC) - Administrativo. Servidor Público. Contrato temporário. Direitos sociais garantidos. Décimo terceiro proporcional. Férias proporcionais. Irrelevância de previsão em norma municipal. Aplicação da norma constitucional.

TELEFONE E INTERNET

166

0315827-14.2016.8.19.0001

58114 / 2019 - TJ - (AC) - Indenizatória. Obrigação de fazer. Prestação de serviços. Linha telefônica e internet inoperantes. Dano material. Parcial inversão do ônus probatório. Declaração de nulidade processual. Recurso prejudicado.

TENTATIVA

217

0280236-20.2018.8.19.0001

19054 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Furto em supermercado, mediante fraude. Colaboração da operadora de caixa do estabelecimento. Concurso de agentes. Cliente que embala todos os produtos e pagou somente por parte deles. Tentativa.

A vigilância não torna a subtração impossível. Sentença cassada. Prosseguimento do feito.

TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO

145

0026751-90.2017.8.19.0206

93094 / 2019 - TJ - (AC) - Indenizatória. Idosa. Benefício previdenciário. Saques bancários indevidos. Ausência de senha pessoal. CDC. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco do empreendimento. Súmula 297 do STJ.

TESTEMUNHA

198

0000469-61.2015.8.19.0084

13534 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Abandono de incapaz. Mãe que deixa seus três filhos sozinhos em cas para consumir bebida alcoólica em bar. Recurso defensivo pleiteando a absolvição por ausência de provas. Depoimento de testemunhas. Pena majorada corretamente. Provimento parcial do recurso. Pena redimensionada.

TIPICIDADE

202

0202803-37.2018.8.19.0001

14232 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Ameaça, furto e desacato. Materialidade e autoria comprovadas. Tipicidade da conduta. Aplicação do princípio da insignificância. Não cabimento. Tese de crime único. Não acolhimento. Tese de crime impossível afastada. Reincidência. Recurso improvido.

UNIÃO ESTÁVEL

104

0406861-41.2014.8.19.0001

15920 / 2018 - TJ - (AC) - Contrato de convivência. União estável. Efeitos futuros. Entendimento do STJ. Indenização. Transferência de cotas. Participação da companheira. Impossibilidade. Negócio realizado antes do contrato lavrado. Recurso desprovido.

121

0010582-02.2012.8.19.0045

64386 / 2019 - TJ - (AC) - Partilha de bens. União estável. Bem adquirido na constância da união.

Contrato de convivência. Inexistência. Regime da comunhão parcial de bens. Art. 1.725 do Código Civil. Correção dos honorários. Recurso desprovido.

123

0050748-70.2019.8.19.0000

66340 / 2019 - TJ - (AI) - Partilha de bens. União estável. Patrimônio amealhado no curso da convivência. Esforço comum. Inexistência de contrato escrito. Alienação sem o consentimento do convivente. Impossibilidade. Compensação. Direito à metade do valor da venda. Recurso desprovido.

USO DE DOCUMENTO FALSO

244

0018749-97.2013.8.19.0004

13342 / 2019 - TJ - (ACRIM) - Uso de documento público falso. Blitz da polícia militar. Alegação de desconhecimento do fato. Art. 304 do CP. Indispensável que o agente conheça a falsidade do documento. Fato não provado. Erro de tipo. Recurso provido.

USUFRUATUÁRIA

175

0063213-19.2016.8.19.0000

4525 / 2016 - TJ - (MS) - Mandado de Segurança. ITCMD. Fato gerador de transmissão inter vivos. Falecimento da usufrutuária. Transmissão da propriedade. Doação. Direito real. Concessão da segurança.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MIN. HERMAN BENJAMIN

42

(1132682/2009) - STJ
RECURSO ESPECIAL - CÍVEL

MIN. LAURITA VAZ

66

(492360/2019) - STJ
HABEAS CORPUS

MIN. MOURA RIBEIRO

61

(1844647/2019) - STJ
RECURSO ESPECIAL - CÍVEL

MIN. REYNALDO SOARES DA FONSECA

70

(121253/2019) - STJ
HABEAS CORPUS

MIN. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

52

(1670338/2014) - STJ
RECURSO ESPECIAL - CÍVELTRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO

