



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

DIREITO EM MOVIMENTO

SISTEMA DAS TURMAS RECURSAIS

CÍVEL ♦ CRIMINAL ♦ FAZENDA PÚBLICA

Volume 17

1º semestre/2013



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

DIREITO EM MOVIMENTO

SISTEMA DAS TURMAS RECURSAIS

CÍVEL ♦ CRIMINAL ♦ FAZENDA PÚBLICA

v. 17 - 1º semestre/2013

Rio de Janeiro

© 2013 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

DIREITO EM MOVIMENTO é uma revista com dupla finalidade: é uma ferramenta de trabalho útil e objetiva para os magistrados em atuação nas Turmas Recursais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro e, ao mesmo tempo, um veículo de divulgação nacional do importante trabalho por eles realizado, ampliada agora por sua versão on-line. Seu conteúdo consiste numa coletânea de votos relevantes prolatados pelas Turmas Recursais e artigos doutrinários.

Equipe Organizadora:

Desembargadora: Cristina Tereza Gaulia.

Juiz de Direito: Alexandre Chini Neto.

Equipe Administrativa - EMERJ:

Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES: Elina Bussade dos Santos.

Execução Administrativa e Pesquisa: Marcella Augusta Costa da Costa.

Produção Gráfico-Editorial:

Diretor da Divisão de Publicações: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP).

Programação Visual: Jaqueline Diniz.

Revisão Ortográfica: Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silvaes.

Diretor da Divisão de Artes Gráficas TJRJ: Carlos Henrique de Melo e Silva.

Direito em movimento, v. 1, 2003- . Rio de Janeiro: EMERJ, 2003- .

Semestral

ISSN 2179-8176 (versão impressa)

ISSN 2236-711X (versão em CD-ROM)

ISSN 2238-7110 (versão on-line)

1. Juizado Especial Cível, Jurisprudência. 2. Juizado Especial Criminal, Jurisprudência. 3. Juizado Especial da Fazenda Pública, Jurisprudência. 4. Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Jurisprudência. I. RIO DE JANEIRO (estado). Tribunal de Justiça. Escola da Magistratura.

CDD 341.419905

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20.010-090

Telefones: (21) 3133-1867 / 3133-3671

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjcep@tjrj.jus.br



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

Presidente

Desembargadora Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

Corregedor-Geral

Desembargador Valmir de Oliveira Silva

1º Vice-Presidente

Desembargador Nascimento Antonio Póvoas Vaz

2º Vice-Presidente

Desembargador Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz

3º Vice-Presidente

Desembargadora Nilza Bitar



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Diretor-Geral

Desembargador Sérgio de Souza Verani

Conselho Consultivo e Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Desembargador Nildson Araújo da Cruz

Desembargador Nagib Slaibi Filho

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebelo Casara

Juiz de Direito Alexandre Corrêa Leite

Juiz de Direito André Luiz Nicolitt

Presidente da Comissão Acadêmica

Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Coordenador de Estágio da EMERJ

Desembargador Nagib Slaibi Filho



EMERJ

COMISSÃO DO PROJETO “DIREITO EM MOVIMENTO” NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

Presidente da Comissão da Revista Série “Direito em Movimento”

Desembargador Antônio Saldanha Pinheiro

Juiz de Direito Joaquim Domingos de Almeida Neto

Juiz de Direito Alexandre Chini Neto

Juiz de Direito Eduardo Antônio Klausner

Juíza de Direito Eduarda Monteiro de Castro Souza Campos

Juiz de Direito Fábio Ribeiro Porto

Juiz de Direito Flávio Citro Vieira de Mello

Juiz de Direito Renato Lima Charnaux Sertã

COMISSÃO ESTADUAL DE JUIZADOS ESPECIAIS - COJES

Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira - **Presidente da Comissão**

Juiz de Direito Alexandre Chini Neto - **Coordenador das Turmas Recursais**

Juíza de Direito Valéria Pachá Bichara - **Auxiliar à Presidência**

Juiz de Direito Paulo Roberto Sampaio Jangutta - **Auxiliar à Corregedoria-Geral da Justiça**

Juiz de Direito Arthur Narciso de Oliveira Neto

Juiz de Direito Flávio Citro Vieira de Mello

Juiz de Direito Luiz Eduardo Castro Neves

Juiz de Direito José de Arimatéia Beserra Macedo

Juíza de Direito Isabela Lobão dos Santos



EMERJ

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS RECURSAIS CÍVEIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Juiz de Direito Alexandre Chini Neto
Coordenador

1ª TURMA
Juiz de Direito André Luiz Cidra <i>Presidente</i>
Juiz de Direito Paulo Mello Feijó
Juiz de Direito Marcello Rubioli
Juiz de Direito Antônio Aurélio Abi-Ramia Duarte

2ª TURMA
Juiz de Direito Ricardo Alberto Pereira <i>Presidente</i>
Juíza de Direito Márcia Maciel Quaresma
Juiz de Direito José de Arimateia Beserra Macedo
Juíza de Direito Fernanda Galliza do Amaral

3ª TURMA
Juiz de Direito Alexandre Chini Neto <i>Presidente</i>
Juíza de Direito Adriana Sucena Monteiro Jara Moura
Juíza de Direito Márcia Correia Hollanda
Juíza de Direito Paloma Rocha Douat Pessanha

4ª TURMA
Juíza de Direito Eduarda Monteiro de Castro Campos <i>Presidente</i>
Juiz de Direito Flávio Citro Vieira de Mello
Juiz de Direito João Luiz Ferraz de Oliveira Lima
Juíza de Direito Vanessa De Oliveira Cavalieri Felix

5ª TURMA
Juiz de Direito Ricardo de Andrade Oliveira <i>Presidente</i>
Juíza de Direito Karenina David Campos de Souza e Silva
Juíza de Direito Tula Correa de Mello Barbosa
Juiz de Direito Aylton Cardoso Vasconcellos

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS RECURSAIS CRIMINAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

1ª TURMA
Juíza de Direito Sandra Santarem Cardinali
Juíza de Direito Leila Santos Lopes
Juiz de Direito Fábio Uchoa Pinto de Miranda Montenegro

2ª TURMA
Juiz de Direito Arthur Narciso de Oliveira Neto
Juiz de Direito Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira
Juíza de Direito Cintia Santarem Cardinali
Juiz de Direito Murilo André Kieling Cardona Pereira
Juíza de Direito Cláudia Márcia Gonçalves Vidal

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS RECURSAIS DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

1ª TURMA
Juiz de Direito Luiz Henrique Oliveira Marques
Juiz de Direito Luiz Fernando de Andrade Pinto
Juíza de Direito Daniella Alvarez Prado
Juiz de Direito João Felipe Nunes Ferreira Mourão



EMERJ

Sumário

APRESENTAÇÃO.....	13
<i>Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira</i>	
INTRODUÇÃO	15
<i>Juiz de Direito Alexandre Chini Neto</i>	
ARTIGOS	17
Colaboradores desta Edição	19
TURMAS RECURSAIS CÍVEIS.....	119
Colaboradores desta Edição	121
Ementas	123
Votos.....	131
TURMAS RECURSAIS CRIMINAIS.....	263
Colaboradores desta Edição	265
Ementas	267
Votos.....	275
TURMAS RECURSAIS DA FAZENDA PÚBLICA	367
Colaboradores desta Edição	369
Ementas	371
Votos.....	375



EMERJ

Apresentação

No início dos anos 80, juízes que buscavam resgatar a confiança da população na atuação do Poder Judiciário passaram a adotar práticas, então inovadoras, realizando audiências após o encerramento do expediente forense, com o objetivo de solucionar mais rapidamente litígios de pequeno valor econômico.

Àquela época, estava sendo desenvolvido pelo Governo Federal, um programa visando à desburocratização do serviço público, e o Poder Judiciário foi inserido nessa agenda, o que ensejou a criação dos Juizados de Pequenas Causas, em 1984.

Alguns anos mais tarde, em 1988, as então chamadas “pequenas causas” mereceram proteção constitucional, o que viria definitivamente a garantir ao cidadão a criação de juízos especializados para o julgamento de causas cíveis de menor complexidade e de infrações penais de menor potencial ofensivo e para tanto, deveria ser observado um procedimento oral e sumaríssimo.

E o que se viu, foi que aquele movimento inicial de juízes preocupados com o descrédito do jurisdicionado desencadeou a criação de um rito diferenciado, simples, informal, econômico, e que acabou por desmistificar a distância que supostamente separava o cidadão do Poder Judiciário.

Passadas três décadas da edição da primeira legislação voltada para as pequenas causas, verificou-se que as demandas que então nem chegavam ao conhecimento do Poder Judiciário, com a facilitação de ingresso em juízo e a maior conscientização de direitos de cidadania, se multiplicaram de tal forma que representam hoje mais de 50 % (cinquenta por cento) das ações em curso no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Se no início dos anos 80, o desafio era o de resgatar a confiança no Poder Judiciário, o desafio deste início do século XXI é o de não frustrar as expectativas do cidadão quanto a um sistema processual que, além de econômico, foi idealizado para assegurar-lhe a prestação jurisdicional célere e efetiva.

No entanto, como respeitar o princípio da celeridade (Lei 9.099/95) e a garantia constitucional da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República), com o ingresso mensal de mais de mil e quinhentas novas ações judiciais num único Juizado Especial Cível?

A primeira resposta por certo será: é impossível. Ocorre que impossível é aquilo que não se tentou, e, inegavelmente, com os Juizados Especiais, surgiu um sistema processual que demandava um novo magistrado, apoiado na informalidade, na oralidade, na economia processual, na celeridade e na busca incessante da conciliação como um mecanismo de pacificação da sociedade.

Este é o desafio que se põe nesse sempre novo tempo na Justiça chamado Juizado Especial: vencer o aumento das demandas, sem que se percam as conquistas de um procedimento que se mostrou revolucionário no âmbito do direito processual, e que vem exercendo uma função transformadora no exercício de direitos e garantias fundamentais.

DESEMBARGADORA ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA

PRESIDENTE DA COMISSÃO ESTADUAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS - COJES

Introdução

A quantidade de processos que chega à apreciação das Turmas Recursais do nosso Estado é fonte de nossa constante preocupação: hoje, são mais de 26.702 processos distribuídos, conforme relatório do Conselho Recursal (em 01.04.13). Assim, assegurar a celeridade, a qualidade técnica das decisões e a segurança do procedimento é o desafio.

Com efeito, não podemos abrir mão das conquistas alcançadas, tendo sempre em mente que o gerenciamento de um sistema que envolve cerca de 53% de toda a demanda do Estado deve permanentemente buscar o seu aprimoramento. Esse desafio gerencial tem de ser enfrentado com investimentos em equipamentos, materiais, procedimentos, conhecimento (treinamento contínuo das pessoas envolvidas) e com a adoção de métodos científicos que imponham um conceito de controle de qualidade e padronização em todas as etapas administrativas que compõem os Juizados.

Assim, dentro dessa busca definitiva pela efetividade, eficácia e eficiência na prestação dos serviços, o processo eletrônico surge como uma alternativa mais rápida e segura.

Hoje, a logística envolvida em todo o procedimento é muito pesada e depende de número excessivo de pessoas. A operação engloba o empacotamento e transporte dos processos, o armazenamento, a conferência e o controle do recebimento, a distribuição, o julgamento, o lançamento dos votos e súmulas, a publicação, a certificação do trânsito em julgado e, por fim, a baixa, sem contar os eventuais embargos, mandados de segurança, agravos regimentais e recursos extraordinários que surgem nesse caminho.

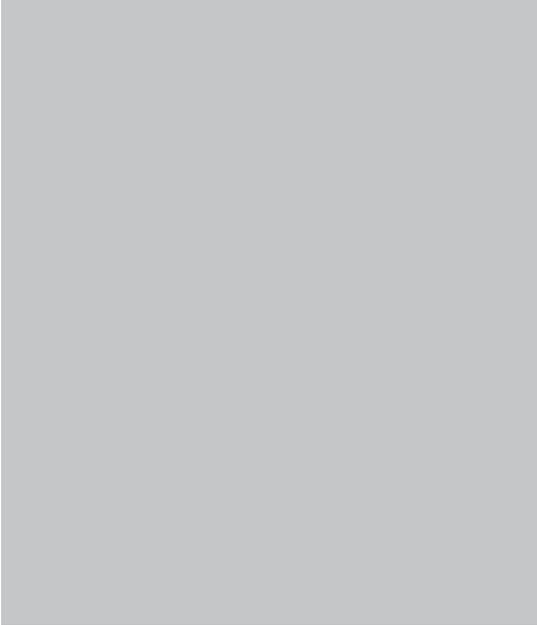
Um novo modelo de gestão que contextualize o fluxograma de trabalho, readequando procedimentos, com uma mudança de paradigma, faz-se necessário. É exatamente isso que a implantação do processo eletrônico nos Juizados Cíveis e Turmas Recursais pretende, contribuindo de forma decisiva para a sobrevivência do próprio sistema.

Enquanto aguardamos essa implantação do processo eletrônico, surge o 17º volume da Revista Direito em Movimento, publicação semestral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, que visa a divulgar a dinâmica dos julgamentos realizados pelos magistrados integrantes das Turmas Recursais, bem como dos trabalhos de conteúdo doutrinário elaborados, que abordam temas diversos ligados à estrutura do referido Colegiado e questões outras relacionadas ao aprimoramento da prestação jurisdicional.

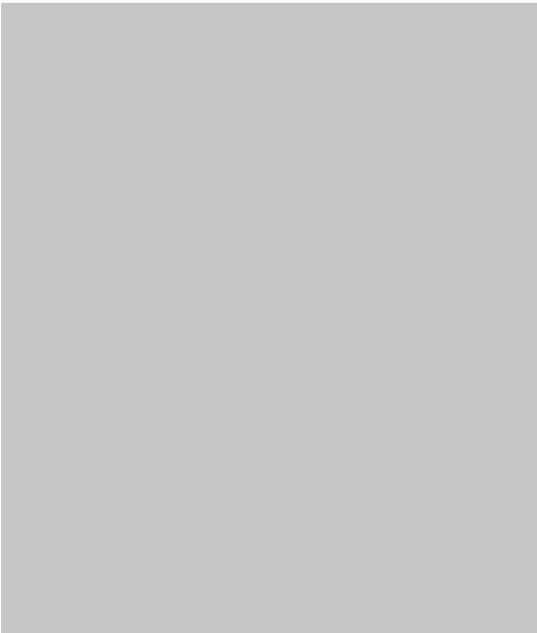
Esta edição, portanto, de extrema utilidade para os aplicadores da lei, advogados, estudantes, juízes leigos e magistrados, destaca-se, pois, não apenas pela exposição didática e objetiva de cada matéria analisada nos textos doutrinários, mas também pela análise empreendida a partir dos valiosos julgados encaminhados pelos colegas, integrantes das Turmas Recursais, que, de pronto, se vincularam ao presente projeto, razão pela qual lhes dirijo meu sincero agradecimento.

ALEXANDRE CHINI

*JUIZ DE DIREITO COORDENADOR DAS TURMAS
RECURSAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO*



◆ ARTIGOS ◆





Colaboradores desta Edição

A ARGUMENTAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL. 21

JUIZ DE DIREITO ALEXANDRE CHINI

Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro

MARCELO MORAES CAETANO

Professor de Língua Portuguesa da UERJ e do IBMR/Laureate International Universities

A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO E A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTOS CONTRADITÓRIOS..... 52

JUIZ DE DIREITO CARLOS EDUARDO IGLESIAS DINIZ

Pós-Graduado em Direito Civil-Constitucional pela UERJ

A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA PREVALÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL NAS CAUSAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS –INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DO INCISO I, DO ARTIGO 2º., E DO ARTIGO 6º., AMBOS DA RESOLUÇÃO N°. 12/2009, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 66

JUIZ DE DIREITO AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro, Membro Efetivo da 5ª. Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Ex-Procurador da Fazenda Nacional

AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO + CONCILIADORES – UMA DIFÍCIL EQUAÇÃO. 85

JUÍZA DE DIREITO MÁRCIA MACIEL QUARESMA

Juíza Titular do X JEC

O PRINCÍPIO DA ORALIDADE COMO FOMENTADOR DA EFETIVIDADE PRO-
CESSUAL 91

JUIZ DE DIREITO ANTONIO AURÉLIO ABI-RAMIA DUARTE

*Juiz de Direito da 1º Turma Recursal Cível TJERJ; Expositor/ Instrutor EMERJ/
ESAJ; Mestrando em Processo UERJ*

MARINA SILVA FONSECA

*Bacharel em Direito UERJ; Servidora da Defensoria Pública do Estado do Rio
de Janeiro*

A ARGUMENTAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL

ALEXANDRE CHINI

JUIZ DE DIREITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARCELO MORAES CAETANO

PROFESSOR DE LÍNGUA PORTUGUESA DA UERJ E DO
IBMR/LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES

Introdução. 1. Demonstração e argumentação: 1.1 Modus ponens 1.2 Modus tollens 1.3 As duas falácias clássicas: 1.3.1 Afirmção do conseqüente 1.3.2 Negação do antecedente 2. O orador e seu auditório 3. Retórica clássica e teoria da argumentação 3.1. A argumentação no Processo Penal 4. A petição de princípio e a adesão do auditório 5. Os fatos, as verdades e as presunções 6. Os valores, as hierarquias e os lugares do preferível 7. Os acordos próprios de certos auditórios 8. Escolha, presença e apresentação 9. Dado e interpretação 10. As técnicas argumentativas 11. Os argumentos quase lógicos 12. Argumentos fundados sobre a estrutura do real 13. Argumentos que fundam a estrutura do real 14. A dissociação das noções 15. A organização dos argumentos no discurso 16. Considerações finais

INTRODUÇÃO

Este artigo parte da sinopse ou resenha crítica do texto “Argumentação”, a que acrescentamos, entretanto, criteriosa gama de textos atinentes ao mesmo tema colacionados de bibliografias outras de semelhante escol. Usamo-lo, preponderantemente, no que tange à exemplar divisão didática empreendida por Perelman no texto citado.

1 PERELMAN, Chaïm. *Enciclopédia Einaudi*, Volume 11. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1987, pp. 234-265.

O autor, que pesquisa profundamente a chamada “Nova Retórica”, baseada sobretudo nos livros *Ética*, *Política*, *Poética* e *Retórica*, de Aristóteles, cria um profícuo guia, pedagogicamente dividido, das principais forças que atuam na faculdade humana de convencer e/ou persuadir². Usamos o texto citado, pois, sobretudo no que diz respeito à estrutura didática da questão da argumentação e da lógica³, o que se dará, adiante, em subtítulos sempre que possível fidedignos à obra original, como homenagem à divisão esboçada que Perelman empreendeu.

Como parte de estudo de caso mais concreto ou empírico, aduzimos análise sobre o específico da argumentação no decurso do processo penal, e os meios de que o magistrado pode lançar mão para o seu deslinde (parte 3.1, *infra*).

Asseveramos, munidos por pesquisas a que nos lançamos, que a teoria da argumentação se desenvolveu na retórica antiga, que engloba a Antiguidade Clássica Greco-Romana e a Idade Média, e obteve revigorado alcance no Renascimento e, posteriormente, no Iluminismo, ganhando ainda mais fôlego nas filosofias dos séculos XX e XXI, “cujos efeitos se revelam especialmente relevantes na renovação do estudo do raciocínio jurídico e filosófico” (PERELMAN, 1987, p. 264). Desse modo, um capítulo que se ocupe dos meandros da técnica argumentativa precisa apresentar distinções e pressupostos, oriundos, há longa data, de preeminentes pensadores de variados campos do saber humano, com que o leitor discirna postulados básicos para a detecção de mentiras e/ou falácias.

Dada a constatação da vasta existência histórica e antropológica do assunto, portanto, perquirimos, para além da obra de Perelman, que nos serviu, antes do mais, como guia, outras referências bibliográficas, como, em tempo, ficou dito: contribuímos com exemplos retirados de outros textos, inclusive legislativos ou doutrinários. Isto, a fim de indicarmos, de modo sinóptico e sucinto, a importantíssima tarefa de persuadir e con-

2 Mostraremos a distinção entre o convencimento e a persuasão.

3 Mostraremos, outrossim, a distinção existente entre argumentação (ou retórica) e lógica (ou demonstração).

vencer, com uso de argumentos válidos, retórica adequada a situações e contextos diversos (sobretudo o jurídico), noções preliminares de oratória e de organização do raciocínio, diferença entre o pensamento lógico e o pensamento analítico, ou entre a lógica e a argumentação, a verdade e a verossimilhança, o que pode ser demonstrado e o que deve ser construído sobre convicção e persuasão, os fatos e as interpretações, o quantitativo e o qualitativo no raciocínio, a detecção do conjunto mais frequente de falácias a que se pretende (com intenção ou sem ela) submeter o interlocutor, e, finalmente, como esses vetores devem ser calculados e articulados de modo a atingirem o receptor de forma eficaz.

Preocupamo-nos, outrossim, com a exposição dos principais métodos de chegar-se à conclusão de uma ideia, procurando-se levar o receptor à aceitação da sua verossimilhança: o método indutivo e o dedutivo. Além deles, esboçamos questões sobre a dialética e a controvérsia, bem como conceitos relativos à contradição e, por fim, à possibilidade de aplicação desses princípios todos à interpretação e produção de textos (orais e escritos).

Na verdade, há poucos livros editados sobre tão importante tema. Mesmo fora do Brasil, no ambiente universitário e acadêmico, em que a necessidade de desenvolvimento crítico, tanto lógico como retórico, é condição *sine qua non* para o desenvolvimento intelectual do nascituro cientista, a produção bibliográfica sobre o assunto é pequena e, em geral, muito prolixa e voltada aos cursos de Filosofia e Lógica Matemática. Não há a necessária profusão de obras que sejam a um só tempo didáticas, completas, objetivas, atualizadas e que, sobretudo, lancem mão de conceitos claros e organizados de modo a dissertar sobre o tema em todos os campos em que ele deve estar presente, como o discurso jurídico e, no fundo, como salientamos, o discurso crítico-universitário de uma forma geral.

Desse modo, pretendemos desdobrar as ideias de argumentação tendo como base, repita-se, este artigo lapidar de Perelman. Fizemo-lo por considerarmos que sua compreensão é de capital importância à interpretação de textos, sobretudo os jurídicos, como vimos, pois Perelman nos fornece bases de julgamento sobre eficácia e ineficácia de argumentos.

Na obra *Eles, os juízes, vistos por um advogado*, de Piero Calamandrei (vide referências bibliográficas ao final deste artigo), por exemplo, mostra-se, de forma bastante ilustrativa, que o convencimento obtido por um magistrado não provém necessariamente da quantidade exaustiva de argumentos complexos e emaranhados, mas, em geral, exatamente do oposto disso: argumentos diretos, coerentes, conexos, irrefutáveis, que se coligam, inclusive, ao uso correto e expressivo, sem afetações, de nosso vasto vernáculo, a Língua Portuguesa.

Sobre esse quesito, cite-se a seguinte passagem:

O juiz, ao proferir a sentença, enuncia a sua convicção e procura convencer. Por isso, como lembra Pierre Mimin⁴, não enuncia senão proposições úteis, pertinentes, claramente ordenadas. Devem ser evitados a difusão, os pormenores, ociosos, a repetição de ideias, as reflexões pueris, as considerações distanciadas do debate. Enfim, no dizer do ilustre Presidente da Corte de Apelação de Angers, a sentença judiciária deve impor-se pela vigorosa concisão.

[....]

Há que lembrar que a linguagem das decisões judiciais está comprometida com a linguagem culta e representa determinado nível de cultura. Por isso, importa que o prolator da sentença escolha com cuidado as palavras e dê atenção à propriedade dos termos, respeite as regras de pontuação, evite os pleonasmos e as palavras repetidas ou redundantes, e bem assim os solecismos ou vulgarismos, que não se coadunam com esse tipo de exposição escrita. Até mesmo “as grafias errôneas, às vezes irrelevantes em si mesmas, no dizer de J. Mattoso Câmara Jr., ganham vulto e importância, porque são tomadas como índice de cultura geral de quem escreve,

⁴ *Le style des jugements*. 3. ed. Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1951, n. 97, p. 192 e ss.

mostrando nele, indiretamente, pouco manuseio de leituras e pouca sedimentação escolar”.⁵ (ARRUDA, 1997, pp. 1-23)

Ainda sobre o uso da língua portuguesa e sua invariável necessidade na interlocução entre o juiz e as partes envolvidas no processo, citamos, para não haver prolongamento excessivo, o artigo 156 de Código de Processo Civil Brasileiro, que assim se expressa:

Art. 156. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo.

Selecionamos alguns eminentes juristas de cuja doutrina se extrai o quanto queremos enfatizar com a lacônica e loquaz enunciação do artigo supracitado.

Humberto Theodoro Júnior, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Theotonio Negrão, entre outros, retrocedem à gênese do artigo do CPC ora perquirido:

Vernáculo. Em todos os atos processuais é obrigatório o uso do idioma nacional (língua portuguesa, art. 13, CRFB). Razões ligadas à soberania nacional e ao direito fundamental ao contraditório impõem essa solução (STF, Pleno, HC72.391-8/df, REL. Min. Celso de Mello, j. em 08.03.1995, p. 5.791). Assim, é vedada a citação de trechos de obras estrangeiras em peças processuais sem a respectiva tradução para o vernáculo (STJ, 1ª. Turma, Resp 780.905/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. em 11.06.2007, DJ 22.06.2007). (MARINONI & MITIDIERO, 2011, p. 196)

A regra do art. 156 do CPC vincula-se ao disposto no art. 13 da Constituição, que adota a língua portuguesa como o idioma oficial do Brasil, motivo pelo qual nenhum documento redigido em língua estrangeira será juntado aos autos senão depois

⁵ *Manual de expressão oral e escrita*, 6. ed., Petrópolis, Vozes, p. 58.

de vertido para o vernáculo (art. 157). Indicação Doutrinária: Moacyr Lobo da Costa, *Agravo no Direito Lusitano*, p. 24 – sobre a obrigatoriedade do uso do português em documentos públicos em Portugal. (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 152)

Carreira Alvim, por seu turno, encarecendo a teleologia do âmbito da discussão forense, assim se manifesta:

Comentários – Sendo o processo o campo onde se desenvolve uma atividade pública, como é a função jurisdicional, nem precisaria o art. 156 impor a obrigatoriedade do uso do vernáculo na prática de atos processuais e na lavratura de termos processuais, porque este seria utilizado. [...] Se as partes não souberem falar o português, devem ser assistidas por intérprete nomeado pelo juiz (art. 151). (CARREIRA ALVIM, 2009, pp. 23-24)

Embora enfatize a tautologia do artigo em tela ao preconizar o uso da língua portuguesa no ato público que constitui o decurso de um processo judicial, Carreira Alvim reconhece, em nota de pé de página, que o alerta contém relevância ao afirmar:

O CPC-39 não continha o preceito do art. 156, ao contrário do direito português, cujo art. 139 estabelece que “nos atos judiciais usar-se-á a língua portuguesa” e do direito italiano, cujo art. 122 prescreve que “in tutto processo è prescritto l’uso della lingua italiana” (em todo processo é obrigatório o uso da língua italiana). FADEL, Sergio Sahione. Op. cit. p. 202 (CARREIRA ALVIM. Op. cit., p. 24)

Ainda sobre o ponto, vêm à discussão os autores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

1. Uso do vernáculo. [...] Os atos e termos processuais devem ser considerados nulos ou inexistentes se tiverem sido grafados em língua diferente da nacional. Não se considera

irregular, sob esse aspecto, o documento grafado em versos, em português. Pode ser considerado como descumprimento dessa regra a grafia de peça processual com excessivos erros gramaticais e estruturais que não permitam sua compreensão lógica. (NERY JUNIOR & NERY, 2010, p. 440)

Chegar a tal conjunto de argumentos válidos e eficazes, passando por essas e outras necessárias e imprescindíveis coalizões de pensamento e estrutura, fundo e forma, tendo como veículo o laborioso uso da língua portuguesa, como este artigo se propôs mostrar, é fruto de um conhecimento teórico nítido e de exercício contínuo na aplicação dessa teoria, bem como, evidentemente, no aprimoramento perene das qualidades gramaticais e expressivas de que dispõe nosso idioma nacional.

A argumentação, como ciência e filosofia, requer teoria e prática aliadas, num caráter sistemático e preciso. É essa a tese de todos os grandes mestres de retórica e expressão perfeita de pensamentos claros, sendo a mesma tese, portanto, por que todos os tratados de retórica, desde Aristóteles até os dias atuais, propugnam.

O artigo a seguir percorre, em suma, antes do mais, a mencionada obra de Perelman, no que tange à maneira como o autor soube, com eficácia, codividir os assuntos, acrescida de inúmeras ponderações que fizemos a ela, acrescentando-lhe conteúdo – teórico e empírico – com que procuramos aprofundar tão importante tema na inesgotável arte da convivência civilizada e assente no discernimento entre a verdade e a mentira, a verossimilhança e a incoerência.

1. DEMONSTRAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO

Deve-se estabelecer a distinção – negligenciada por alguns oradores – entre a argumentação e a lógica. Para a argumentação, poder-se-ia estabelecer o campo da retórica (que será explicitado abaixo), ao passo que à lógica está adstrito o campo da Matemática, ou da Lógica Formal.

A lógica lida com DEMONSTRAÇÕES, DEDUÇÕES, PROPOSIÇÕES (IMPOSIÇÕES), VERDADES (AXIOMAS), HIPÓTESES, PREMISSAS MAIORES (ISOLADAS DE CONTEXTO: verdadeiras X falsas; refutáveis X irrefutáveis), OBJETIVIDADE, ESPECIFICIDADE (ex. Verdade Científica, na Retórica de Aristóteles, cf. p. 237).

Por sua vez, a argumentação lida com FORNECIMENTO INTERPRETAÇÕES, ARGUMENTOS, SUPOSIÇÕES, INDUÇÕES, ADESÕES, VEROSSIMILHANÇAS, TESES, CONJUNTO DE PREMISSAS (SITUADAS NO CONTEXTO), SUBJETIVIDADE, GENERALIDADE (discursos não redutíveis a cálculo, cf. Aristóteles, id. ib.).

Enquanto o lógico ou o matemático raciocinam no interior de um sistema, do qual todos os elementos foram enumerados previamente, o orador não goza de uma situação tão privilegiada: a sua argumentação alimenta-se de um *corpus* a maior parte das vezes mal definido (PERELMAN, 1987, p. 246).

Sobre o caráter indutivo próprio da argumentação: “A argumentação [...] deve conduzir à formulação de uma lei, a partir de casos particulares ou pelo menos à probabilidade de repetição de casos de natureza idêntica” (PERELMAN, 1987, p. 258).

Para Aristóteles, na verdade, a formulação da ciência é sempre, de algum modo, calcada na indução, mesmo quando parte de dados universais para dados particulares (o chamado silogismo, ou método dedutivo):

Parece, ademais, que toda ciência se possa ensinar, e que se possa aprender tudo o que recai sob a ciência. Toda doutrina, pois, vem de cognições precedentes, como dantes nos *Analíticos* havíamos dito: ou por indução, ou por silogismo. A indução é ponto de partida e vai para o universal; o silogismo, ao invés, parte dos universais. Vale dizer, são princípios de que o silogismo deriva: eles, pois, derivam da indução. (ARISTÓTELES, 2010, p. 111)

Parece-nos, aqui, pertinente aduzir algumas explicações sobre os argumentos dedutivos, que são aqueles que, de forma mais direta, promovem o liame entre a lógica formal e a retórica.

Tais espécies de argumentos, que poderiam, sem prejuízo conceitual, ser nomeados simplesmente de “deduções” ou simplesmente “silogismo”, provêm, como se disse, da lógica matemática, e, até por isso, como em breve será explicitado, dispõem de fórmulas simbólicas e icônicas providas da própria ciência matemática a fim de serem demonstrados.

Abramos espaço para a voz de Anthony Weston:

Observe este argumento.

Se não existe o fator acaso no xadrez, então o xadrez é um jogo de pura habilidade.

Não existe o fato acaso no xadrez. Portanto, o xadrez é um jogo de pura habilidade.

Vamos supor, por um momento, que as premissas desse argumento sejam verdadeiras. Em outras palavras admitamos que seja verdade que, se não existe o fator acaso no xadrez, então o xadrez é um jogo de pura habilidade – e admitamos que não existe o fator acaso no xadrez. Podemos então concluir, com absoluta segurança, que o xadrez é um jogo de pura habilidade. Não há como admitir a veracidade dessas premissas e negar sua conclusão. (WESTON, 2009, p. 53)

Há muitas formas lógicas de se extrair conhecimento por meio do pensamento dedutivo. Como a retórica e a própria linguagem fincam suas origens sobre a aurora da lógica racional humana, não seria de surpreender que permaneça precisamente aí tanto o aparato cujo cerne leva o interlocutor à produção de conhecimento verossímil e verdadeiro, como, por outro lado, seu antípoda, isto é, um conjunto de premissas que, emaranhadas de modo aparentemente coerente, induzem o receptor a erro de juízo.

Ater-nos-emos, pois, dada a enorme quantidade de métodos de produção de conhecimento de que falamos, com sua conseqüente enormidade de incursões ao equívoco, também mencionada (as falácias ou sofismas), às duas principais metodologias de caráter lógico-matemático-retórico, e, em seguida, às duas principais falácias no discurso humano que, ironicamente, são acarretadas exatamente pelas mais lacônicas e cristalinas fórmulas de apreensão da verdade: o *modus ponens* e o *modus tollens*; e as falácias daí oriundas: **a afirmação do conseqüente e a negação do antecedente.**

1.1 Modus ponens

A expressão em latim significa “modo de afirmar”. É representada em lógica formal da seguinte maneira:

- 1) Se [proposição **p**], então [proposição **q**].
- 2) [Proposição **p**].
- 3) Portanto, [proposição **q**]

Ou, em outros termos mais objetivos:

- 1) Se **p**, então **q**.
- 2) **p**.
- 3) Portanto, **q**.

Na linguagem da lógica, **p** é chamado de antecedente, e **q**, de conseqüente. Ao inverter a organização formal (por isso a lógica se chama de lógica “formal”, ocorrerão as falácias que serão apontadas nos subitens 1.3.1 e 1.3.2, abaixo.

Exemplifiquemos com:

1) **Se** para ser considerado um planeta, basta a um corpo celeste que orbite regularmente uma estrela [p], **então** a Terra deve ser um planeta [q].

2) Para ser considerado um planeta, basta a um corpo celeste que orbite regularmente uma estrela [p].

3) **Portanto**, a terra **É** um planeta.

Não se pode aceitar concomitantemente 1) e 2) e negar 3). Isso constituiria ausência de lógica.

1.2 Modus tollens

Expressão que significa “modo de negar”. É derivada diretamente do modo de afirmar, diferindo daquele pelo fato de que se nega a hipótese levantada pela proposição [p]. Observe-se que, no modo de negar, o que não se consubstancia como verdadeira é a hipótese presumida por [p], que, no caso é [q]. Não é a [proposição p] que, *a priori*, é falsa, até pelo fato de que ela, como premissa maior, apenas aponta variáveis hipotéticas, no caso, a [proposição q]. A constatação de que a premissa maior [proposição p] será falta decorre tão somente do fato (e como consequência) de a [proposição q], ela sim, ser falsa. Observe:

1) Se [proposição p], então [proposição q].

2) [Proposição q] é falsa.

3) Portanto, [proposição p] é falsa

Ou, em outros termos mais objetivos:

1) Se p, então q.

2) q é falso.

3) Portanto, p é falso.

Anthony Weston se vale de conhecido raciocínio do personagem Sherlock Holmes, que chega à conclusão inequívoca usando o *modus tollens*:

Havia um cachorro nos estábulos, e, mesmo assim, embora alguém tenha estado lá e levado um cavalo, o animal não latiu. É evidente que o visitante era alguém que o cachorro conhecia bem...

O argumento de Holmes é um **modus tollens**:

- 1) Se não conhecesse bem o visitante [p], então o cachorro teria latido [q].
- 2) O cachorro não latiu [q].
- 3) Portanto, o cachorro conhecia bem o visitante [p]. (WESTON, op. cit. p. 53)

Observe que 3) nega [p] de 1), exatamente porque, em 1), havia a negação (“se não conhecesse”, que foi suprimido em 3), negando a verdade da [proposição p] inicialmente aventada.

1.3 As duas falácias clássicas

Há um sem-número de falácias que podem ser perpetradas àquele a quem se pretende convencer ou persuadir. Cabe-nos, aqui, entretanto, averiguar as que são diretamente oriundas do mau uso do *modus ponens* e do *modus tollens*.

1.3.1 Afirmação do conseqüente

Falácia que consiste na inversão do pressuposto de que, no modo de afirmar, o que se extrai como verdade é o conseqüente [q], por afirmação do antecedente [p], e não vice-versa.

Ao se inverter essa regra formal, induz-se a equívoco o receptor do raciocínio falacioso.

A fórmula da falácia dedutiva da afirmação do conseqüente é a seguinte:

- 1) Se **p**, então **q**.
- 2) **q**.
- 3) Portanto, **p**.⁶

Exemplifiquemos:

- 1) Se uma pessoa comete algum crime [p], então ela é privada de alguns direitos [q].
- 2) Uma pessoa foi privada de alguns direitos [q].
- 3) Portanto, ela cometeu algum crime [p].

A falácia se encontra no fato de que o antecedente [p] não é a única condição para que o conseqüente [q] ocorra. Assim, admitir-se que uma conseqüência só pode ser fruto irresistível de uma única causa, quando na verdade não o é, constitui falácia.

1.3.2 Negação do antecedente

Esta falácia é a subversão do *modus tollens* e apresenta a seguinte estrutura:

- 1) Se **p**, então **q**.
- 2) **p** é falso.
- 3) Portanto, **q** é falso.⁷

⁶ Compare com o *modus ponens* real, não falacioso:

- 1) Se **p**, então **q**.
- 2) **p**.
- 3) Portanto, **q**.

⁷ Compare com o verdadeiro *modus tollens*:

Exemplifiquemos:

- 1) Se uma pessoa comete algum crime [p], então ela é privada de alguns direitos[q].
- 2) Uma pessoa não cometeu nenhum crime [p].
- 3) Portanto, ela não é privada de nenhum direito [q]

Assim como na afirmação do conseqüente, a negação do antecedente erra por supor que haja liame intrínseco entre uma única causa e uma única consequência, o que, se não constituir verdadeiro truísmo, há de configurar, ao contrário, equívoco facilmente destrutível.

2. O ORADOR E SEU AUDITÓRIO

Devemos reconhecer que o homem retórico é um SUJEITO INTENCIONAL. Toda a sua força deve concentrar-se na almejada adesão do auditório ao seu conjunto de teses. A intensidade da intenção, e a probabilidade diretamente proporcional do sucesso, consubstanciado na adesão do maior número de circunstâncias, dá-se na exata medida em que o orador tenha muito clara, em sua mente, o conjunto de ideias pelo qual pretendia, desde o início, propugnar.

Se uma pessoa nutre um pensamento confuso sobre certo tema, certamente seus argumentos serão confusos, e a adesão do auditório será fraca ou até nula. Não se pode convencer um auditório de ideias de que o próprio emissor não possui conhecimento claro.

“De fato, auditório, tecnicamente, é o conjunto de todos aqueles que o orador quer influenciar mediante o seu discurso” (PERELMAN, 1987, p. 237, grifamos).

Para Aristóteles [Retórica I, 1385b, 2-7] há três gêneros oratórios de discurso: **deliberativo**, **judiciário**, **epidíctico**. No deliberativo, o orador

1) Se p, então q.

2) q é falso.

3) Portanto, p é falso.

busca causar impressões que almejam persuadir ou dissuadir o orador; no judiciário, procura-se acusar ou defender algo ou alguém; no epidíctico, demonstram-se questões, cujo fito ulterior é elogiar ou depreciar.

3. RETÓRICA CLÁSSICA E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Alguns filósofos, como Sócrates e Platão, acusavam a Retórica de demagogia, na medida em que procurava agir, com o discurso, sobre as multidões na ágora. Com isso, os filósofos clássicos alegavam que se tratava de gênero que não levava em consideração o apreço à verdade.

No entanto, os mesmos filósofos admitiam a existência de uma “boa retórica”, que seria, por exemplo, “digna de um filósofo” a fim de demonstrar a verdade da razão e do pensamento.

De fato, Aristóteles, para lançar as bases de seus três livros da Arte Retórica, precisou cunhar o neologismo semântico de “verossimilhança”.

Com isso, quis o estagirita, subliminarmente, afirmar que o homem não possui, intrinsecamente, capacidade de julgar com precisão total a verdade (atributo que ele legava aos deuses), mas, por seu raciocínio elevado, pode chegar à “presença da verdade”, ou à “semelhança da verdade” (a verossimilhança), promovendo um julgamento embasado em convicção que une a sapiência (faculdade de agir com razão), a consciência (faculdade de agir com ética) e a senciência (faculdade de agir enaltecendo a beleza e refutando a fealdade).

Há uma divisão entre o discurso que procura persuadir e aquele que procura convencer.

Duas são as distinções apresentadas para cada uma dessas categorias:

DISCURSO CONVINCENTE: Apela à razão, dirige-se a um auditório universal (*ad humanitatem*) (PERELMAN, 1987, p. 239).

DISCURSO PERSUASIVO: Apela à emoção, às paixões, dirige-se

a um auditório particular (indivíduo ou grupo restrito: *ad hominem/ad contionem*).

3.1. A argumentação no Processo Penal

A argumentação, por exemplo, no processo penal parte do princípio do livre convencimento motivado, também conhecido como sistema da persuasão racional⁸.