DES. ANTONIO CARLOS NASCIMENTO AMADO

198

0000469-61.2015.8.19.0084
(13534/2019) - TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. ANTONIO EDUARDO FERREIRA DUARTE

202

0202803-37.2018.8.19.0001
(14232/2019) - TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. ANTONIO ILOIZIO BARROS BASTOS

185

0042766-80.2011.8.19.0001
(9989/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. BENEDICTO ULTRA ABICAIR

160

0039202-61.2009.8.19.0002
(79815/2019) - TJ

APELAÇÃO CÍVEL

DES. CAIRO ITALO FRANÇA DAVID

244

0018749-97.2013.8.19.0004
(13342/2019) - TJ
APELAÇÃO CRIMINALDES^a. DANIELA BRANDAO FERREIRA

179

0042316-30.2017.8.19.0001
(314/2020) - TJ
REEXAME NECESSÁRIO - CRIMINALDES^a. DENISE LEVY TREDLER

175

0063213-19.2016.8.19.0000
(4525/2016) - TJ
MANDADO DE SEGURANÇADES^a. DENISE NICOLL SIMOES

169

0012941-78.2013.8.19.0209
(80023/2019) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS

106

0431354-82.2014.8.19.0001
(6474/2018) - TJ
APELAÇÃO CÍVELDES^a. FLAVIA ROMANO DE REZENDE

104

0406861-41.2014.8.19.0001
(15920/2018) - TJ
APELAÇÃO CÍVELDES. FLAVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA
FERNANDES

210

0003970-57.2016.8.19.0029
(17628/2019) - TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES

141

0386811-28.2013.8.19.0001
(4850/2019) - TJ
REEXAME NECESSÁRIO - CRIMINAL

DES. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA**154**

0057686-81.2019.8.19.0000
(75317/2019) - TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. HORACIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO**152**

0001119-62.2014.8.19.0046
(61959/2018) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. JESSE TORRES PEREIRA JUNIOR**190**

0067784-77.2010.8.19.0021
(11852/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES^a. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT**221**

0008609-60.2008.8.19.0042
(17200/2019) - TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. LÚCIA REGINA ESTEVES MAGALHÃES**149**

0019375-52.2018.8.19.0001
APELAÇÃO

DES. LUIZ NORONHA DANTAS**219**

0023150-44.2019.8.19.0000
(10094/2019) - TJ
HABEAS CORPUS

DES^a. MARCIA FERREIRA ALVARENGA**193**

0035263-27.2019.8.19.0001
(9586/2020) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES^a. MONICA MARIA COSTA DI PIERO**123**

0050748-70.2019.8.19.0000
(66340/2019) - TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

145

0026751-90.2017.8.19.0206
(93094/2019) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. PAULO SERGIO PRESTES DOS SANTOS**116**

0035334-68.2015.8.19.0001
(21207/2018) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. RENATA MACHADO COTTA**131**

0013659-04.2016.8.19.0037
APELAÇÃO

DES. RICARDO COUTO DE CASTRO**166**

0315827-14.2016.8.19.0001
(58114/2019) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES^a. ROSA HELENA PENNA MACEDO GUITA**217**

0280236-20.2018.8.19.0001
(19054/2018) - TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. SIDNEY ROSA DA SILVA**234**

0200674-64.2015.8.19.0001
(799/2020) - TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. SIRLEY ABREU BIONDI**156**

0066467-92.2019.8.19.0000
(86747/2019) - TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. SUELY LOPES MAGALHAES**214**

0009936-44.2017.8.19.0068
(3567/2020) - TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES**121**

0010582-02.2012.8.19.0045
(64386/2019) - TJ
APELAÇÃO CÍVEL

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

42

(1132682/2009) STJ (RESP)

0049102-11.2008.8.19.0000

Min. HERMAN BENJAMIN

52

(1670338/2014) - STJ (RESP)

Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

70

(121253/2019) - STJ (HC)

0028329-56.2019.8.19.0000

Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA

66

(492360/2019) - STJ (HC)

Min. LAURITA VAZ

61

(1844647/2019) - STJ (RESP)

Min. MOURA RIBEIRO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO

131

0013659-04.2016.8.19.0037REL. DES^a. RENATA MACHADO COTTA

149

0019375-52.2018.8.19.0001REL. DES^a. LÚCIA REGINA ESTEVES MAGALHÃES

175

(4525/2016) - TJ (MS)