O princípio vem materializado em nossa legislação processual penal, no art. 157 do Código de Processo Penal, na medida em que diz que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”, bem como nos arts. 239 e 408 do mesmo diploma legal.

Isso significa que esses indícios⁹ podem assumir a condição de prova, levando em consideração as circunstâncias conhecidas e provadas.

Assim, se o julgador se convencer da existência do crime, bem como da existência de indícios sérios, suficientes e concretos, impregnados de elementos positivos de credibilidade, relativos à autoria da infração penal, poderá, com base nesses elementos, proferir sua decisão¹⁰.

O elemento limitador é o inciso IX, do art. 93 da Constituição da República, que exige, sob pena de nulidade, que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário.

8 Exposição de motivos do Código de Processo Penal: “VII - O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado de certeza legal... Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecida pela lei civil,... nem é prefixada uma hierarquia de provas... Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra.”

9 “indício é o fato provado que por sua ligação com o fato probando autoriza a concluir algo sobre esse” (cf. Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, volume I, 10 edição, pág. 460).

10 Sobre o assunto, confira o habeas corpus n. 40.609 - Guanabara, 15.7.1964, Supremo Tribunal Federal, Relator, Ministro EVANDRO LINS E SILVA: “Nunca é demais advertir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se de seu conteúdo. Livre convicção não é a emancipação absoluta da prova, nem julgamento contrário à prova ou à revelia da prova. Não é, tão pouco, julgamento *ex-informata conscientia*, com o qual não se confunde, porque pressupõe unicamente a livre apreciação da prova, jamais a independência desta, no ensinamento de Manzini... A liberdade da apreciação da prova pelo juiz está necessariamente subordinada à natureza do fato que deva ser provado.”

4. A PETIÇÃO DE PRINCÍPIO E A ADESÃO DO AUDITÓRIO

“O conhecimento das teses e dos valores admitidos pelo auditório ao qual nos dirigimos é essencial porque é entre eles que o orador deverá procurar o ponto de partida do seu discurso” (PERELMAN, 1987, p.239).

Se uma coisa é verdadeira, então ela é verdadeira.

Mas, quando se trata de ADESÃO, e não de VERDADE, pode haver petição de princípio.

Em *Caminhos do texto* (CAETANO, 2010), trata-se da petição de princípio (como nos demais livros de retórica) como uma falácia, isto é, um argumento com aparência de eficaz, mas que, na verdade, pode induzir o espectador ao erro.

Petição de princípio ou círculo vicioso

Vimos que o “porque” (explicativo ou causal) são formas de argumento válido.

No entanto, pode ser usado para dizer exatamente a mesma coisa que foi dita antes, numa atitude cínica.

Se eu digo por exemplo: “O brasileiro é estudioso porque estuda muito” – ora “ser estudioso” e “estudar muito” significam exatamente a mesma coisa, são perífrases.

Mas se eu digo “O brasileiro é estudioso porque sempre se destaca nas áreas tecnológicas” – eu dei uma informação nova, que sustentou a primeira declaração.

Há muitas frases que simplesmente “dão voltas e retornam ao mesmo ponto”, como, por exemplo:

“Ela é a mulher mais bonita do Brasil porque não há nenhuma outra com a sua beleza”

“O homem é um animal racional porque sabe usar a razão”

“A lua gira em torno da Terra porque é um satélite desta”

Na petição de princípio, como o próprio nome diz, pede-se um princípio, que não existe, fazendo a declaração girar viciosamente sobre si mesma. Falou-se algo, mas não se disse nada. (CAETANO, 2010, p. 97)

“Aqueles que se dirigem ao auditório universal não podem supor como admitidos senão fatos objetivos, verdades inconstestáveis, valores universais, supostamente admitidos por todos os seres razoáveis e competentes” (PERELMAN, 1987, p. 240).

5. OS FATOS, AS VERDADES E AS PRESUNÇÕES

Mais uma vez, deve-se salientar a diferença entre a argumentação e a lógica. Na lógica, os critérios são intrínsecos, “independentemente do que poderia admitir-se a este respeito” (PERELMAN, 1987, p. 240).

Deve-se reforçar, pois, que a ONTOLOGIA e a EPISTEMOLOGIA (“o objetivo e o universalmente válido”, id.ib.) não são definidos pela argumentação.

Ao lado de fatos e de verdades, baseamo-nos, frequentemente, em presunções que, não sendo tão seguras, fornecem contudo uma base suficiente para sustentar uma convicção razoável. As presunções estão associadas habitualmente àquilo que normalmente se produz e sobre o que é razoável pressupor.

Se estas presunções, ligadas à experiência comum e ao senso comum, permitem orientarmo-nos na vida, podem, contudo, ser contraditadas pelos fatos, porque o inesperado não é de excluir.

Eis alguns exemplos de presunções: a qualidade de um ato manifesta a qualidade da pessoa, a presunção da credulidade natural, que faz com que o nosso primeiro movimento seja de

acolher como verdadeiro aquilo que nos é dito [...]. (PERELMAN, 1987, p.241).

A presunção pressupõe que foi o NORMAL que se produziu. Na medida em que NORMAL carece de interpretação, esse conceito pode ser variável.

Presunções ordinárias: dispensam provas suplementares.

Presunções inquestionáveis: não admitem prova contrária (coisa julgada, prescrição). (Cf. Reale, 1993)

6. OS VALORES, AS HIERARQUIAS E OS LUGARES DO PREFERÍVEL

REAL (conhecido ou presumido) *versus* PREFERÍVEL

PREFERÍVEL: valores, hierarquias, lugares do preferível (juízo de valor)

VALOR: “Quando nos ocupamos com uma ruptura da indiferença ou da igualdade entre as coisas, sempre que uma de entre elas deve ser posta antes de uma outra ou por cima de uma outra, sempre que ela é julgada superior e merece ser-lhe preferida” (Lavelle, *apud* Perelman, 1987, p. 242).

Há valores universais admitidos pelo senso comum, como o verdadeiro, o bem, o belo. Só são objeto de acordo na medida em que permanecem indeterminados. Se se tenta dar uma precisão a eles, as divergências ocorrerão.

Há valores abstratos (justiça, verdade) e concretos (Itália, Igreja).

HIERARQUIA: Estabelece um gradiente entre os valores.

Hierarquia abstrata: A justiça é superior ao útil.

Hierarquia concreta: O homem é superior aos animais irracionais.

Hierarquia homogênea: muita justiça é o ideal.

Hierarquia heterogênea: Deuses são superiores aos homens.

LUGARES DO PREFERÍVEL: São análogos às presunções. Podem ser

lugares comuns (partícipes do senso comum) ou lugares específicos (partícipes de uma disciplina determinada).

Lugares da quantidade: “afirmam a superioridade daquilo que é proveitoso ao maior número, daquilo que é mais durável e daquilo que é útil nas situações mais variadas” (p.243)

Lugares da qualidade: “dão como razão para preferir algo o fato de ele ser único ou raro, de ele ser insubstituível, fornecer uma ocasião que é urgente não deixar passar” (id. ib.)

Lugares de quantidade-espírito clássico

Lugares de qualidade-espírito romântico

“Sabe-se que certas diferenças quantitativas podem organizar uma diferença qualitativa: a um certo momento, a diferença de grau transforma-se em diferença de natureza” (p. 258).

OBS. Aristóteles, Kant e Grice (categorias, implicaturas) (cf. Caetano, 2010, p. 97; Kant, 2009; Levinson, 2007, p. 121)

7. OS ACORDOS PRÓPRIOS DE CERTOS AUDITÓRIOS

Há acordos que podem ser de natureza ideológica ou profissional (o religioso, jurídico) ou que podem verificar-se pela adesão paulatina ao discurso, expressa ou tacitamente (diálogos socráticos).

8. ESCOLHA, PRESENÇA E APRESENTAÇÃO

Como foi visto, a argumentação lida com teses, que, diferentemente do caso da verdade científica, podem conviver mesmo quando contraditadas ou contraditórias. “Inevitavelmente, a confrontação, o pluralismo agudizam o senso crítico” (p. 243).

A Retórica pode ser a arte de persuadir ou técnica de expressão literária: o “recurso aos efeitos da linguagem e à sua capacidade de evocação” (p. 244) estabelece essa transição.

9. DADO E INTERPRETAÇÃO

Significado / significação

Intelecção / interpretação

Os fatos evocados pelo orador comportam, para além daquilo que é dado, a maneira de o interpretar e de o descrever.

Compreender-se-á por aquilo que é dado, do ponto de vista da argumentação, o que, até nova ordem, é unívoco e indiscutido; opor-se-lhe-á a interpretação, como escolha entre significações diferentes” (PERELMAN, 1987, pp. 244-5, grifamos).

ÍCONE X ÍNDICE

Trata-se de par oriundo dos estudos de Semiótica ou Semiologia, a ciência geral dos signos, objeto e meio de comunicação da espécie humana.

ÍCONE: remete a outra coisa, de forma objetiva, “independentemente de toda vontade de comunicação” (id. ib.). Não é arbitrário, mas motivado (ao menos parcialmente). Cf. Peirce (*apud* Caetano, 2012, p. 89)

ÍNDICE: é utilizado com vista a uma evocação (é mais arbitrário).

A má interpretação de um ícone é um ERRO. A incompreensão de um índice é um MAL-ENTENDIDO.

10. AS TÉCNICAS ARGUMENTATIVAS

O objetivo da argumentação é promover e intensificar a adesão do auditório a determinadas teses apresentadas pelo orador.

ASPECTO POSITIVO: Procura reforçar, reiterar a solidariedade entre teses promovidas e teses já admitidas pelo auditório – ARGUMENTOS DE LIGAÇÃO. Podem ser 1) QUASE LÓGICOS, 2) FUNDADOS NA ESTRUTURA DO REAL, 3) QUE PERMITEM ESTRUTURAR A REALIDADE.

ASPECTO NEGATIVO: Procura abalar ou romper a solidariedade entre as teses promovidas e as teses já admitidas pelo auditório – ARGUMENTOS DE DISSOCIAÇÃO.

11. OS ARGUMENTOS QUASE LÓGICOS

Lembram os raciocínios formais, a despeito de a eles ligarem-se “todos os que se referem a probabilidades não calculáveis” (PERELMAN, 1987, p. 251). Entretanto, como são fundados na linguagem vulgar, são não constrangentes, isto é, são passíveis de controvérsias. “Todos os argumentos quase lógicos, na exata medida em que supõem uma redução ao formal, a passagem do qualitativo ao quantitativo, serão muitas vezes completados por outros argumentos sobre a estrutura do real” (PERELMAN, 1987, p. 251).

Na linguagem formal, invoca-se a univocidade dos signos. Quando isso não ocorre, haverá contradição.

Na argumentação, poderá haver “incompatibilidade entre uma regra afirmada ou uma atitude adaptada e uma tese anteriormente ou geralmente aceite, e à qual se é suposto aderir” (PERELMAN, 1987, p. 247).

Uma pessoa que goza de prestígio muito grande, de notoriedade, será capaz de ultrapassar certas pressuposições e firmar teses prestabelecidas (um dos tipos de argumento *ad baculum*). Pascal afirma (*apud* PERELMAN, 1987, 246): “Quando a palavra de Deus, que é verdadeira, é literalmente falsa, é verdadeira espiritualmente”.

Nesta parte, o autor chama a atenção para que o compromisso prévio com uma tese que se queira promover pode entrar em contraste com uma situação nova que torne necessário procurar outras vias. Nesse caso, há o risco de cair em contradição e no ridículo. Para Perelman, é possível se pôr frente a tal tipo de circunstância, mas é necessário que se tenha muito prestígio ou muita confiança em si mesmo para “ousar resistir a essa situação” (id. ib.).

AUTOFAGIA ou **RETORSÃO**: para descredenciar uma tese, busca-se a incompatibilidade entre o ato do orador e o seu discurso. “[...] O evidenciar incompatibilidade é a essência da ironia socrática, que visa ridicularizar o adversário e obrigá-lo assim a rever as suas opiniões” (p. 248). (Alerta: falácia do espantalho ou *ad hominem*. Cf. Caetano, 2010, p. 49)

OBS. IDENTIDADE FORMAL (evidência ou convenção) – **CONSTRINGENTE X IDENTIFICAÇÃO** – pode ser discutida, resulta de uma definição, de uma análise.

REGRA DE JUSTIÇA: calca-se na identificação parcial. “Exige o tratamento igual de seres e situações assimiláveis umas às outras por possuírem os mesmos traços pertinentes, que justificam a sua integração numa mesma categoria” (p. 248). Pode assimilar dois seres num caso análogo para fundar o precedente (partir do específico para o genérico, como na jurisprudência) ou recusar o precedente por julgar-se que ele é contrário à equidade.

OBS. Fontes de Direito: Lei, doutrina, jurisprudência e costumes. (Cf. Reale, 1993)

ARGUMENTO DE RECIPROCIDADE: Aplicação da regra da justiça, assimilando-se seres porque constituem antecedente e consequente: “Aquilo que não é vergonhoso vender não é vergonhoso comprar” [Aristóteles, Retórica II, 1397a] (*apud* Perelman, 1987, 249).

REGRA DE OURO: Aplicação da regra da justiça a situações simétricas: “Não faças aos outros o que não queres que façam a ti”.

OBS. Transitividade: propriedade formal que, por analogia, pode aplicar-se, em alguns casos, à argumentação: Se A é maior que B, e B é maior que C, então A é maior que C. “Os amigos dos meus amigos são meus amigos”. “Aquilo que vale para o todo vale para as partes”. Argumentos *a fortiori*.

ARGUMENTO POR DIVISÃO: Deve-se proceder à enumeração exaustiva (ontológica/empírica) das partes, embora possa escolher-se uma ou outra de acordo com o objetivo da tese.

ARGUMENTAÇÃO POR ESPÉCIES: Lida-se com divisões sobre as quais se está de acordo que preexistem à argumentação (epistemológica/teórico-reflexiva).

OBS. “A divisão em espécies serve de base aos raciocínios *a pari e contrario*, nos quais é assimilada ou é oposta uma espécie a uma outra” (p. 250). Trata-se de uma argumentação por contraste, tipicamente usada, por exemplo, por Ferdinand de Saussure, para construir seu sistema de dicotomias estruturalistas em sua célebre obra de 1916 (*o Curso de linguística geral*), que serviu como ciência-piloto à metodologia científica daí em diante.

ARGUMENTAÇÃO PELO SACRIFÍCIO: Trata-se de uma defesa de tese em que a adesão virá por comparação. No entanto, “muitas vezes a comparação resulta de um sacrifício” (p. 251). Esta argumentação, ademais, “julga as coisas pelo preço que os homens lhes conferem. O seu número pode suprir a falta de prestígio individual: é a significação da lenda das onze mil virgens mártires acompanhando Santa Úrsula” (p. 251).

12. ARGUMENTOS FUNDADOS SOBRE A ESTRUTURA DO REAL

Trata-se do conjunto de argumentos que observa e/ou pressupõe o real admitido e preexistente e, sobre ele, estabelece relações verossímeis de coordenação ou de subordinação. (O texto nomeia como “ligações de coexistência”, dividindo-as em “sucessão”, “causa e efeito”, “pessoas e atos”, “essências e suas manifestações”.)

QUESTIONAMENTO: Alerta sobre falácia:

“Desde o momento em que os elementos do real estejam associados uns aos outros numa ligação admitida, qualquer que ela seja, é possível fundar sobre ela uma argumentação que permita passar de um destes elementos a outro?” (PERELMAN, 1987, p. 251, grifamos)

OBS. Código penal: Criminologia: Nexo de causalidade, culpabilidade, agravante

[motivação] > causa > efeito [consequência] / [fim]

OBS. A consequência nem sempre é um fim: “Não foi um exílio miserável aquilo que a tua iniquidade me infligiu, mas sim um regresso glorioso que ela me preparou” (Cícero, *Paradoxa stoicorum*, IV, parágrafo 29, *apud* Perelman, p. 253).

Exemplo: Princípio da Teleologia da cominação da Pena do Direito Romano versus da Exemplaridade do Direito Anglo-Saxão (Beccaria X Maquiavel).

Essa distinção entre Consequência e Fim tem início no Estoicismo, como demonstra Cícero, e voltou a ser aprofundada com o idealismo de Spinoza e Leibniz.

ARGUMENTO PRAGMÁTICO: Não remonta à causa ou à motivação, mas ao efeito ou à consequência. “Código Napoleônico: ‘Qualquer ato de um homem que cause a outro um prejuízo obriga o autor desse ato a repará-lo’ (artigo 1392)” (*apud* Perelman, 1987, p. 252).

ARGUMENTO FORMALISTA OU ABSOLUTISTA¹¹: O argumento pragmático se opõe ao formalismo ou absolutismo, em que se apregoa que certas regras são obrigatórias, independentemente de suas consequências.

Aristóteles parece ter fundado importantes princípios do Direito Penal ao implicar o formalismo como análise das consequências ulteriores de certos atos:

E punem também quem ignora o que faz, quando pareça o indivíduo a causa da própria ignorância, donde para quem é ébrio ser a pena dupla: pois que o princípio está nele: era senhor de não se embriagar, e isto foi a causa de sua ignorância.

Punem igualmente aqueles que ignoram alguma das coisas que se encontram nas leis, quando sabê-las é necessário e também fácil. E assim fazem em todos os outros casos, quando apareça como causa da ignorância a negligência, enten-

¹¹ Didaticamente chamado, também, simplesmente de argumento causalista.

dendo que deles dependia o não ignorar, sendo senhores de mostrar-se nisso diligentes. (ARISTÓTELES, 2010, p. 94)

Exemplo: Lei Seca – argumento pragmático X CRFB/88 – Argumento Formalista.

MEIO/FIM: Cabe alertar ao orador (e, indiretamente, à audiência) não tomar o meio pelo fim ou vice-versa. Há argumentos (e falácias) relativos a esse tipo de procedimento.

ARGUMENTO DO DESPERDÍCIO ou DA EFICÁCIA: É aquele que estimula o orador a manter uma postura para não agir em vão ou não cair em incoerência para com os auditores. Incita-nos a não desperdiçarmos um ato que já havíamos tomado ou que já nos fora proveitoso.

ATO SUPÉRFLUO: “É aquele que não influi em mais nada sobre o desenrolar dos acontecimentos, [e] é, por esse mesmo fato, desvalorizado” (p. 253). Ex. Exaurimento legal.

MEIO-FIM: Muitas vezes, o meio se confunde com um fim parcial ou intermediário.

ARGUMENTO DA DIREÇÃO: É o que se baseia na relação meio-fim: “Aquele que hesitasse passar de A a D poderia ser levado mais facilmente a B, de B a C, e daí sem muitos esforços ao ponto D, no qual se tinha pensado desde o princípio” (p. 253).

OBS. Ocorreria falácia se se imaginasse que o processo (transitório) A-B seria o fim real, isto é, A-D ou A(-B-C)-D. Contra essa falácia, ou para não permitir a sua instalação, deve-se evocar o ARGUMENTO DA ULTRAPASSAGEM, “onde cada situação particular não é apreciada senão em função das possibilidades de ser ultrapassada, como um trampolim para um novo progresso, numa perspectiva de desenvolvimentos indefinidos” (p. 254).

OBS. RELAÇÃO PESSOA-ATO ou PESSOA ATRIBUTO: Correlação ou subordinação? Independência, independência relativa ou dependência?

“Para Leibniz, a essência precede cada uma das suas manifestações; para os existencialistas, o caráter não se forma senão por ocasião dos atos” (p. 255).

“Enquanto as noções de responsabilidade, de mérito e de culpabilidade são relativas à pessoa, as de norma ou de regra preocupam-se antes de mais com o ato” (id. ib.).

“É a correlação entre a pessoa e os seus atos parcialmente solidários e parcialmente independentes que permite a utilização dos argumentos fundados nesta relação de coexistência” (id. ib.).

EX. Diferença entre esferas CIVIL e PENAL

PENAL: *Mors omnia solvit*¹² (TOSI, 1996)

ARGUMENTO DE AUTORIDADE: Antes de tudo, calca-se na notoriedade, compartilhada pelo auditório, sobre o prestígio da pessoa.

Alerta: “É óbvio que o recurso ao argumento de autoridade é inadmissível e mesmo ridículo – se porventura existem critérios objetivos que permitam estabelecer a verdade ou falsidade de um juízo” (p. 256).

13. ARGUMENTOS QUE FUNDAM A ESTRUTURA DO REAL

ARGUMENTOS POR ANALOGIA: ATRAVÉS DO EXEMPLO E DO MODELO: Constituem o cerne basilar da argumentação, porquanto pilares do método indutivo. Funcionam graças ao princípio da inércia.

“Quando os exemplos que devem conduzir ao estabelecimento de uma regra são repetidos, a interpretação que conduz à sua generalização é mais do que sugerida, é quase imposta” (p. 258).

“As analogias e as metáforas, consideradas como analogias condensadas, desempenham um papel eminente na estruturação e valorização do real” (p. 260).

Alerta: Falácia da falsa analogia.

OBS. Falácia da generalização apressada: “Enquanto o recurso ao exemplo, para fundar uma lei, não é mais que uma técnica argumentativa,

¹² Traduzimos: A morte resolve tudo.

o uso do exemplo, para combater uma regra (o caso que a invalida), ou restringir o seu alcance, tem um alcance demonstrativo [científico] porque um único caso é suficiente para invalidar uma lei apresentada como universalmente válida. É a razão pela qual Karl Popper concede a este uso do caso particular um lugar central na sua metodologia das ciências” (p. 259, grifei).

O ANTIMODELO: Há condutas (ou mesmo pessoas, na relação parcialmente solidária de que já se falou) que servem para parâmetro negativo.

Alerta: falácia do ESPANTALHO ou AD HOMINEM

Em *Caminhos do texto*, tratam-se 2 falácias que devem ser aqui evocadas, a fim de servirem de alerta ao orador:

6) *Ad hominem*

Expressão latina que significa “ao homem”. Ocorre quando desqualificamos um argumento ou raciocínio pelo simples fato de ter sido formulado por alguma pessoa específica, sem levar em conta o argumento de per si. (CAETANO, 2010, p. 55)

[Exemplo de falácia ad hominem] Não é surpresa que Carl Sagan afirme que a vida é possível em Marte – afinal, todos sabem que ele é ateu. Não acredito nisso nem por um segundo. (WESTON, 2009, p. 39)

7) Espantalho

Às vezes se confunde com a falácia acima. O espantalho consiste em fazer a caricatura de alguma pessoa, para desmerecer seu argumento.

Exemplo: “Essas pessoas que se dizem defensoras dos direitos humanos só se preocupam em dar melhorias de vida aos criminosos, e nunca se preocupam com suas vítimas.” (CAETANO, 2010, p. 55)

14. A DISSOCIAÇÃO DAS NOÇÕES

Na argumentação, devem-se sacrificar aspectos que se dissociem das noções do real, sendo apenas ilusórios. Tais são os aspectos de APARÊNCIA, que, em contrapartida com os que devem permanecer, ou os de ES-SÊNCIA, constituem, ambos, os chamados pares filosóficos básicos.

OBS. “Assim é se lhe parece” – Premissa maior dos Sofistas e do positivismo legalista de Kelsen.

15. A ORGANIZAÇÃO DOS ARGUMENTOS NO DISCURSO

Levando-se em conta que as audiências (contextos) são muitas, assim como a quantidade de argumentos, é preciso levar alguns fatores em conta para que o discurso retórico alcance adesão.

Há três considerações a esse respeito:

15.1 A escolha dos argumentos

15.2 A amplitude da argumentação

15.3 A ordem de apresentação dos argumentos

Duas noções específicas da argumentação norteiam essa escolha: a pertinência e a força dos argumentos.

16. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, conclui-se que o raciocínio humano é baseado em faculdades de entender e interpretar a realidade. Esta, por seu turno, pode apresentar-se como algo verdadeiro (na lógica formal) ou verossímil (na retórica). Ambas as formas de apresentação da realidade encontram firme solidariedade, tanto na finalidade que detêm em comum – o convencimento ou persuasão –, quanto nos modos, muitas vezes análogos e

recíprocos, como vimos, de se apresentarem àquele interlocutor a quem se deseja comprovar, por inteligência ou interpretação, algo aceitável à razão humana. ◆

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARISTÓTELES. *Retórica*. São Paulo, Edipro, 2010.

ARRUDA, Geraldo Amaral. *A linguagem do juiz*, 2. ed., revista, Rio de Janeiro, Editora Saraiva, 1997.

CAETANO, Marcelo Moraes. *Caminhos do texto*. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2010.

------. *Desafios da redação*. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2012.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2012.

CARREIRA ALVIM, J.E. *Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*. Artigos 154 ao 269. Volume 2. Curitiba, Editora Juruá, 2009.

CHINI, Alexandre. *Ensaio sobre o testemunho de ouvir dizer*. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 67, pp. 70-78.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura [Kritik der reinen Vernunft]*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LEVINSON, Stephen C. *Pragmática*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, 3. ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 11. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PERELMAN, Chaïm. *Enciclopédia Einaudi*, Volume 11. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1987, pp. 234-265.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*, 14. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010.

TOSI, Renzo. *Dicionário de sentenças latinas e gregas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

WESTON, Anthony. *A construção do Argumento*. São Paulo, Martins Fontes, 2009.

A boa-fé objetiva no direito contratual brasileiro e a proibição de comportamentos contraditórios

CARLOS EDUARDO IGLESIAS DINIZ

JUIZ DE DIREITO

PÓS-GRADUADO EM DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL PELA UERJ

1. Breves anotações sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua incidência nos contratos
2. A tríplíce função da boa-fé
3. A proibição de comportamentos contraditórios ou *venire contra factum proprium*
4. A tutela da confiança e das legítimas expectativas

1. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA INCIDÊNCIA NOS CONTRATOS

A boa-fé objetiva, denominada por alguns como boa-fé contratual, foi desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs, a partir de 1896, com base no § 242 do BGB, onde se lê:

“O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exige a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.

Diferente do Código Civil de 1916, que se referia à boa-fé em seu sentido subjetivo, como estado psicológico de ignorância de vícios, o § 242 do BGB traz uma concepção objetiva da boa-fé, voltada para uma conduta leal e confiável, independente de considerações subjetivas.

Em sua vertente objetiva a boa-fé, por intermédio de cláusulas gerais impõe parâmetros de conduta para as relações sociais, criando direitos e obrigações anexas àquelas existentes nos contratos, no intuito de alcançar a mútua e leal cooperação entre as partes. Não é demais observar que,

se no mundo dos negócios fossem as pessoas, em geral, confiáveis e leais, a consagração do princípio da boa-fé contratual no Código Civil de 2002 teria passado despercebida.

No Brasil, embora a boa-fé já fosse conhecida desde a década de 70, seu ingresso formal no ordenamento positivo se deu somente em 1990, por meio do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, o Código Civil Brasileiro de 1916 não continha norma geral que consagrasse o princípio da boa-fé e essa omissão pode ter sido causada em razão da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos, sendo importante lembrar que a ausência de tratamento legislativo dedicado ao princípio da boa-fé do Direito Brasileiro causou enormes prejuízos ao estudo e à aplicação desse princípio no nosso sistema jurídico.

Sendo aplicada inicialmente nas relações de consumo, a boa-fé acabou adquirindo um caráter pró-consumidor, que não era inerente ao seu conteúdo dogmático, mas compunha a finalidade do Código. Posteriormente, com a entrada em vigor do novo Código Civil, novamente a ela se fez referência no art. 422, que, como fator de renovação do direito brasileiro contemporâneo, introduziu uma profunda transformação na teoria geral dos contratos, podendo se dizer que nos dias de hoje é impossível se estudar a teoria dos contratos sem uma perfeita compreensão desse artigo, no qual se lê:

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O art. 422 acrescenta ao conceito de boa-fé, que no passado era apenas subjetivo, o aspecto objetivo.

Um conceito, que, no passado, era um conceito ético ou uma exortação ética que se dirigia aos contratantes para que procurassem agir honestamente, se converteu agora em dever jurídico. No âmbito contratual,

portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica dos contratos.

Nesse sentido, o art. 422 diz que, em todo e qualquer contrato, em todas as suas fases, as partes são obrigadas a manter a mais estrita boa-fé e probidade.

Boa-fé significa, pois, lealdade no cumprimento do contrato, nas negociações preliminares, transparência na redação dos pactos e equilíbrio econômico, pois o contrato deve ter uma equação econômica justa. Significa também cooperação entre as partes para que o contrato seja cumprido e ainda a informação completa. Exige comportamentos que não causem surpresa a outros e que não rompam presunções ou expectativas nascidas na mente de outro pelo seu próprio comportamento, ou seja, proíbe comportamentos contraditórios. Impõe ainda deveres de cuidado e segurança, de aviso e esclarecimento, de prestar contas, de colaboração e cooperação, e de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte.

Tais deveres pressupõem uma nova compreensão da relação obrigacional, que passa a ser vista como um processo, complexo, que tem em mira a finalidade global da obrigação, e não apenas o adimplemento, exigindo-se, por isso, uma relação de cooperação entre ambas as partes, credor e devedor, que subsiste até mesmo depois de adimplida a prestação principal, na lição de Clóvis do Couto e Silva.

A boa-fé objetiva é a própria norma, fonte direta de deveres de conduta exigíveis quer do devedor quer do credor no âmbito das relações obrigacionais, ou seja, a boa-fé atua como fonte de deveres impostos aos contratantes, exigindo-lhes uma atitude de recíproca cooperação como forma de assegurar o exato processamento da relação obrigacional e a consecução da finalidade que justificou a formação daquele vínculo e o seu caráter obrigatório, sendo importante frisar que se cuida de fonte autônoma de direitos e obrigações, não adstrita à vontade nem a texto de lei.

Parte da doutrina denomina esses deveres de cooperação de “deveres instrumentais”, enfatizando a sua serventia como meio para garantir a consecução do fim pretendido com as negociações ou com o contrato.

Teresa Negreiros ensina que “O princípio da boa-fé nos parece um destes instrumentos jurídicos capazes de conformar o direito civil à hierarquia de valores e de interesses prevista constitucionalmente. Trata-se, antes de qualquer coisa, de reconhecer que o contrato – como, em regra, as relações obrigacionais – deve ser valorado em seus meios e fins segundo a ordem jurídica econômica desenhada na Constituição” (Fundamentos para uma nova interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 269).

Não obstante sua importância, o dispositivo tem sofrido inúmeras críticas. Antônio Junqueira de Azevedo em seu artigo intitulado “Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos” (artigo publicado Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 1, janeiro, 2000), ressalta que o art. 422 não indica se o dispositivo cuida de norma cogente ou de norma dispositiva. Como segunda insuficiência, aponta que o artigo parece supor a limitação da boa-fé a esfera contratual, esquecendo-se ainda das fases pré-contratual, das negociações preliminares ou tratativas e pós-contratual, sendo oportuno observar que o campo das tratativas é propício para a regra do comportamento de boa-fé, eis que, aí, não há contrato e, apesar disso, já são exigidos aqueles deveres específicos que uma pessoa precisa ter como correção de comportamento em relação a outra. No entanto, seu âmbito de incidência no direito brasileiro ainda não representa ponto pacífico, chegando mesmo a jurisprudência a restringir sua aplicação em alguns casos. Uma interpretação literal do art. 422 nos leva à conclusão de que a boa-fé só deve estar presente na conclusão do contrato ou na sua execução, porém, a boa-fé é muito mais ampla, e sendo ela própria a norma jurídica, existe sempre e incide como fonte de deveres, como critério ou como limite a conformar todas as fases da vida do processo obrigacional, quais sejam, a fase inicial de formação do vínculo obrigacional; a fase de realização da obrigação; e a fase final que se desenvolve após a extinção do vínculo. Significa dizer que a boa-fé incide desde as negociações preliminares, na fase pré-contratual

até a fase pós-contratual. A boa-fé deve estar presente na proposta, nas tratativas, na publicidade, na oferta, e ainda depois de cumprido o contrato. A terceira insuficiência apontada pelo Professor diz respeito à fase pós-contratual e, portanto, foge ao objeto do nosso estudo, pelo que remetemos o leitor ao artigo acima citado.

Canaris, referido por Menezes Cordeiro em sua obra clássica sobre a boa-fé (Da boa-fé no direito civil, p. 635), propõe, inclusive, uma teoria de deveres unitários de proteção no sentido de que desde o início das negociações preliminares, constituir-se-á, entre os intervenientes, um dever específico de proteção, derivado da situação de confiança suscitada e fundado, positivamente, na boa-fé.

Importante ressaltar, todavia, que o princípio da boa-fé, como cláusula geral, não é aplicável somente às relações contratuais. Pelo contrário, como cláusula geral exprime a sua aplicação, em maior ou menor grau, a todas as relações jurídicas constituídas em sociedade.

Uma das vertentes da boa-fé objetiva é a proibição de comportamentos contraditórios, princípio conhecido pela expressão *venire contra factum proprium*. A falta de regulamentação positiva desse princípio faz com que sua inclusão no ordenamento se dê por meio da cláusula geral de boa-fé, o que facilita a sua aplicação às relações privadas, inclusive, na esfera extracontratual.

2. A TRÍPLICE FUNÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Tem-se atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico. A primeira diz respeito a sua função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; em seguida está a função de fonte normativa de deveres jurídicos, que podem até mesmo preexistir à conclusão do contrato, bem como sobreviver à sua extinção e, por fim, a função restritiva do exercício de direitos, ou seja, de fonte normativa de restrições ao exercício de posições jurídicas. Essas três funções estão bem delineadas respectivamente nos artigos 113, 422 e 187, todos do Código Civil.

Essa tríplice função existe segundo Antônio Junqueira de Azevedo “para a cláusula geral de boa-fé no campo contratual, porque justamente a idéia é ajudar na interpretação do contrato, suprir algumas falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo” (Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos, *in* Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 1, p. 7).

A primeira função alude à boa-fé como critério de interpretação, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme a lealdade e a honestidade entre as partes. O Código Civil Brasileiro consagra expressamente esta função interpretativa em seu art. 113:

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

Significa dizer que, diante de duas interpretações possíveis para uma mesma estipulação contratual, deve o intérprete privilegiar aquela que estiver mais de acordo com a verdadeira intenção das partes e que esteja de acordo com a exigência de atuação segundo a boa-fé.

Em nome do princípio da boa-fé, o juiz pode temperar o rigor da lei em certas hipóteses, tal como no caso em estudo onde, na nossa opinião, como se verá adiante, poderá o juiz obrigar o Disco a contratar entregando as ações vendidas ao Pão de Açúcar.

A segunda função da boa-fé é servir de fonte para criação (*supplendi*) de deveres anexos à prestação principal, impondo às partes deveres que não estão expressamente previstos no contrato, tais como o dever de informar, de segurança, de sigilo, de colaboração entre outros já mencionados anteriormente. Seguramente, existe, no contrato, aquilo a que as partes expressamente se referiram, seu objeto principal, expresso, e, depois, há os deveres colocados ao lado, os ditos deveres secundários, que podem ser positivos, do tipo o dever de procurar colaborar com a outra

parte, ou negativos, tal qual o dever de manter sigilo sobre algum fato que um contratante soube da outra parte.

Esses deveres secundários se destinam a criar para ambas as partes da relação jurídica um determinado padrão de comportamento, cujo conteúdo objetivar­á, por vezes, evitar que a outra parte sofra prejuízo, outras vezes exigir uma atitude de cooperação, para que a outra parte alcance em toda a sua plenitude a finalidade prevista numa relação negocial.

Cabe ressaltar que, em razão de a fonte destas obrigações ter origem não voluntarista, elas existem independentemente da vontade das partes ou até mesmo podem surgir contra a vontade dos contratantes, pois cuida-se de deveres que decorrem da boa-fé.

Como bem explica Judith Martins-Costa “Ao ensejar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independente da regulação voluntaristicamente estabelecida” (A boa-fé no direito privado – Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 440).

Outro ponto importante a respeito da segunda função, *supplendi*, refere-se às cláusulas faltantes. É que, às vezes, as partes elaboram um contrato e por omissão ou mesmo falta de previsão ou incapacidade redacional, não incluem alguma cláusula e neste caso, teremos, então, uma lacuna contratual, devendo a boa-fé atuar com norte a ser seguido para a integração do conteúdo deste contrato.

A terceira função da boa-fé objetiva, em relação à qual o Código Civil é omissivo, tem por fim impedir o exercício de direitos em contrariedade à lealdade e confiança recíprocas que devem estar presentes nas relações negociais, ou seja, veda comportamentos que, muito embora sejam admitidos por lei ou pelo contrato, possam colidir com o conteúdo da cláusula geral, estando diretamente relacionada à teoria do abuso de direito nesta sua função de limitar ou mesmo impedir o exercício de direitos que emergem da relação contratual. Nesse sentido, cabe frisar que o nosso Código do Consumidor, que foi feito depois do Projeto do Código Civil, está muito

mais atualizado do que este, uma vez que tratou expressamente das cláusulas abusivas, no vasto elenco do art. 51.

O princípio da boa-fé, com base nesta função de critério ou limite ao exercício de direitos subjetivos, desenvolve a teoria dos atos próprios, que importa reconhecer a existência de um dever por parte dos contratantes de adotar uma linha de conduta uniforme, proscrevendo a duplicidade de comportamento, na hipótese em que, embora ambos os comportamentos considerados isoladamente não apresentem qualquer irregularidade, consubstanciam quebra de confiança se tomados em conjunto, incidindo o chamado *venire contra factum proprium*. É o caso, por exemplo, de uma cláusula contratual que, por ser tão afastada das obrigações essenciais do contrato, desnatura o próprio contrato.

A teoria dos atos próprios parte do princípio de que, se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, inclusive nas tratativas, não é admissível que em momento posterior aja em total contradição com a sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se de exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral da boa-fé.

O que se quer evitar com a proibição do *venire contra factum proprium* é que a parte da relação jurídica adote mais de um padrão de conduta, segundo as vantagens que cada situação possa lhe oferecer. Não se pode admitir que, em um momento, a parte aja de determinada forma e, no seguinte, de forma totalmente diversa, apenas porque, nesse segundo momento não lhe é conveniente adotar a mesma postura que adotou anteriormente.

A função do princípio da boa-fé nesses casos é a de ajustar a letra fria da norma jurídica à necessidade de solução do conflito de interesses, de acordo com padrões de justiça. Trata-se de humanizar a norma jurídica, de fazer com que ela seja aplicada com tempero da incidência da cláusula geral da boa-fé, que contém padrões mínimos de comportamentos em sociedade.

Na prática, estas funções se complementam, sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob qual vertente a boa-fé está sendo invocada, ou seja, qual função específica que o princípio está desempenhando naquela hipótese em particular.

3. A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTOS CONTRADITÓRIOS

O comportamento incoerente é aquele que se põe em contradição com um comportamento anterior.

A história do direito mostra que, em diferentes épocas, houve formas diferentes de se tratar da incoerência, havendo diversas regras específicas, como, por exemplo, o *Corpus Iuris Civilis*, em que era possível se vislumbrar uma intenção de coibir a incoerência. O primeiro registro expresso do princípio da proibição de comportamentos contraditórios de que se tem notícia data do século XII, na obra *Brocardica*, do glosador Azo, em que se lia, no título X, o aforismo: *venire contra factum proprium nulli conceditur*, ou seja, “a ninguém é concedido vir contra o próprio ato”. Porém, não obstante várias tentativas, só recentemente se veio a cogitar, de forma aceitável, de um princípio de proibição ao comportamento contraditório, diante da necessidade de se tutelarem as legítimas expectativas e as fundadas esperanças daqueles sobre quem essa espécie de comportamento repercute, mas ainda assim, o princípio não chegou a ser expressamente enunciado em lei.

O Código Civil brasileiro de 1916 não continha previsão relativa ao comportamento incoerente. O Código de 2002, por sua vez, também não trouxe norma geral expressa acerca do princípio, todavia, em algumas passagens demonstrou a preocupação em reprimir o comportamento incoerente, como se pode ver pelos artigos, 175, 476, 491 e 1.146. Nesses artigos podemos vislumbrar uma preocupação em evitar as consequências de uma mudança de comportamento inesperada, de uma contradição com uma conduta anteriormente adotada. Entretanto, na falta de norma específica que consagre a proibição do comportamento contraditório ou simplesmente o *venire contra factum proprium*, sua inclusão no ordenamento se dá à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva enunciada pelo art. 422 do

Código Civil. Com efeito, voltar-se contra os próprios atos constitui um comportamento que o princípio da boa-fé não tolera, pois se trata de comportamento que se volta contra as expectativas criadas na contraparte, ou seja, o que o princípio proíbe como contrário ao interesse digno de tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial.

Não obstante, não são todas as expectativas que ensejam a aplicação do princípio, mas somente aquelas que, à luz das circunstâncias do caso, estejam devidamente fundadas em atos concretos praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram confiar na manutenção da situação objetiva assim gerada. Mais que isso, o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé objetiva quando não for justificável e, ainda, quando a reversão das expectativas assim ocorridas signifique prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída.

Importante frisar que a proibição de comportamentos contraditórios não pretende limitar a liberdade de se mudar de opinião ou de conduta, garantida pelo princípio da autonomia da vontade, mas tão somente frear o exercício dessa liberdade quando dela possa advir prejuízo àquele que legitimamente confiou num comportamento inicial, no intuito de dar maior segurança às relações jurídicas e fazer com que as pessoas adotem comportamentos coerentes, de modo a criar uma nova ética no mundo contemporâneo dos negócios.

Com efeito, o *venire contra factum proprium* só tem aplicação quando e na medida em que a contradição aos próprios atos possa violar expectativas legítimas e a confiança despertada em outrem que acreditou no comportamento inicial, e assim causar-lhe prejuízo.