0063213-19.2016.8.19.0000REL. DES^a. DENISE LEVY TREDLER

106

(6474/2018) - TJ (AC)

0431354-82.2014.8.19.0001

REL. DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS

104

(15920/2018) - TJ (AC)

0406861-41.2014.8.19.0001REL. DES^a. FLAVIA ROMANO DE REZENDE

116

(21207/2018) - TJ (AC)

0035334-68.2015.8.19.0001

REL. DES. PAULO SERGIO PRESTES DOS SANTOS

152

(61959/2018) - TJ (AC)

0001119-62.2014.8.19.0046

REL. DES. HORACIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO

141

(4850/2019) - TJ (-----)

0386811-28.2013.8.19.0001

REL. DES. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES

219

(10094/2019) - TJ (HC)

0023150-44.2019.8.19.0000

REL. DES. LUIZ NORONHA DANTAS

244

(13342/2019) - TJ (ACRIM)

0018749-97.2013.8.19.0004

REL. DES. CAIRO ITALO FRANÇA DAVID

198

(13534/2019) - TJ (ACRIM)

0000469-61.2015.8.19.0084

REL. DES. ANTONIO CARLOS NASCIMENTO AMADO

202

(14232/2019) - TJ (ACRIM)

0202803-37.2018.8.19.0001

REL. DES. ANTONIO EDUARDO FERREIRA DUARTE

221

(17200/2019) - TJ (ACRIM)

0008609-60.2008.8.19.0042REL. DES^a. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT

210**(17628/2019) - TJ (ACRIM)****0003970-57.2016.8.19.0029**

REL. DES. FLAVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES

217**(19054/2019) - TJ (ACRIM)****0280236-20.2018.8.19.0001**REL. DES^a. ROSA HELENA PENNA MACEDO GUITA**166****(58114/2019) - TJ (AC)****0315827-14.2016.8.19.0001**

REL. DES. RICARDO COUTO DE CASTRO

121**(64386/2019) - TJ (AC)****0010582-02.2012.8.19.0045**REL. DES^a. TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES**123****(66340/2019) - TJ (AI)****0050748-70.2019.8.19.0000**REL. DES^a. MONICA MARIA COSTA DI PIERO**154****(75317/2019) - TJ (AI)****0057686-81.2019.8.19.0000**

REL. DES. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA

160**(79815/2019) - TJ (AC)****0039202-61.2009.8.19.0002**

REL. DES. BENEDICTO ULTRA ABICAIR

169**(80023/2019) - TJ (AC)****0012941-78.2013.8.19.0209**REL. DES^a. DENISE NICOLL SIMOES**156****(86747/2019) - TJ (AI)****0066467-92.2019.8.19.0000**REL. DES^a. SIRLEY ABREU BIONDI**145****(93094/2019) - TJ (AC)****0026751-90.2017.8.19.0206**REL. DES^a. MONICA MARIA COSTA DI PIERO**179****(314/2020) - TJ (-----)****0042316-30.2017.8.19.0001**REL. DES^a. DANIELA BRANDAO FERREIRA**234****(799/2020) - TJ (ACRIM)****0200674-64.2015.8.19.0001**

REL. DES. SIDNEY ROSA DA SILVA

214**(3567/2020) - TJ (ACRIM)****0009936-44.2017.8.19.0068**REL. DES^a. SUELY LOPES MAGALHAES**193****(9586/2020) - TJ (AC)****0035263-27.2019.8.19.0001**REL. DES^a. MARCIA FERREIRA ALVARENGA**185****(9989/2020) - TJ (AC)****0042766-80.2011.8.19.0001**

REL. DES. ANTONIO ILOIZIO BARROS BASTOS

190**(11852/2020) - TJ (AC)****0067784-77.2010.8.19.0021**

REL. DES. JESSE TORRES PEREIRA JUNIOR

263ÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ASSUNTOÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR RELATORÍNDICE DE ACÓRDÃOS
POR ORDEM NUMÉRICA**SUMÁRIO**

REVISTA DE **DIREITO**



PODER JUDICIÁRIO
SERVIÇO DE FÓRUM DE JUIZES

Editora Espaço Jurídico
Av. Presidente Antônio Carlos, 615/Sala 305
Centro - Tel.: (21)2262-6612