A proibição do comportamento contraditório aplica-se, pois, àqueles atos que não são originariamente vinculantes e sobre cuja possibilidade de contradição o legislador não se manifestou expressamente. Sua aplicação é subsidiária, pois restrita a hipótese de ausência de norma que incida sobre o fato. A sanção para o autor da conduta contraditória pode ser o pagamento de perdas e danos ou até mesmo a substitui-

ção da manifestação contraditória por meio de uma decisão judicial que faça às suas vezes, desconsiderando o comportamento contraditório e integrando do negócio que deveria ser celebrado. O *venire contra factum proprium* aparece, assim, como um modelo concreto e específico de comportamento contrário à boa-fé e a proibição de comportamentos contraditórios surge como fator de segurança, tutelando todas as expectativas legítimas despertadas no convívio social, independentemente da incidência de qualquer norma específica.

4. A TUTELA DA CONFIANÇA E DAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS

O exercício de um ato contraditório é inadmissível, pois viola a boa-fé objetiva no que tange ao dever geral de se levar em conta os interesses e as expectativas da outra parte envolvida numa negociação. O exercício de um direito será, portanto, irregular, e nessa medida abusivo, se substanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas, de modo que um comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, pode ser tido como contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica.

A consideração pela posição da outra parte, pelas suas particularidades e seus interesses, consiste na razão do desenvolvimento da boa-fé objetiva em um direito dirigido à realização da solidariedade social, pois ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé, mas também como forte expressão da solidariedade social. Nesse sentido, como bem ressalta Bruno Lewick “Foi neste contexto que se construiu a doutrina da boa-fé, caracterizada como um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade. Reduz-se a margem de discricionariedade da atuação privada: o sujeito, para a consecução dos seus objetivos individuais, tem que agir com lealdade, observando e respeitando não só os direitos, mas também os interesses legítimos e as expectativas razoáveis de seus parceiros na aventura social” (Panorama da

boa-fé objetiva, in Gustavo Tepedino (coord.), Problemas de direito civil-constitucional, p.57).

No mesmo sentido, Cláudia Lima Marques ensina que “Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes” (Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 107).

Em suma, podemos dizer que as expectativas criadas junto ao outro contratante jamais podem ser frustradas, sob pena de violação do princípio da boa-fé. Espera-se do contratante, estando em curso negociações preliminares ou a execução de um contrato, que atue de modo diligente e leal, vindo a satisfazer a confiança depositada na declaração de vontade originalmente emitida, quando da formação do negócio.

Não só o direito, mas também a economia têm voltado seus olhos para a confiança e, conseqüentemente, para a boa-fé, havendo quem indique o “nível de confiança inerente a uma sociedade” como fator altamente relevante para o desenvolvimento econômico e social.

A tutela da confiança não vem expressamente prevista no ordenamento positivo brasileiro, sendo o seu fundamento, assim como o da proibição de comportamentos contraditórios, indicado pelo art. 422 do Código Civil, que trata da cláusula geral da boa-fé objetiva. O exercício de um direito será, portanto, irregular, se consubstanciar quebra da confiança e frustração das legítimas expectativas, pois contrário à boa-fé e, como tal, estará sujeito ao controle da ordem jurídica com fundamento no art. 422 do Código. ◆

BIBLIOGRAFIA

Azevedo, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 1.

Azevedo, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. In: Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, 1992, v. 87.

Carvalho Martins, Antônio. Responsabilidade pré-contratual. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

Lewick, Bruno. Panorama da boa-fé objetiva. In: Gustavo Tepedino (coord.), Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Marques, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

Marques, Frederico do Valle Magalhães. O princípio contratual da boa-fé – O direito brasileiro e os princípios do unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 25. Rio de Janeiro; Padma, 2006.

Martins-Costa, Judith. A boa-fé no direito privado - Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

Menezes Cordeiro, Antonio Manoel da Rocha e. Da boa-fé no direito civil. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

Nalin, Paulo. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: Luiz Edson Fachin (coord.), Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contem-

porâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

Negreiros, Teresa. Fundamentos para uma nova interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

Negreiros, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: Princípios do direito civil contemporâneo, Maria Celina B. de Moraes (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Pereira, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual – Teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Shreiber, Anderson. A Proibição de comportamento contraditório: Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Silva, Clóvis V. do Couto e. A obrigação como processo. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA PREVALÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL NAS CAUSAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS – INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DO INCISO I, DO ARTIGO 2º., E DO ARTIGO 6º., AMBOS DA RESOLUÇÃO Nº. 12/2009, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS

*MESTRE EM DIREITO PROCESSUAL PELA UNIVERSIDADE
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO*

JUIZ DE DIREITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

*MEMBRO EFETIVO DA 5ª. TURMA RECURSAL CÍVEL DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO*

EX-PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

I - INTRODUÇÃO

A reclamação constitucional é fruto de genuína construção jurisprudencial, tendo sido concebida mediante lenta evolução dos arestos do Supremo Tribunal Federal ao longo de mais de um século, até que, na atual Constituição, pela primeira vez, encontrou previsão expressa.

Embora as origens remotas do instituto em foco possam ser encontradas também no Direito Romano, nas Ordenações Filipinas e na legislação de organização judiciária dos Estados, verifica-se que os mais relevantes argumentos em prol do cabimento da reclamação para assegurar o cumprimento das decisões da mais alta corte do país e preservar a sua competência foram encontrados na doutrina dos poderes implícitos, acolhida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, segundo a qual, sempre que

uma competência geral é atribuída a determinado órgão também são outorgados os poderes necessários para o seu exercício.¹

Referida doutrina assumiu significativa relevância a partir do julgamento do célebre caso “Mac Culloc x Maryland” e pode ser muito bem sintetizada nas palavras de Marshall “... não há frase na Constituição que, como nos artigos da Confederação, exclua poderes incidentais e implícitos, o que requereria que cada competência fosse minuciosamente descrita...”.²

Bem estabelecida essa premissa, não é de se recusar a utilização dos meios necessários ao cumprimento da competência prevista na Constituição, ainda que em determinada hipótese estes não tenham sido objeto de enumeração exaustiva.

Com base nesses pressupostos, não somente a reclamação, mas também outros institutos de grande relevância jurídica, tais como a ação rescisória e o mandado de segurança, foram elaborados a partir da construção pretoriana levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, ao longo do século XX.

Ainda no curso dessa evolução, a jurisprudência consolidada pela mais alta corte do país foi muito bem sintetizada no v. acórdão proferido por sua composição plenária, em julgamento realizado por maioria, em 25 de janeiro de 1952, nos autos da reclamação nº. 141, sendo Relator o eminente Ministro Rocha Lagoa, de cujo voto se transcreve o trecho seguinte:

“... É fora de qualquer dúvida que a competência desta corte suprema é de ordem constitucional, pois vem expressamente definida na lei maior. Mas, a função precípua do Supremo Tribunal Federal é a de guardião da carta magna, de que é intér-

1 PACHECO, José da Silva. **A “Reclamação” no STF e no STJ de acordo com a Nova Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. V. 6. P. 19.

2 Apud Ibid.

prete máximo. Na vigência do estatuto político de 1891, decidiu este pretório excelso não constituir inovação ou acréscimo de jurisdição e conhecer ele, por apelação, de coisas não expressamente mencionadas na Constituição, mas que por seu evidente caráter federal se deviam ter por incluídas na competência das justiças da União. Reconheceu assim implícita a competência federal para os crimes de moeda falsa, contrabando e peculato dos funcionários públicos federais (acórdão n. 350, de 21 de setembro de 1898). Por igual admitiu este magno colégio judiciário sua competência para tomar conhecimento de ação rescisória contra seus próprios julgados, embora não houvesse então texto de lei dispendo expressamente a respeito, (ac. n. 494 de 25 de outubro de 1899).

Proclamou-se destarte o princípio de que a competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional.

Na lição de Black, em seu *Hand-book of American Constitutional Law* § 48, tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia de um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição.

Ora, vão seria o poder, outorgado a este Supremo Tribunal Federal, de julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes se lhe não fora possível fazer prevalecer seus próprios pronunciamentos, acaso desrespeitados pelas justiças locais. Para tanto, ele tem admitido ultimamente o uso do remédio heroico da Reclamação, logrando desse modo fazer cumprir suas próprias decisões.

*Rejeitando assim a preliminar arguida, conheço da Reclamação.”*³

³ A transcrição observou as regras ortográficas atualmente em vigor, adaptando-se a grafia original no que com

Somente a partir de 1957 a reclamação passou a ter previsão no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a qual, em 1967, acabou sendo legitimada pela nova Constituição então publicada, pois conferiu força de lei federal aos dispositivos do Regimento Interno que versavam sobre seus processos. Ainda assim, apenas com o advento da Constituição de 1988 é que a reclamação passou a ter previsão expressa no texto constitucional.⁴

Nesse sentido, o artigo 102, I, “I” e o artigo 105, I “f”, da Constituição de 1988, que regulam a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, contêm idêntica disposição que assegura às referidas cortes os poderes necessários para processar e julgar, originariamente, *“a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”*.

Durante a lenta evolução do instituto, ocorreram sérias divergências doutrinárias acerca da definição de sua natureza jurídica, ainda não pacificadas, já tendo sido qualificada como medida administrativa, incidente processual, recurso, sucedâneo recursal e ação propriamente dita. Atualmente, entretanto, consolidou-se o entendimento doutrinário que reconhece à reclamação natureza jurisdicional, uma vez que esta se revela capaz de introduzir alterações em decisões adotadas em processos judiciais, ao mesmo tempo em que se reconhece a formação da coisa julgada nas decisões proferidas em sede de reclamação.⁵ Mais especificamente, é predominante a qualificação da reclamação como ação propriamente dita, como ensina Gilmar Ferreira Mendes:

“... Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu

estas conflitava. Não obstante se tratar de acórdão antigo, seu inteiro teor está disponível no sítio **www.stf.jus.br**, digitalizado.

4 MENDES, Gilmar F. **A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: Algumas Notas**. Direito Público, 2006. n.º 12. P. 23.

5 *Ibid.* p. 24.

bojo uma lide a ser solvida, decorrente do conflito entre aqueles que persistem na invasão de competência ou no desrespeito das decisões do Tribunal e, por outro lado, aqueles que pretendem ver preservada a competência e a eficácia das decisões exaradas pela Corte.”⁶

A partir do desenvolvimento dos chamados processos de índole objetiva para exercício do controle concentrado de constitucionalidade e, mais recentemente, a partir da instituição da Súmula Vinculante pela Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, o uso da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal tem se intensificado de forma marcante, pois se em 1990 foram propostas apenas 20 reclamações, em 2005 a distribuição alcançou 933 novos processos;⁷ portanto, multiplicou-se em mais de 46 vezes num período de apenas quinze anos.

II – A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE PRESERVAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS

A evolução do instituto ganhou contornos ainda mais extensos do que jamais se havia cogitado, a partir de novo precedente do Supremo Tribunal Federal, estabelecido no julgamento realizado em 26/08/2009, nos autos dos embargos de declaração no recurso extraordinário nº. 571-572-8-BA, Relatora a eminente Ministra Ellen Gracie, cuja ementa a seguir se transcreve em parte:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL

⁶ Ibid. p. 25.

⁷ Ibid. p. 25.

ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. 1. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.”

O precedente acima citado constitui o foco principal do presente estudo.

Como se constata a partir do item 5 da ementa, reconheceu-se à reclamação aptidão para assegurar a prevalência não de uma decisão, mas da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando afrontada por julgamentos oriundos das turmas recursais dos juizados especiais estaduais.

Trata-se de inovação no cenário jurídico, uma vez que a propositura de reclamação para preservação de jurisprudência somente se tornou pos-

sível a partir da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, que acrescentou o artigo 103-A, §3º., da Constituição, o qual prevê o seu cabimento apenas na hipótese de inobservância de Súmula Vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, em âmbito extremamente restrito.

Como a Constituição não prevê a possibilidade de edição de Súmulas Vinculantes pelo Superior Tribunal de Justiça, o cabimento de reclamação para preservação da sua jurisprudência, em um primeiro exame, parece conferir aos acórdãos proferidos em recursos especiais maior autoridade do que a que se reconhece aos julgamentos oriundos do próprio Supremo Tribunal Federal, nos autos dos recursos extraordinários submetidos à sua apreciação, na medida em que, se não for editada Súmula Vinculante a respeito de determinado tema, não se admitirá reclamação para prevalência da orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, ainda que veiculada por meio de Súmula sem caráter vinculante.

A inevitável perplexidade decorrente da constatação supra é provocada pela inexistência no direito brasileiro, em regra, de efeito vinculante da jurisprudência de qualquer tribunal, constituindo a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal a única exceção admitida no sistema constitucional, a qual, ademais, em certa medida, acaba por se confundir com os meios de controle concentrado de constitucionalidade já previstos no texto da Constituição anteriormente à sua instituição, daí porque, em tese, até mesmo nessa hipótese, seria discutível a atribuição de caráter vinculante à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na medida em que este efeito decorre da decisão do colegiado que determina a aprovação da Súmula Vinculante, e não da jurisprudência em que repousa o seu embasamento.

Assim colocada a questão, será possível, em alguma medida, conciliar a construção jurisprudencial com o texto constitucional?

A resposta a essa indagação dependerá da correta compreensão da inovação empreendida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ora, no precedente em análise, procurou-se prover solução para a inexistência de mecanismos de uniformização da jurisprudência pertinente à legislação federal, enquanto não criado órgão com essa finalidade no

âmbito dos juizados especiais, ante o não cabimento de recurso especial para impugnação de acórdãos proferidos pelas turmas recursais dos juizados especiais, conforme jurisprudência consolidada pela Súmula nº. 203 do Superior Tribunal de Justiça.

A grande preocupação da corte foi assegurar um mecanismo pelo qual a controvérsia sobre a legislação federal pudesse ser submetida ao Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o risco de verdadeira ameaça à unidade do direito federal. Tanto é assim que foi cogitada alternativamente a ampliação das hipóteses de cabimento de recurso especial, como se verifica do voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento em exame:

“... Outra forma para a solução proposta pela Ministra Ellen Gracie, seria fazer uma revisão do próprio modelo, pelo menos em obter dictum, para admitir recurso especial contra essas decisões. Mas isso seria, na verdade, um regresso, pois a reclamação tem um caráter seletivo e permite ao STJ a preservação de sua competência enquanto órgão que uniformiza a interpretação do direito federal.”

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de utilização da reclamação em lugar do recurso especial (por analogia), porém de forma mais restrita.

Portanto, na hipótese em análise, a reclamação assume a característica de verdadeiro recurso, quebrando-se a solidez do conceito doutrinário estabelecido ao longo do último século, porém, adequando-se o novo uso do instituto ao texto constitucional, pois se fosse compreendida em sua concepção clássica a reclamação não poderia se prestar à revisão pura e simples de decisões judiciais, pois isso significaria atribuir efeito vinculante às decisões do Superior Tribunal de Justiça.⁸

8 Vide CORTEZ, Cláudia Helena Poggio. **O cabimento de Reclamação Constitucional no Âmbito dos Juizados Especiais Estaduais**. Revista de Processo, 2010. V. 188. P. 253. No artigo citado sustenta-se que “... o entendimento firmado pelo STF dá força vinculante às decisões do STJ, pelo menos com relação às decisões proferidas nos juizados especiais estaduais.”.

O caráter “seletivo” do cabimento da reclamação deve ser compreendido no sentido da relevância da questão federal em debate, evitando-se o congestionamento do Superior Tribunal de Justiça, mas não se limita a esse aspecto.

Com efeito, o artigo 105, III, da Constituição prevê o cabimento do recurso especial em três hipóteses distintas, quando nas causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Todavia, o voto da eminente Relatora, acolhido pela maioria da composição plenária do Supremo Tribunal Federal deixou claro:

“... Diante da inexistência de outro órgão que possa fazê-lo, o próprio Superior Tribunal de Justiça afastará a divergência com a sua jurisprudência, quando a decisão vier a ser proferida no âmbito dos juizados especiais estaduais.”

Como se vê, a única hipótese de cabimento desta reclamação é a divergência do julgamento proferido pela turma recursal com a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Restam afastadas de forma absoluta as hipóteses previstas nas alíneas “a” e “b” do artigo 105, III, da Constituição, e admitida apenas em parte a hipótese da alínea “c” do mesmo dispositivo constitucional, uma vez que não é suficiente o dissídio jurisprudencial com qualquer outro tribunal senão o próprio Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, é importante frisar, não será qualquer divergência de arestos a legitimar o uso da reclamação, mas apenas aquela que se colocar em conflito com a jurisprudência consolidada da Corte Superior.

Nas exatas palavras da eminente Ministra Ellen Gracie, em manifestação no mesmo julgamento ora em análise:

“... A solução proposta, Presidente, evidentemente é temporária, até que a omissão legislativa seja sanada e seja estabelecida esta turma uniformizadora dos juizados especiais. Mas, enquanto isso não ocorre, parece-me que o sistema permite a utilização da reclamação, porque o que estará fazendo o STJ senão resguardando autoridade de uma decisão sua. Jurisprudência consolidada, já sumulada” (grifos nossos).

A última parte do comentário, embora se referisse à situação específica do caso concreto em julgamento, deixa claro o pensamento que norteou o Supremo Tribunal Federal ao admitir o uso excepcional da reclamação: a divergência jurisprudencial qualificada, i.e., o conflito entre o julgamento das instâncias inferiores e a orientação sedimentada da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, usualmente comprovada pela edição de Súmula.

Assim é que, se ainda houver julgamentos conflitantes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, se a jurisprudência for insegura, vacilante e sujeita a flutuações, ou mesmo apenas recente, desde que não sumulada, parece não ser a hipótese de se conhecer da reclamação, na forma concebida pelo Supremo Tribunal Federal, eis que o uso do instituto deve se restringir a situações de conflito jurisprudencial tão manifesto que se coloque em risco a unidade do direito federal infraconstitucional – o que não é possível cogitar se no âmbito da própria Corte Superior houver julgamento recente no mesmo sentido da decisão reclamada.

Os conceitos acima expostos certamente serão mais facilmente compreendidos com o estudo de duas hipóteses a seguir.

Em 2009 o Superior Tribunal de Justiça, editou a Súmula n.º 410, em que restou consolidada sua jurisprudência ao asseverar que *“a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”*. Todavia, em julgamento realizado nos autos dos embargos de divergência em agravo n.º 857.758-RS, em 23/02/2011, a Segunda Seção do mesmo Tribunal superou o entendimento cristalizado no verbete sumular, sustentando que *“... A intimação do devedor acerca da imposição da multa do artigo*

461, § 4º., do CPC, para o caso de descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer pode ser feita via advogado” Posteriormente, apesar do novo entendimento jurisprudencial então veiculado, a C. Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 16/10/2012, decidiu que “... Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, no caso de imposição de multa diária (astreintes), o termo inicial para sua incidência é a data da intimação pessoal do devedor para o cumprimento da obrigação de fazer. Precedentes.”.

Nesse contexto, em que primeiramente é superado o verbete sumular (sem que, entretanto, tenha sido feito o seu cancelamento), em julgamento da Segunda Seção e, em julgamento posterior, em relativamente curto período, a Segunda Turma retoma a antiga orientação jurisprudencial, seria possível cogitar de jurisprudência consolidada, idônea a autorizar o uso excepcional da reclamação constitucional, na hipótese de um julgado de turma recursal perfilar um dos dois entendimentos em conflito no âmbito da própria Corte Superior?

A solução negativa se impõe.

Com efeito, se ainda há dissídio jurisprudencial relevante no seio do Superior Tribunal de Justiça (ainda que anteriormente uma das soluções tenha sido objeto de súmula), não há que se falar em risco de quebra de unidade da interpretação do direito federal decorrente de julgados de turmas recursais, exatamente porque essa unidade de pensamento não chegou a se estabelecer de forma consistente na Corte de uniformização – ou se estabelecida, em determinado momento, acabou se desfazendo, posteriormente, passando a se apresentar com a nota da instabilidade.

Outra hipótese, em que também será afastada a possibilidade de a reclamação ser conhecida, ocorrerá caso não existam pronunciamentos anteriores do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema tratado nas instâncias inferiores, o que usualmente se verificará nas matérias inerentes ao rito próprio dos juizados especiais, que por sua natureza não são apreciadas por aquela Corte, ante o não cabimento de recurso especial contra julgamentos das turmas recursais. Por exemplo: imagine-se julgamento de turma recursal em que houver sido julgado deserto recurso inominado em

razão da impossibilidade de concessão de prazo para complementação de preparo, por afastamento da aplicação analógica do §2º., do artigo 511 do Código de Processo Civil, ante os princípios especiais que regem o rito sumaríssimo dos juizados. Ora, o entendimento citado jamais poderá se colocar em conflito com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pela singela razão de não ser possível àquele Tribunal, mesmo em tese, haver se pronunciado anteriormente sobre a questão controvertida, daí porque a reclamação merecerá juízo negativo de admissibilidade.

III - INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DO INCISO I, DO ARTIGO 2º., E DO ARTIGO 6º., AMBOS DA RESOLUÇÃO Nº. 12/2009, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como a reclamação constitucional não foi criada para servir de mecanismo de uniformização de jurisprudência, a Presidência do Superior Tribunal de Justiça, entendendo inaplicáveis as regras previstas no Regimento Interno, editou a Resolução nº. 12/2009, que passou a regulamentar o novo instituto.⁹

Bem andou o artigo 1º. da norma, ao estabelecer o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação da reclamação, contado da ciência pela parte da decisão impugnada, em evidente analogia ao prazo de interposição de recurso especial, confirmando-se a natureza jurídica da nova espécie de reclamação constitucional.

Ocorre que, em outros dispositivos da mesma resolução, o Superior Tribunal de Justiça parece ter exorbitado dos limites preconizados pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao excepcional uso da reclamação na hipótese em análise.

Isso porque o inciso I, do artigo 2º. da Resolução nº. 12/2009 prevê a possibilidade de o Relator deferir liminar para suspender a tramitação dos processos nos quais tenha sido estabelecida a mesma controvérsia retratada na reclamação:

⁹ Ibid.

“... Art. 2º. Admitida a reclamação, o relator:

I – poderá, de ofício ou a requerimento da parte, presentes a plausibilidade do direito invocado e o fundado receio de dano de difícil reparação, deferir medida liminar para suspender a tramitação dos processos nos quais tenha sido estabelecida a mesma controvérsia, oficiando aos presidentes dos tribunais de justiça e aos corregedores-gerais de justiça de cada estado membro e do Distrito Federal e Territórios, a fim de que comuniquem às turmas recursais a suspensão; ...”

Todavia, o artigo 543-C do Código de Processo Civil, que regula o processamento dos recursos repetitivos e que constitui o único fundamento legal cuja aplicação por analogia poderia em tese respaldar uma determinação de suspensão processual, refere-se especificamente à suspensão de recursos, e não de “processos”; conceito inequivocamente mais abrangente, inexistindo respaldo normativo mínimo para sua adoção na Resolução em foco, ante a possibilidade de atingir até mesmo feitos em tramitação em primeiro grau de jurisdição.

Por outro lado, a regulamentação legal inerente aos recursos repetitivos deve ser compreendida de forma sistemática, pois embora o §2º. do artigo 543-C do Código de Processo Civil preveja a possibilidade de suspensão dos recursos em tramitação nos tribunais enquanto pendente de análise o recurso especial representativo da controvérsia, o §7º. do mesmo dispositivo legal cuidou de estabelecer o procedimento a ser adotado quando for publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que ponha fim ao dissídio jurisprudencial. E, nesse passo, a norma legal refere-se apenas aos “recursos especiais sobrestados na origem”, corroborando a norma estabelecida no *caput*, que regulamenta tão somente o processamento de recursos especiais.

Por essa razão, mesmo no âmbito do processo civil comum não há possibilidade de suspensão de recursos outros que não os próprios recursos especiais, que deveriam ter sido encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça e que aguardam na origem a uniformização de jurisprudência –

entendimento, ademais, adotado pela Resolução nº. 8, de 07 de agosto de 2008, do Superior Tribunal de Justiça, a qual, em seu artigo 7º. estabelece que o procedimento dos recursos repetitivos aplica-se tão somente ao recurso especial e ao agravo de instrumento interposto contra decisão que não admitir recurso especial, deixando de prever sua adoção para qualquer outra modalidade recursal – daí porque carece de fundamento jurídico a determinação de suspensão de recursos inominados nos quais tenha se estabelecido controvérsia idêntica à da reclamação.

Nesse mesmo sentido decidiu a C. Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial nº. 1270401-PR, em julgamento realizado em 27/11/2012, Relator o eminente Ministro Sidney Beneti, de cuja ementa se transcreve o trecho seguinte:

“... 1.- A suspensão prevista na ‘Lei de Recursos Repetitivos’, somente se aplica aos recursos especiais que estejam em processamento nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais.”

Por outro lado, não se pode perder de vista que as turmas recursais não são tribunais, mas órgãos revisores do próprio juizado, integrados por juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, na forma do §1º., do artigo 41, da Lei nº. 9.099, de 1995, cuidando-se, pois, de um juízo colegiado, em relação ao qual não é possível a imposição de suspensão de recursos, uma vez que a norma do artigo 543-C do Código de Processo Civil tem seu âmbito de incidência restrito aos tribunais estaduais e tribunais regionais federais.¹⁰

Cabe acrescentar que, como não é cabível a interposição de recur-

¹⁰ Esse entendimento ficou mais claramente expresso no agravo regimental no agravo em recurso especial nº. 199103-PR, julgamento realizado em 23/10/2012, pela C. Terceira Turma, Relator o eminente Ministro Sidney Beneti, de cuja ementa se transcreve o trecho seguinte: *“...A suspensão prevista na ‘lei de recursos repetitivos’, destina-se principalmente aos Recursos Especiais que estejam em processamento nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais e Agravos deles derivados, podendo ser o sobrestamento determinado pelos Juízos, ao prudente critério, mas não lhes podendo ser imposto.”* (grifo nosso).

so especial contra julgados das turmas recursais e considerando-se que a reclamação constitucional é proposta diretamente perante o Superior Tribunal de Justiça, constata-se que, mesmo em tese, simplesmente não há recursos nas turmas recursais suscetíveis de suspensão sob o pálio da norma especial pertinente aos recursos repetitivos.

Aos argumentos anteriormente apresentados é relevante acrescentar a inutilidade da suspensão de recursos inominados na única hipótese de cabimento da reclamação constitucional ora em estudo. Isso porque a suspensão teria por objetivo assegurar que a controvérsia jurisprudencial fosse solucionada a partir de julgamento do Superior Tribunal de Justiça o qual, servindo de precedente, informaria os julgamentos subseqüentes da turma recursal. Ocorre que a reclamação constitucional na hipótese em exame tem por requisito exatamente a prévia existência de jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema tratado em segundo grau, de forma divergente, razão pela qual não há sentido em se esperar novo julgamento daquela Corte sobre o mesmo tema – a não ser que o Relator vislumbre a possibilidade de revisão do próprio entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça; não sendo assim, deve ser feita a imediata correção, individual, do julgamento divergente, uma vez que nem mesmo a decisão proferida na reclamação possui efeito vinculante em relação a outros recursos e, portanto, não tem o condão de prevenir outras reclamações (de índole recursal) com o mesmo fundamento.

A espera, na hipótese em análise, apenas retarda os julgamentos em segundo grau sem vantagem relevante para a solução da divergência jurisprudencial.

Nessa mesma linha de pensamento, caso o Relator entenda que o julgamento atacado na reclamação possa ensejar riscos de danos irreparáveis e, em primeiro exame, se coloque em conflito com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, restará a alternativa de suspender a eficácia da própria decisão que foi objeto da reclamação, como consequência natural do poder geral de cautela que lhe é inerente – solução adotada, por exemplo, em v. decisão monocrática proferida nos autos da reclamação nº. 5.161-PR, em 08/02/2011, pelo eminente Ministro Cesar Asfor Rocha.

Apesar disso, a norma contida no inciso I, do artigo 2º, da Resolução nº. 12/2009 tem sido utilizada como fundamentação para a suspensão de recursos inominados em tramitação nas turmas recursais, em evidente contradição com a regulamentação prevista no Código de Processo Civil, cuja aplicação por analogia seria a única forma de materializar em termos procedimentais a nova hipótese de cabimento da reclamação constitucional concebida pelo Supremo Tribunal Federal.

Depreende-se, por isso mesmo, o evidente vício de inconstitucionalidade material da referida norma regulamentar, pois, exorbitando dos limites objetivos traçados por normas de superior hierarquia, reconheceu ao Superior Tribunal de Justiça, mediante ato normativo de sua própria iniciativa e elaboração, poderes que somente por lei processual específica poderiam ter sido conferidos àquela Corte.

Outro aspecto que não poderia passar sem realce é a indefinição do prazo de suspensão no dispositivo em apreço. Ora, essa omissão não poderia conduzir à conclusão de inexistência de limites temporais para a suspensão dos feitos mencionados na decisão liminar. Nesse caso deverá ser observado por analogia o disposto no §5º, do artigo 265, do Código de Processo Civil, que estabelece o prazo máximo de um ano para a suspensão de um processo judicial, mormente à luz do princípio da razoável duração do processo - previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição - e, especificamente do princípio da celeridade processual - que informa o sistema dos juizados especiais (artigo 2º, da Lei nº. 9.099, de 1995) -, de modo que, se o julgamento da reclamação não ocorrer dentro desse prazo, as partes que tenham sido atingidas pela determinação de suspensão processual começam a sofrer coação ilegal.

Contudo, esses não são os únicos vícios constatados na Resolução nº. 12/2009.

É que o artigo 6º. da Resolução nº. 12/2009 estabelece que “.... As decisões proferidas pelo Relator são irrecorríveis.”.

Ora, essa norma encontra-se em conflito com a natureza colegiada das decisões do Tribunal, à luz do Regimento Interno do Superior Tribunal

de Justiça, que prevê a possibilidade de interposição de agravo regimental contra as decisões proferidas pelo Relator, a ser apreciado pelo órgão do Tribunal ao qual compete o julgamento do pedido ou recurso, conforme se lê dos respectivos dispositivos regimentais:

“... Art. 258. A parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

§ 1º O órgão do Tribunal competente para conhecer do agravo é o que seria competente para o julgamento do pedido ou recurso.

§ 2º Não cabe agravo regimental da decisão do relator que der provimento a agravo de instrumento, para determinar a subida de recurso não admitido.

Art. 259. O agravo regimental será submetido ao prolator da decisão, que poderá reconsiderá-la ou submeter o agravo ao julgamento da Corte Especial, da Seção ou da Turma, conforme o caso, computando-se também o seu voto.

Parágrafo único. Se a decisão agravada for do Presidente da Corte Especial ou da Seção, o julgamento será presidido por seu substituto, que votará no caso de empate.”

Atente-se que a única hipótese de irrecorribilidade acolhida pelo Regimento Interno é a decisão do Relator que der provimento a agravo de instrumento que determinar a subida de recurso não admitido – o qual, portanto, de todo modo será submetido ao julgamento do colegiado.

Isso ocorre porque o Relator profere decisões monocráticas em nome do colegiado de que é integrante, não sendo possível subtrair aos demais membros do mesmo órgão a possibilidade de rever tais decisões, se com elas não se conformar a parte agravada.

É importante frisar que eventual derrogação da norma regimental demandaria a edição de Emenda Regimental, observando-se o rito previsto nos artigos 332 a 335 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que exige parecer prévio da Comissão de Regimento e voto favorável de dois terços dos membros do Tribunal.

Todavia, a Resolução n.º. 12/2009 foi editada com fundamento no artigo 21, inciso XX, do Regimento Interno, que permite ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça a edição de atos normativos para regulamentar deliberações do Plenário, da Corte Especial ou do Conselho de Administração.

A inconstitucionalidade formal consiste na impossibilidade de derrogação de disposição do Regimento Interno por ato do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, ante a inobservância do rito especial para edição de emendas regimentais, que prevê não somente quórum qualificado, mas também prévio parecer da Comissão de Regimento.

Resta evidente que o conflito aparente de normas em foco deve se resolver pela prevalência da norma regimental sobre aquela estabelecida pela Resolução n.º. 12/2009.

De qualquer modo, caso não admitido o agravo, restaria à parte prejudicada a alternativa de propor mandado de segurança contra a decisão proferida pelo Relator;¹¹ porém, trata-se de solução muito mais onerosa para as partes envolvidas e para a própria administração da Justiça, vulgarizando o uso do *writ*, em amesquinamento de sua dignidade constitucional.

A questão da recorribilidade das decisões do Relator possui especial relevo, na medida em que eventuais determinações de suspensão de recursos e “processos” podem se revestir de efeitos extremamente gravosos não somente para as partes envolvidas na reclamação em que proferida tal decisão, mas também atingir a esfera jurídica de terceiros estranhos

11 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 11ª. Ed. p. 633. Comentário ao artigo 549 do Código de Processo Civil.

àquela específica relação processual e que possuem interesse e legitimidade para impugnar, perante o colegiado, a decisão do Relator que lhes prejudique.

IV – CONCLUSÃO

A partir do julgamento dos embargos de declaração no recurso extraordinário nº. 571.572-8-BA, pelo Supremo Tribunal Federal, tornou-se cabível a propositura de reclamação constitucional para preservação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quando contrariada por julgamento de turma recursal dos juizados especiais estaduais, assumindo o instituto processual, nesse caso, a natureza de recurso análogo ao recurso especial, cujo cabimento, entretanto, é restrito à hipótese de conflito entre o entendimento jurídico consagrado no julgamento objeto da reclamação e a orientação adotada por jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, afastadas as demais hipóteses previstas no artigo 105, III, da Constituição da República.

Não obstante o cabimento da reclamação constitucional, conclui-se pela inconstitucionalidade material do inciso I, do artigo 2º e a inconstitucionalidade formal do artigo 6º, ambos da Resolução nº. 12/2009, editada pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça, os quais preveem, respectivamente, a possibilidade de suspensão de outros processos em curso nos quais tenha se estabelecido idêntica controvérsia e a irrecorribilidade das decisões proferidas pelo Relator da reclamação. ♦

AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO + CONCILIADORES – UMA DIFÍCIL EQUAÇÃO

JUÍZA DE DIREITO MÁRCIA MACIEL QUARESMA

JUÍZA TITULAR DO X JEC

Dispõe a Lei 9.099/95 em seu art. 2º: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.”

Assim, a Lei 9.099/95, ao ser editada, tinha como escopo não somente franquear o acesso à Justiça através de um procedimento mais simples e informal, mas também e principalmente estimular e facilitar a cultura da conciliação, a qual implica exercício da cidadania, estímulo da autoconposição e autodefesa, agilização da solução da demanda e responsabilização dos jurisdicionados.

É fato que, com a implantação dos Juizados Especiais, tivemos aumento da procura do Poder Judiciário, a chamada “demanda reprimida”. Contudo, passados quase vinte anos da edição da lei, constata-se que o fluxo de ações definitivamente não diminuiu, estando os cartórios abarrotados de processos.

E uma das causas de tanto acúmulo é exatamente o incipiente incremento da conciliação.

Analisando-se a Lei 9.099/95, vemos que ela fornece ao administrador/julgador de um Juizado Especial meios para se lidar com as demandas crescentes.

A mais preciosa dessas armas é a CONCILIAÇÃO, pois através dela as partes conseguem resolver a questão posta de uma forma mais simples, direta e rápida do que aguardar a prolação da sentença e quiçá de eventual recurso.

Embora fosse essa a intenção do legislador, infelizmente não se tem no Brasil uma cultura voltada para a conciliação.

Talvez por conta do nosso passado político autoritário ou pelo próprio atraso do desenvolvimento socioeconômico do país, constata-se a incapacidade do jurisdicionado para o exercício da autocomposição, preferindo, na maior parte das vezes, a imposição verticalizada da solução do conflito pelo poder estatal.

A capacidade de resolução autônoma dos casos é um dos indicadores do desenvolvimento de uma nação.

Pesquisas de entidades internacionais indicam que nos países desenvolvidos o percentual de acordos em conflitos é de 80% a 82%, enquanto que em países subdesenvolvidos é de 30% a 35%.

Tal abismo de 50% de diferença entre os dois índices de acordos correspondentes aos países desenvolvidos e subdesenvolvidos se deve a vários fatores, entre os quais: baixo nível educacional da população, pequeno investimento em cursos de formação de conciliadores, pouca ou nenhuma tradição da população em se engajar no voluntariado e dos próprios Tribunais em organizar, estimular e divulgar o trabalho voluntário.

Desde o ano de 2007, o X Juizado Especial Cível da Capital – Regional da Leopoldina coletou dados sobre o índice geral de conciliação naquele órgão jurisdicional.

Tendo-se como base o ano de 2010, foram designadas 3668 audiências de conciliação e obtidos 507 acordos, realizados por conciliadores, ou seja, 13,8% de conciliações alcançadas no primeiro momento de encontro das partes em Juízo. Este percentual se altera posteriormente quando, na Audiência de Instrução e Julgamento, diante do Juiz Togado ou do Juiz Leigo, mais acordos são realizados, acordos estes que poderiam ter sido fechados na Audiência de Conciliação e que amadurecem pelo simples fato de os jurisdicionados estarem diante de uma figura estatal.

A Lei 9.099/95, espelho das legislações mais modernas oriundas de países desenvolvidos, repita-se, procura exatamente fomentar o poder das partes na resolução do conflito.

Vem daí a enorme importância da Audiência de Conciliação para a legislação pertinente e para o próprio sistema dos Juizados, pois é através do acordo que se obtém a mais rápida solução do conflito, atendendo,

portanto, aos princípios da simplicidade, celeridade e informalidade, estatuídos pela lei como basilares no microsistema dos Juizados Especiais.

Contudo, para se ter algum sucesso, primeiro é urgente que se pense na realização de verdadeiras Audiências de Conciliação.

Fala-se em verdadeira Audiência de Conciliação porque, considerando os princípios já explanados, bem como a *mens legis*, a Audiência de Conciliação não pode ser vista como uma mera fase processual a ser transposta em menos de cinco minutos e que se limita a uma pergunta: “Há proposta de acordo?” seguida invariavelmente das respostas “Sim” ou “Não”.

Na maioria das vezes, é isto que tem ocorrido, infelizmente ...

A experiência da conciliação, em sentido próprio, encerra um processo dialético de discussão do conflito, abordagem e análise dos fatos, exposição e argumentação, visando ao convencimento das partes e intervenção direta e técnica do conciliador, que atua como facilitador, na busca da solução possível do problema.

Assim vista, a Audiência de Conciliação não é apenas uma mera fase processual, e deve ser encarada como o meio mais democrático, ágil e eficaz de solução do litígio, atingindo um posto de importância que realmente merece.

Nesse aspecto, devem os Tribunais fornecer cursos de formação de conciliadores cada vez mais frequentes, completos (teoria e prática) e com técnicas multidisciplinares.

Mas voltando à dura realidade, acredito que ainda no caso da Audiência de Conciliação limitada às duas falas, alguns otimistas dirão que, ao menos, OCORREU a Audiência de Conciliação orientada por um conciliador.

Sim, porque o que se observa atualmente nos Juizados Especiais do Estado do Rio de Janeiro, salvo algumas exceções, é a mais completa escassez de conciliadores.

Anteriormente, estávamos tecendo considerações acerca do ideal de conciliação, da diferença entre os dois tipos de Audiências de Conciliação (a própria e a imprópria). Agora, estamos falando do básico, ou seja, da falta do instrumento fundamental para a existência do ato, como este foi

pensado pelo legislador. Sem CONCILIADOR não há Audiência de Conciliação!

Esse é um dos maiores problemas enfrentados pelos juízes de Juizados.

Analisando-se as políticas adotadas nos últimos anos pelo TJRJ, não se observa uma uniformidade de atuação voltada para auxiliar o juiz na captação de pessoas interessadas em atuar como conciliadores. As iniciativas então passam a ser individuais e, como tal, perdem a força atrativa.

Não é exagero então se afirmar que o TJRJ, como instituição, tem dificuldade em organizar um trabalho voluntário em grande escala, o que ocasiona a diminuição do número de conciliadores em cada Juizado Especial.

Portanto, deve o TJRJ organizar uma política institucional de recrutamento de estudantes diretamente nas faculdades de Direito por meio de convênios.

Por outro lado, os arts. 7º e 73, parágrafo único da Lei 9.099/95 estabelecem que os conciliadores serão recrutados **PREFERENTEMENTE** entre os estudantes de Direito.

A legislação foi generosa ao franquear essa imensa porta de entrada.

Assim, entende-se que qualquer estudante de Direito pode ser treinado para atuar na conciliação, sem qualquer limitação relativa ao período que estiver cursando.

Igualmente, o advogado ou o bacharel em Direito também podem exercer a função de conciliador.

E mais, diante da carência de pessoal e considerando o ideal democrático de participação direta da sociedade local na solução dos problemas comunitários, seria recomendável a capacitação de pessoas da comunidade como conciliadores.

Essa proposta merece ser considerada tanto pelo seu aspecto prático, como por conta de sua conotação altamente democrática e inclusiva, fazendo com que a comunidade leiga se aproxime e participe do Poder Judiciário e também interaja com os demais membros sociais buscando a solução do conflito mais adequada àquela realidade local.

Mesmo que se encontrem objeções a este projeto como, por exemplo, a possível falta de intimidade com a terminologia jurídica, a baixa escolaridade da população, a necessidade de um treinamento muito mais cuidadoso e voltado para o leigo, etc..., parece que tal experiência seria extremamente instigante até mesmo sob o aspecto sociológico da questão e deveria ser aplicada e estimulada pelo Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

Já na abordagem oposta do tema existem as experiências de outros Estados da Federação (São Paulo, Paraná, Minas Gerais, Espírito Santo) que adotaram o modelo de remuneração dos conciliadores.

Tal estratégia de captação é sem dúvida a que apresenta as maiores vantagens.

Remunerando-se o conciliador, este poderia ser recrutado atendendo-se a critérios de seleção mais rigorosos. O controle sobre o estagiário também seria maior, pois, a partir do momento em que se remunera um serviço, é factível a cobrança de frequência, horário e desempenho.

A carência de pessoas dispostas a trabalhar gratuitamente leva a uma situação em que o magistrado tende a ser muito mais condescendente com falhas de frequência, horário e dedicação ao trabalho, exatamente para não perder os estagiários e com isso prejudicar o andamento da pauta de conciliações.

O Poder Judiciário do Rio de Janeiro, no Processo Administrativo nº 2011-0232464, autorizou a realização de Projeto Piloto de Estudante de Direito Conciliador contando, inicialmente, com trinta estudantes selecionados pelo CIEE, a serem remunerados por meio de bolsa-auxílio e auxílio transporte.

Essa, sem dúvida, é uma iniciativa que deve ser ampliada, não devendo se limitar a apenas trinta estagiários, considerando o número de Juizados Especiais existentes no Estado do Rio de Janeiro, pois significa a solução definitiva para a questão.

Como conclusão, podemos listar as seguintes soluções para o problema de carência de conciliadores, seguindo uma ordem de importância:

1º - remuneração dos conciliadores;

2º - adoção pelo TJRJ, através do COJES, de uma política institucional de recrutamento de estudantes de Direito diretamente nas faculdades, através de convênios;

3º - captação e capacitação de agentes comunitários como conciliadores em projeto experimental;

4º - aprimoramento dos cursos de treinamento de conciliadores;

A encampação de qualquer dessas medidas pela administração do TJRJ é necessária para que o ideal da Lei 9099/95 seja alcançado e se consiga estimular a cultura da conciliação. ◆

O PRINCÍPIO DA ORALIDADE COMO FOMENTADOR DA EFETIVIDADE PROCESSUAL¹

ANTONIO AURÉLIO ABI-RAMIA DUARTE

JUIZ DE DIREITO DA 1 TURMA RECURSAL CÍVEL TJERJ

EXPOSITOR/ INSTRUCTOR EMERJ/ESAJ

MESTRANDO EM PROCESSO UERJ

MARINA SILVA FONSECA

BACHAREL EM DIREITO UERJ

SERVIDORA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO

RIO DE JANEIRO

Superada a visão conceptualista do processo, caracterizada por um sistema de autorreferência e autolegitimação da técnica processual, atinge-se um novo prisma de análise do fenômeno processual. A chamada fase instrumentalista² (para parcela da doutrina já evolvida com o formalismo valorativo) concebe o processo enquanto um instrumento, um meio para a consecução de suas finalidades sociais, instrumento manejado para a busca do melhor resultado e resguardo da duração razoável do processo.

Nesse contexto de um “processo civil de resultados” (GARBI, 2000, p. 65), que tem por fonte de legitimação sua transformação prática operada, sobreleva-se a importância da análise da efetividade processual, ou seja, da “aptidão para produzir concretamente os resultados dele esperados³” (BEDAQUE, 2010, p. 32).

1 O presente estudo é dedicado pelos autores ao Desembargador Antonio Saldanha Palheiro (TJERJ). Durante os últimos anos testemunhamos significativas conquistas, marcadas pelo espírito de grupo, liderança e por um companheirismo ímpar, digno dos grandes líderes. Receba o nosso reconhecimento e admiração com a certeza de que “O aprendizado da caminhada se faz caminhando” (Revista Direito em Movimento, V. 16, 2º semestre, 2012).

2 V. a célebre obra de Cândido Rangel Dinamarco (2009), “A instrumentalidade do Processo”.

3 Que nos faz recordar o clássico princípio Chiovendiano segundo o qual “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.

Compete ao jurista, destarte, questionar se as regras procedimentais são aptas (e pouco onerosas) para concretizar os ideais de justiça e pacificação social colimados, propondo a adaptação e a simplificação do rito em prol de sua funcionalidade. No cenário atual do procedimento ordinário civil pátrio, é cediço que as formas procedimentais operam muitas vezes como um entrave, e não como um meio hábil à obtenção da efetiva tutela jurisdicional, cerceando o direito ao processo justo, o qual deve ser compreendido como garantia fundamental (WAMBIER, 2003, p. 67) abraçado pela dignidade humana.

No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo.

A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana. (GRECO, 2002, p. 11)

Portanto, destacada a necessidade de uma profunda reforma no modo de pensar e de estruturar o processo, propõe-se a adoção mais ampla do princípio da oralidade. Este, cuja conceituação adiante se exporá, compreende um complexo de caracteres tendentes à simplificação e intensificação do diálogo entre o juiz e as partes (servindo ao modelo cooperativo de processo preconizado pelo formalismo valorativo e aos nossos valores democráticos mais essenciais), privilegiando, por conseguinte, a justiça e a celeridade da tutela jurisdicional; ou seja, a efetividade do processo.

Logo, não se permitindo resistências injustificadas ao decorrer da relação processual

1 PRINCÍPIO DA ORALIDADE

A conceituação de oralidade divide-se em duas linhas principais: oralidade em sentido amplo e em sentido estrito (BEDAQUE; BRASIL; OLIVEIRA, 2008, p. 411-412). Em sentido amplo, concerne à forma de realização dos atos processuais, quando verbalmente concretizados (GUEDES, 2003, p. 52). Não é a essa significação simplista que alude o presente trabalho, mas ao segundo sentido atribuído à oralidade, o qual permite enquadrá-la como verdadeiro princípio, informativo de um modelo próprio de concepção e estruturação do fenômeno processual (CALMON, 2009, p. 49-50; CÂMARA, 2000, p. 129).

Com fulcro na sistematização de Chiovenda (1949), principal idealizador do princípio, compreende a oralidade um complexo de subprincípios – imediatidade, concentração, identidade física do juiz e irrecorribilidade das decisões interlocutórias (ARONNE, 2009, p.112; BEDAQUE; BRASIL; OLIVEIRA, 2008, p. 411-412; CÂMARA, 2000, p. 129; CARDOSO, 2012, p. 53-55; CHIOVENDA, 1949, p. 363-364) – os quais se inter-relacionam na composição de um modelo processual capaz de garantir a justiça, a segurança e a celeridade esperadas da prestação jurisdicional:

Diz-se, no entanto, que o princípio da oralidade é o gerador de outros princípios ou mesmo subprincípios, por permitir a aproximação do juiz com as partes e com a prova – imediatidade; por exigir do juiz que instrui o julgamento – identidade física do juiz; por realizar maior número de atos em melhor tempo – concentração; e reunir na apelação toda a matéria recursal – irrecorribilidade em separado das interlocutórias. A ideia original dessa cisão da concepção de oralidade decorre da proposição de Giuseppe Chiovenda e perpassa toda a sua obra, desde os intentos reformadores da legislação processual italiana no início do século XX até as obras intermédias.

São todos, imediatidade, concentração, identidade física do juiz e irrecorribilidade em separado das interlocutórias, princípios correlatos ao princípio da oralidade, ou consectários, segundo abalizada doutrina.

Cindidos sob o aspecto objetivo e subjetivo, dois desses princípios se inclinam pela classificação subjetiva (imediatidade e identidade física do juiz) e dois pela classificação objetiva (concentração e irrecorribilidade em separado das interlocutórias), mas com forte influxo subjetivista também nesses dois últimos. Chiovenda, por sua vez, via na oralidade duas linhas essenciais: concentração e imediatidade, no que é seguido quase por inteiro por alguns autores brasileiros.

Autores há – notadamente hispano-americanos – que identificam o princípio da oralidade com os princípios da imediatidade, da concentração, da livre apreciação das provas, da instância única e da publicidade.

Liga-se ainda o princípio da oralidade a outros tantos princípios do procedimento, como o princípio da publicidade, o princípio da livre convicção, o princípio da instância única, o princípio do contraditório, o princípio da preclusão, além daqueles quatro principais antes indicados, [...] (GUEDES, 2003, p. 56-57)

Em uma releitura hodierna dos caracteres elencados por Chiovenda, associa a doutrina outros princípios ou valores ao modelo oral de processo, como a promoção da autocomposição, o contraditório enquanto diálogo cooperativo entre os sujeitos processuais (irrestrito, amplo e participativo), a informalidade, o fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz (CALMON, 2009, p. 53), além da publicidade, do controle popular, da livre convicção, da celeridade e da economia processual (GUEDES, 2003, p. 77-88). Identifica-se o princípio da oralidade, ademais, ao chamado “proce-

dimento por audiências”⁴, no qual se prioriza a audiência enquanto palco para o desenrolar dos atos processuais, possibilitando o imediato diálogo entre os sujeitos processuais diante das postulações e da produção probatória em um esforço, sobretudo, de “humanização do processo”, reiterando a dignidade humana como condição basilar.

Isto posto, apresentado o panorama conceitual da oralidade, tecer-se-ão breves considerações acerca de seus principais valores corolários, o que permitirá a compreensão de cada um dos pilares desse modelo processual.

1.1 Imediatidade

O primeiro princípio a ser abordado, o da imediatidade ou imediação, orienta o magistrado ao contato direto com as fontes da prova, colhendo-as pessoalmente em audiência. Relaciona-se a imediatidade, dessa feita, à justiça da prestação jurisdicional, visando-se ao aprimoramento da (livre) formação da convicção do órgão jurisdicional, em razão da direção imediata, ou seja, sem intermediários, da atividade instrutória (ARONNE, 2009, p. 112; BEDAQUE; BRASIL; OLIVEIRA, 2008, p. 412; CÂMARA, 2000, p. 130; CARDOSO, 2012, p. 54-55; PEYRANO, 2012).

*O princípio da imediação ou da imediatidade está associado diretamente ao princípio da oralidade, tendo por finalidade, diversamente dos demais que se seguirão, aproximar o julgador da prova, provenha essa prova das declarações das partes, das declarações de testemunhas ou mesmo da observação de coisas ou pessoas, facilitando o conhecimento sobre o fato *probandi*, regra manifesta no dispositivo sobre a coleta direta e pessoal da prova em audiência (art. 446).*

⁴ Para aprofundamento no tema do procedimento por audiências, em que se “concentram em audiências seguidas, situando na fase inicial, principalmente as atividades saneadora e de conciliação” (GUEDES, 2003, p. 213), v. as considerações de Jefferson C. Guedes (2003, p. 170-213) e de Jorge W. Peyrano (2012).

A coleta direta da prova pelo juiz é a própria essência da oralidade, impondo ao magistrado sua participação na produção das provas, retirando-o da função inerte de receptor indireto dos elementos probatórios. Por esse princípio o juiz deve ter contato imediato e franco com a parte e com a produção de provas. (GUEDES, 2003, p. 57-58)

Permite-se a captação mais precisa e minuciosa dos elementos probatórios pelo juiz, apreendendo-se gestos e comportamentos que seriam perdidos na transcrição de depoimentos ou de inspeções. Com a aplicação do princípio da imediação, promovem-se, ademais, amadurecimento do contraditório e humanização do litígio (GUEDES, 2003, p. 62; SILVA NETO, 2005, p. 10-14), desenvolvido, dialeticamente, perante o magistrado.

1.2 Concentração

O segundo pilar da oralidade, a concentração, impõe um *iter* processual desenvolvido em uma ou poucas audiências, concentradas no mínimo intervalo de tempo entre elas. Funciona, por conseguinte, enquanto princípio facilitador dos demais componentes e objetivos da oralidade (CÂMARA, 2000, p. 131), congregando justiça e celeridade da prestação jurisdicional, como fatores que reforçam a perseguida duração razoável do processo.

Primeiramente, garante a eficácia da imediação enquanto via de aprimoramento da formação da convicção do órgão jurisdicional, uma vez que a concentração da instrução em curto espaço de tempo permite a preservação das observações e impressões apreendidas pelo juiz (ARONNE, 2009, p. 112; CALMON, 2009, p. 55-57; GUEDES, 2003, p. 63; SILVA NETO, 2005, p. 14-15).

Para que a *imediação* seja útil e eficaz, não se recomenda fracionar a audiência em vários encontros, mas concentrar o maior número de atos em uma só ocasião. As impressões no espírito do juiz – após seu contato imediato com as provas

– não devem esmaecer sob a força corrosiva do tempo. A concentração dos atos é, portanto, senão uma decorrência lógica, uma exigência teleológica da *imedição*; quanto menos tempo fluir entre a colheita da prova e a solução do litígio, melhor. (BEDAQUE; BRASIL; OLIVEIRA, 2008, p. 413)

Nesse sentido, como assevera Petrônio Calmon (2009, p. 57), “não se concentrando os atos, o que antes foi realizado oralmente transformase em papel e o julgamento já não será humanizado, mas sim fundado na letra fria dos relatos transcritos”.

Em um segundo prisma de análise – classificado como objetivo por J. Carus Guedes (2003, p. 63-67), em oposição à primeira função vista, denominada subjetiva – a concentração representa via de garantia da celeridade (ARONNE, 2009, p. 112) e da economia processuais. Pois, ao condensar em um ou poucos atos o rito procedimental, reduz-se o dispêndio de tempo e recursos jurisdicionais para o alcance da solução da lide (GUEDES, 2003, p. 65-67), potencializando a eficiência (art. 37 da CF) do aparelho estatal jurisdicional e demonstrando comprometimento com o gerenciamento processual.

1.3 Identidade física do juiz

O terceiro princípio, o da identidade física do juiz, também constitui condição à eficácia da imedição (CALMON, 2009, p. 60), ao garantir que o mesmo magistrado que presidiu a instrução, tendo contato imediato com as provas e as partes processuais, prolata a sentença (ARONNE, 2009, p. 112; CARDOSO, 2012, p. 54-55; SILVA NETO, 2005, p. 29).

De outro modo, restariam esvaziados os esforços empreendidos pelo princípio da oralidade no sentido da obtenção da decisão justa, se prolata-se a sentença magistrado que somente teve acesso a registros escritos dos atos processuais:

[...] os proveitos da oralidade ficariam comprometidos se a sentença não fosse proferida por quem conduziu a audiên-

cia e teve contato direto com a prova oral. A dissociação das funções instrutória e decisória – pela atribuição de cada uma delas a um magistrado diferente – pulverizaria as vantagens cognitivas até esse momento proporcionadas pelo sistema da oralidade. A reunião, na mesma pessoa, das funções inerentes à colheita da prova oral e ao julgamento contribui para a justiça da decisão, pois proporciona ao juiz melhores condições de formar convencimento sobre a matéria fática controvertida. (BEDAQUE; BRASIL; OLIVEIRA, p. 413)

1.4 Irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias

O último princípio indicado na conceituação tradicional de Chiovenda (1949) é o da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, cuja impugnação somente pode ser apreciada juntamente à decisão de mérito, ao final da análise da causa pelo juízo de primeira instância.

Evita-se, desse modo, o excessivo truncamento da marcha processual (GUEDES, 2003, p. 72-74), cuja duração pode ser dilatada por inúmeros incidentes concomitantes ou até suspensivos da lide principal, assim como o fracionamento da causa perante juízos diversos, usualmente não aparelhados pelo imediato contato com as partes de que pode desfrutar o juiz de primeiro grau. Preservam-se, por conseguinte, valores como a concentração, a imediatidade, a celeridade, a economia processual e a identidade física do juiz, contribuindo para a fluidez do modelo oral de processo (ARONNE, 2009, p. 113; CÂMARA, 2000, p. 132; CARDOSO, 2012, p. 54-55; GUEDES, 2003, p. 74). Trata-se de uma tendência normativa moderna o repúdio ao uso abusivo das vias recursais interlocutórias como instrumento para tardar a prestação jurisdicional, fato prestigiado no Projeto Fux (novo Código de Processo Civil) e insito ao conceito de eficiência processual.

1.6 Histórico

As remissões ao processo oral normalmente remontam a Roma, à fase das *legis actiones*, caracterizada por rígidas fórmulas orais para se

postular em juízo, e à fase formular, em que, embora ainda predominante a realização verbal dos atos processuais, já se observa redução da rigidez procedimental inicial (CÂMARA, 2000, p. 128-129; GUEDES, 2003, p. 18-21). Tais referências, contudo, tratam de oralidade em sentido amplo, do domínio de atos verbais no curso do procedimento, não se confundindo com o complexo de garantias estruturado pelo princípio da oralidade (cujo ideal de simplicidade em nada se coadunaria à rigidez do sistema de nulidades formais romano).

A oralidade enquanto princípio começa a adquirir seus contornos muito posteriormente, a partir do Século XIX nos países de linha romano-germânica, como reação às vicissitudes do modelo processual romano-canônico. Este, cujo marco inicial foi o Decreto de 1216 de Inocêncio III (o qual impôs a redução a escrito de todo ato processual), caracterizou-se pela morosidade, pelo distanciamento entre o juiz e a prova (frequentemente colhida sem a participação do magistrado), pelo formalismo excessivo e pelo esvaziamento dos poderes do juiz. (GUEDES, 2003, p. 21-25)

Em face dessa contraproducente realidade processual, ganhou força o movimento por um novo modelo, pautado na oralidade, o qual teve, já no Século XX, o gênio de Chiovenda (1949) como principal sistematizador e defensor, vislumbrando a adoção do processo oral enquanto solução central à crise do processo civil. Posteriormente, embora deslocado do papel de eixo central das reformas processuais, o princípio da oralidade jamais deixou de ser revisitado e defendido, sendo enquadrado por Cappeletti (1988) na terceira onda de acesso à justiça, enquanto via de garantia de outros valores (GUEDES, 2003, p. 33).

Na atualidade, novamente recorreu-se à oralidade, no contexto do processo civil democrático, como mecanismo de garantia do contraditório participativo, de formação de um modelo cooperativo e humanizado de processo (GRECO, 2002, p. 25; SILVA NETO, 2005, p. 28). Socorreram-se desse princípio, ademais, inúmeras reformas tendentes à redução do tempo e das formalidades do processo, mormente através da criação de ritos especiais de caráter sumário.

No entanto, conquanto diante da revalorização do princípio em doutrina, sua aplicação continua restrita a determinados procedimentos e usualmente mitigada em sua extensão, comprometendo a consecução dos objetivos preconizados. No Brasil, como se irá adiante expor, a previsão legal de elementos da oralidade é escassa e, ainda que normativamente estabelecida, padecente de desvirtuamentos na prática judicial, sendo parcialmente implementada (GUEDES, 2003, p. 31-32).

1.7 Oralidade no processo civil brasileiro

Em direito pátrio, a influência do modelo processual romano-canônico foi acentuada nas Ordenações Afonsinas, *Siete Partidas*, Manuelinas e Filipinas, caracterizando-se o processo comum luso-brasileiro, de caráter privatístico, por um procedimento escrito, burocrático e de afastamento entre o juiz e a colheita de prova (CARDOSO, 2012, p. 55-57; GUEDES, 2003, p. 38; OLIVEIRA, C., 1997, p. 30-32).

Somente no Código de Processo Civil de 1939 projetou-se a adoção de alguns aspectos do princípio da oralidade, ao qual foi dedicada longa passagem na Exposição de Motivos (CARDOSO, 2012, p. 59). Entretanto, a prática processual impôs cada vez maior mitigação ao ideal de processo oral, sendo, por exemplo, relativizada a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias na forma em que prevista pelo Código de 39, admitindo-se jurisprudencialmente a impetração de mandado de segurança como meio de impugnação. A identidade física do juiz, outro princípio previsto no Diploma de 39 (em seus artigos 39, §1º e 120), foi restringida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o qual também ampliou o cabimento do agravo por instrumento.

Como se pode observar, o Código de 1973 não adotou o modelo oral de processo, mantendo apenas a obrigatoriedade da colheita em audiência da prova oral, podendo todavia ser feita por juiz distinto do que irá sentenciar e inclusive sendo possível a dispensa de designação de audiência. Em grau recursal, sequer é usual a realização de atividade instrutória, utilizando-se dos registros escritos dos atos já desenvolvidos perante o juízo de primeiro grau. (BEDAQUE; BRASIL; OLIVEIRA, 2008, p. 420-426; CÂMARA, 2000, p. 137-138; CALMON, 2009, p. 66-67; MOREIRA, 2004)

O ideal de concentração, outrossim, não resiste à morosidade da marcha processual sob o procedimento ordinário. E tal percepção, da ausência de efetividade do processo civil brasileiro, mormente por sua irrazoável duração, contribuiu para a recente revisitação do princípio da oralidade, inspirador de reformas como a criação dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995), a alteração da disciplina do procedimento sumário (através da Lei nº 9.245/1995) e o estabelecimento da audiência preliminar também no procedimento ordinário (introduzida pela Lei nº 10.444/2002).

Em sede de Juizados Especiais, a oralidade teve maior acolhida, sendo prevista enquanto princípio informativo do sistema introduzido pela Lei 9.099/95. (BEDAQUE; BRASIL; OLIVEIRA, 2008, p. 424-425). Obedece aos ideais de imediatidade e identidade física do juiz, sendo as provas colhidas na audiência de instrução e julgamento diretamente pelo juiz togado/leigo que irá proferir a decisão. (CÂMARA, 2000, p. 141-142; GUEDES, 2003, p. 132-135; SILVA NETO, 2005, p. 19). A irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias também é observada (ao menos no plano normativo), não sendo prevista a figura do agravo. A concentração, por sua vez, pode-se considerar respeitada, pois, conquanto haja audiência de conciliação e audiência de instrução e julgamento, a primeira constitui etapa prévia à análise de mérito do litígio (com finalidade precípua de promoção da autocomposição), e a segunda é aquela em que são desenvolvidos os atos processuais instrutórios (CÂMARA, 2000, p. 144; CARDOSO, 2012, p. 63; FIGUEIRA JUNIOR, 2006, p. 36-37; GUEDES, 2003, p. 134-135).

Preconizam-se, ademais, a simplificação dos atos processuais e a intensificação do diálogo cooperativo entre as partes, sendo incentivada a conciliação (FIGUEIRA JUNIOR, 2006, p. 40-42), momento no qual contemplamos a perfeita pacificação social. É possível a apresentação oral de resposta e de embargos de declaração, a prova técnica é simplificada (comparecendo o técnico/perito em audiência para narrar suas observações), dispensa-se a redução minuciosa a termo das provas orais, assim como o relatório da sentença (CÂMARA, 2000, p. 141-144). Algo plenamente adequado ao enfrentamento de massa.

Conclui-se que, diversamente do procedimento ordinário, o processo perante os Juizados Especiais tem a oralidade como um de seus principais eixos principiológicos, associada à garantia da efetividade do processo, devendo ser guiada para preservação da duração razoável do processo.

Nesse sentido, relaciona a doutrina a oralidade do rito da Lei 9.099/95 aos ideais de acesso à justiça e devido processo legal (entendido enquanto princípio de incansável perseguição ao processo justo), inaugurando um novo paradigma de processo, mais humanizado, aproximado do jurisdicionado (DINAMARCO, 1986, p. 2; FIGUEIRA JUNIOR, 2006, p.35-36; GAULIA, 2002, p. 237-238):

De todos os princípios norteadores do sistema especial é, sem dúvida, o princípio da oralidade que, reinterpretado, abre as portas aos cidadãos a um novo mundo jurisdicional.

Segundo a fórmula tradicional do processo civil, o princípio da oralidade prevê:

um *predomínio* no procedimento das manifestações orais sobre as formas escritas [...]

A oralidade no processo gera como consectários: a *concentração*, que implica uma compreensão procedimental tendente a reduzir o procedimento a uma só audiência, ou outra em curto intervalo próximo à decisão do juiz, visando à preservação das impressões pessoais do magistrado e de sua memória acerca dos fatos da causa; a *imedição*, que é o contato direto do juiz com as alegações e as provas, recebendo, sem interposições, o material com que vai trabalhar a sua sentença; a *identidade física do juiz*, que é decorrência da oralidade e da imediatidade, por isso que o juiz que colhe a prova é o que se encontra mais habilitado a decidir. [...]

No entanto, a nosso sentir, vai o princípio da oralidade bem mais além das noções técnico-processuais acima expostas.

A verdade é que, se a Lei 9.099/95 veio inaugurar um novo sistema de acesso do cidadão ao juiz e do Juiz à vida real de seu jurisdicionado, a oralidade é bem mais que a visão estandardizada do processualista. (GAULIA, 2002, p. 237-238)

2 O PAPEL DA ORALIDADE NA GARANTIA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Apresentado o complexo de valores e garantias que compõem o princípio da oralidade, observaram-se as vantagens de sua aplicação para a construção de um modelo processual justo, célere e democrático. Representa a oralidade importante via de ampliação do acesso à justiça e diálogo humano, defendendo-se, no presente trabalho, sua adoção, para sanar a crise de efetividade do processo civil brasileiro.

Para tal, apresentar-se-á brevemente o conteúdo da garantia da efetividade do processo, a qual inquire o acesso à justiça não somente na entrada à via jurisdicional, mas ao longo da marcha processual e, especialmente, quanto ao resultado do processo – a efetiva tutela jurisdicional (DINAMARCO, 2009). Em seguida, concluir-se-á pela positiva relação entre a oralidade e a efetividade do processo, apresentando-se os pontos de simbiose entre os dois princípios.

2.1 A efetividade do processo

A definição de efetividade concerne à concreta produção de efeitos, não se limitando à análise abstrata do plano da eficácia, em que se avalia meramente a aptidão para a produção de efeitos (PASSOS, 1999, p. 30). Sob o enfoque do Direito Constitucional, significa a “realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2009, p. 82).

A efetividade processual, por sua vez, terá ínsito o caráter instrumental do processo: de meio para a efetivação dos direitos constitucional e le-

galmente assegurados (GRECO, 2002, p. 11; MARINONI, 1994, p. 1; RAMOS, 2012, p. 23; TEIXEIRA, 1993, p. 16). Visa o processo a conformar a realidade à configuração mais justa das posições substantivas postas em juízo, concretizando direitos antes desatendidos; sendo, portanto, necessário na medida em que propiciar a efetividade do direito material:

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material. (MOREIRA, 2004, p. 181)

Destarte, nota-se que, em uma primeira acepção, a efetividade do processo remete a seu resultado, à justiça da prestação jurisdicional (MOREIRA, 1983, p. 77; DINAMARCO, 2009, p. 330-333). Os meios processuais devem ser aptos à tutela dos direitos reclamados em juízo (MARINONI, 1994, p. 13; GARBI, 2000, p. 58-66), proporcionando a obtenção da decisão justa e, ademais, a concretização dessa decisão.

O processo somente constituirá garantia da tutela efetiva dos direitos se for capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que ele faz jus de acordo com o ordenamento jurídico. Por isso, a moderna concepção da efetividade do processo impõe o adequado cumprimento das sentenças judiciais, inclusive contra a Administração Pública, a oportuna proteção das situações jurídicas suficientemente fundamentadas contra os riscos da demora na prestação jurisdicional (tutela da urgência ou tutela cautelar) e a tutela específica do direito material,

especialmente no âmbito das obrigações de dar coisa certa, de fazer e não fazer. (GRECO, 2002, p. 37)

Entretanto, não é essa a única linha de preocupações da efetividade processual. Para ser efetivo, não basta ao processo alcançar resultado justo, mas deve ser eficiente, econômico (seja quanto ao tempo, como aos recursos despendidos) e bem gerido na consecução desse *munus* (GRECO, 2012):

No entanto, como é claro, o processo não pode ser construído apenas com base na dimensão da verdade: há igualmente que considerar a dimensão do tempo e a dimensão dos custos. Isto permite enunciar o que se pode designar por ‘equação processual’: o processo deve garantir o máximo de verdade no mínimo tempo possível e com os menores custos possíveis. Dito de outra forma: qualquer tramitação processual deve procurar otimizar a busca da verdade e minimizar o tempo e os custos do processo. (SOUZA, 2008, p. 213)

Na composição da chamada “equação processual”, reconhece-se a importância do tempo e dos custos do processo, os quais são determinantes para o bom funcionamento do aparato jurisdicional e para a prevalência do sentimento de justiça de parte dos jurisdicionados. Para ser efetiva, a tutela jurisdicional precisa ser tempestiva, além de demandar custos compatíveis com a frutuosidade e a complexidade envolvidas (BEDAQUE, 2010, p. 31; GRECO, 2002, p. 43-45; MARINONI, 1994, p. 27; MOREIRA, 1995, p. 19). Como observa José Roberto dos S. Bedaque (2010, p. 167-168), “a solução dos litígios pela via jurisdicional não pode ser morosa, a ponto de tornar-se praticamente inútil para quem necessita e tem direito à tutela”.

Por outro lado, a importância conferida à celeridade e à economia processuais não pode comprometer outro vetor de preocupação da efetividade do processo: a garantia do devido processo legal:

Com efeito, não há confundir *celeridade* com *efetividade*, na medida em que a primeira é apenas um dos aspectos da segunda.

Como é curial, nem sempre um processo rápido garantirá a efetividade da jurisdição. Basta pensar nas causas mais complexas [...] para se concluir que o julgamento rápido não será adequado. [...]

Em suma, a agilização e a simplificação não podem comprometer a *efetividade da jurisdição*, cuja essência não deve ser aferida tão somente em função do resultado do processo, mas também do respeito às *garantias constitucionais* que o cercam. (LOPES, 2008, p. 15)

O respeito a direitos constitucionalmente assegurados, como ampla defesa e contraditório, permeiam de justiça o curso da marcha processual – o chamado processo justo (GRECO, 2002; LOPES, 2004, p. 34; OLIVEIRA, C., 2006, p. 74-75) – representando garantias do cidadão perante a jurisdição estatal e contribuindo à consecução da primeira finalidade apontada, a obtenção da decisão justa.

O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos.

Isso não significa que os fins justifiquem os meios. Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo. (GRECO, 2002, p. 11).

Portanto, envolve a garantia da efetividade processual o delicado equilíbrio entre os vértices da justiça (do resultado da prestação jurisdicional), da segurança (das garantias fundamentais do processo) e da celeridade/economia (BEDAQUE, 2010, p. 49; MOREIRA, 1995, p. 19). Na célebre sistematização de Barbosa Moreira (1983, p. 77-78)⁵,

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contempladas no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possa inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias.

⁵ Cf. também as sínteses de C. Rangel Dinamarco (2009, p. 303 et seq.), Leonardo Greco (2002, p. 35) e Carlos A. Álvaro de Oliveira (2006, p. 62-65).

2.2 Contribuições da oralidade à efetividade processual

Apresentados os objetos de preocupação concernentes à efetividade processual, propõe-se amplificar sua garantia, no contexto do processo civil brasileiro, através da adoção do princípio da oralidade. É este apto a promover a necessária aproximação entre a jurisdição e os anseios sociais (OBARA, 2003, p. 147), de forma a romper com o sentimento generalizado de injustiça; maximizando as garantias processuais e substantivas proporcionadas através da tutela jurisdicional, com simplificação do rito e redução do dispêndio de tempo e recursos financeiros.

Em uma primeira linha de atuação, contribui a oralidade à celeridade e à economia processuais, porquanto operadora de concentração e simplificação do procedimento.

É assente em doutrina o quadro de “excessiva valorização do rito, com afastamento completo ou parcial da substância, conduzindo à ruptura com o sentimento de justiça” (OLIVEIRA, C., 2006, p. 68), logo, a flexibilização é um conceito inafastável. Deve a técnica processual proporcionar os meios para que “seja a tutela jurisdicional, na medida do possível, resposta idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, quer do ponto de vista da justiça da decisão, quer pelo ângulo da tempestividade” (BEDAQUE, 2010, p. 79), e não, em contrário, representar um óbice à efetividade do processo, ampliando seus custos e sua duração:

Pode acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso, o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial. (OLIVEIRA, C., 2006, p. 66)

A adoção do modelo oral de processo, especialmente em virtude de seus caracteres concentração e irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, confere fluidez e linearidade à marcha processual, estruturada em uma ou poucas audiências, realizadas em curto espaço de tempo (ARONNE, 2009, p. 112; FURMANN, 2011, p. 424; GUEDES, 2003, p. 65-67; MELO, 2012, p. 10). A via recursal, quando “demandada”, em regra somente avalia a causa após o encerramento do juízo de primeiro grau, devendo precipuamente dedicar-se às questões de direito, uma vez que, com o suporte fático à pretensão, de mais próximo contato desfrutou o juiz de primeira instância.

Alvitra-se, destarte, a estruturação de um procedimento por audiências, não sendo incompatível a aplicação do julgamento antecipado como fator necessariamente vertido para a preservação da duração razoável do processo e efetividade (GUEDES, 2003, p. 84).

Além da simplificação e “agilização” do procedimento, em um segundo plano de análise, poderia a oralidade contribuir ao valor justa, seja sob o enfoque da prestação jurisdicional, seja quanto às garantias processuais-constitucionais (do “processo justo”).

Através da imediação (complementada pela identidade física do juiz e pela concentração), a condução direta da instrução pelo juiz de primeiro grau maximiza as impressões e observações extraídas dos meios de prova, munindo-o de mais sólido substrato à obtenção da decisão justa, em um exercício de livre convicção (BAHIA; NUNES, 2009, 95; CÂMARA, 2000, p.127; FARIAS, 2009, p. 98; FURMANN, 2011, p. 425; MELO, 2012, p. 11).

Propicia a oralidade, ademais, intensificação e aprimoramento do diálogo entre os sujeitos processuais, realizados os debates em audiência (e não dependendo de petições e contrapetições), fator que contribui com as garantias do contraditório (participativo) e ampla defesa, assim como também fornece esteio à formação da convicção do órgão jurisdicional (ARONNE, 2009, p.112; PEYRANO, 2012). Instaura-se um modelo coopera-

tivo de processo⁶, em que o litígio, conduzido pelo juiz de forma humanizada, lastreia-se na confluência dialógica e de esforços entre os sujeitos processuais.

É de se repetir que o modelo oral de processo é o que melhor proporciona o atendimento às garantias constitucionais relacionadas com o processo. Modernamente quando se refere ao acesso à Justiça, muito mais se exalta a necessidade de ser realizada a justiça, do que simplesmente quebrar os obstáculos existentes para adentrar-se ao órgão judicial. O jurisdicionado tem efetivo acesso à Justiça quando é recebido diretamente pelo juiz; quando por ele é ouvido e levado em consideração (depoimento pessoal); quando participa da colheita da prova e quando pode expor suas conclusões.

Quando o juiz tem contato direto com as partes, podendo inquiri-las com liberdade e objetividade, poderá constatar eventual desequilíbrio entre elas, o que lhe proporciona tomar medidas necessárias para dotá-las de igual poder de atuação, neutralizando o desequilíbrio observado. [...]

A ampla defesa é sobremaneira valorizada quando as partes têm contato direto com o juiz e quando interferem na prova

6 Sobre o modelo cooperativo de processo, sob a égide do formalismo valorativo, discorre C. A. Álvaro de Oliveira (2006, p. 62-65): “Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinala-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação. A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a idéia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.”

apresentada pela parte contrária. A oralidade proporciona a concentração de atos, todos diante das partes. Tudo o que se exalta em relação à prova é aumentado de forma especial quando se trata de processo oral, no qual a participação é muito mais forte e eficaz.

Por fim, nessa apertada análise, há de se ressaltar que o modelo oral de processo proporciona maior controle popular sobre o processo, já que a garantia da publicidade é muito mais eficaz quando os atos são realizados em audiência única. (CALMON, 2009, p. 67-68)

Portanto, conclui-se que o princípio da oralidade é apto a harmonizar as garantias do processo justo à consecução da célere, eficiente, econômica e justa tutela jurisdicional (FURMANN, 2011, p. 429), ampliando a efetividade do processo em todas as suas dimensões:

Ora, parece evidente que esse processo civil de resultados, almejado pela moderna doutrina, só será possível se o sistema processual for capaz de equilibrar dois valores igualmente importantes para a sociedade moderna: segurança e celeridade. O processo precisa ser capaz de assegurar resultados precisos, atribuindo-se ao titular do direito substancial a tutela jurisdicional a que faz jus. Todavia, esta busca da certeza deve ser feita em tempo hábil, sem dilações indevidas, já que a demora excessiva do processo é extremamente danosa para todos. E o almejado equilíbrio não pode ser alcançado senão através da oralidade. O processo escrito não permite ao juiz decidir com segurança. Tal afirmação decorre do fato de que no processo escrito o juiz não é capaz de valorar adequadamente a prova produzida, uma vez que não a colhe pessoalmente, limitando-se a valorar o relatório produzido por quem tenha presidido o ato de produção da prova oral (o que se dá por violação dos princípios da prevalência da palavra oral, da imediatidade e da identidade física). Além disso, o processo

escrito não é capaz de permitir que a tutela jurisdicional seja entregue em tempo hábil, sendo mais demorado do que o processo oral (o que decorre da inobservância dos princípios da concentração e da irrecorribilidade das interlocutórias). (CÂMARA, 2000, p. 133)

Destarte, urge a aplicação de um modelo oral ao processo civil brasileiro, como tentativa de sanar a aguda crise de efetividade e, consequentemente, de legitimidade do processo. É certo que grandes esforços de mudança legislativa e aparelhamento do sistema jurisdicional (ampliando-se, principalmente, o número de magistrados de primeiro grau) seriam necessários: todavia, tais medidas seriam largamente compensadas pela maior efetividade, considerada a relevância instrumental do processo, aos direitos constitucional e legalmente assegurados aos jurisdicionados. ◆

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, J. E. Carreira. **Juizados especiais cíveis estaduais: Lei 9.099 de 26.09.1995**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2010. [procurar oralidade – p. 21].

ALVIM, J. E. Carreira; CAMPOS, Antônio; SILVA, Leandro Ribeiro da. **Lei dos juizados especiais cíveis comentada e anotada**. 3. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Procedimento: formalismo e burocracia”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 97, n. 358, p. 49-58, nov./dez. 2001.

ARONNE, Bruno da Costa. “Reflexões sobre a oralidade no processo eletrônico”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, a. 3, v. 3, p. 109-124, jan./jul. 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. “Por um renovado paradigma processual”. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p. 79-99, jul./ago. 2009.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. “A oralidade processual e a construção da verdade jurídica”. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 131-160, out. 2008.

_____. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre, S.A. Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; OLIVEIRA, Bruno Silveira. “A oralidade no processo civil brasileiro”. In: FARIA, Juliana C. de; JAYME, Fernando G.; LAUAR, Maira T. (Coord.). **Processo civil - novas tendências: homenagem ao professor Humberto Theodoro Junior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 411-432.

CALANDRA, Henrique Nelson. “Breves reflexões sobre a efetividade do processo e o papel do juiz no Brasil”. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190t1, p. 211-218, abr./jun. 2011.

CALMON, Petrônio. “O modelo oral de processo no século XXI”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 178, p. 47-75, dez. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “A oralidade e o processo civil brasileiro”. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). **Doutrina**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2000. v. 9., p. 127-146.

_____. **Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. “O valor atual do princípio da oralidade”. **Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária**. Porto Alegre, v. 50, n. 297, p. 12-18, jul. 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Oscar Valente. “A oralidade no Processo Civil brasileiro”. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 115, p. 52-64, out. 2012.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Juizados especiais cíveis e criminais: federais e estaduais**. 8. ed. refor. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHIOVENDA, Guisepe. **Ensayos de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1949. v. 1.

CORREA, Carlos Vaz Gomes. “O princípio da identidade física do juiz e a oralidade no processo civil brasileiro”. **Consulex Revista Jurídica**, Brasília, v. 15, n. 343, p. 62-63, maio 2011.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. “A oralidade nas Turmas Recursais”. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 8, n. 89, p. 7, abr. 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Manual das pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FARIAS, Bianca de Oliveira. “Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, a. 3, v. 3, p. 89-108, jan./jul. 2009.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FURMANN, Ivan. “Os limites da oralidade como forma ‘adequada’ de produzir verdade no direito”. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, a. 15, n. 22, p.423-451, 2011.

FUX, Luiz. **Manual dos juizados especiais**. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.

GARBI, Carlos Alberto. “Tutela jurisdicional diferenciada e efetividade do processo”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 782, p. 48-67, 2000.

GAULIA, Cristina Tereza. **Juizados especiais cíveis: espaço do cidadão no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. “O princípio da oralidade na Lei n. 9.099, de 26/09/1995: Uma releitura substancialista”. **Doutrina Adcoas**, São Paulo, v. 5, n. 7, p. 236-241, jul. 2002.

GRANZINOLI, Cassio Murilo Monteiro. “Efetividade e instrumentalidade do processo: um excursão crítico”. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 49-61, nov. 2004.

GRECO, Leonardo. “Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Novos Estudos Jurídicos**”, Itajaí, a. 8, n. 14, p. 9-68, abr. 2002.

_____. “Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual”. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer F.; MITIDIERO, Daniel (Org.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1, p. 273-308.

GUEDES, Jefferson Carus. **Princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HARADA, Kiyoshi. “Efetividade da jurisdição”. **Consulex Revista Jurídica**, v. 12, n. 285, p. 46-47, nov. 2008.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. “As modernas estruturas do processo civil, no direito comparado Brasil e França”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 122, p. 221-234, abr. 2005.

LOPES, João Batista. “As antigas novidades do processo civil brasileiro e a efetividade da jurisdição”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 157, p. 9-17, mar. 2008.

LOPES, João Batista. “Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 28-39, jul./ago. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela de Urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

MELO, Estevão Ferreira de. “O princípio da oralidade e as recentes alterações do Código de Processo Penal brasileiro”. **Revista Acadêmica da Faculdade de Ciências Jurídicas Prof. Alberto Deodato**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, jul. 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A efetividade do processo de conhecimento”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 126-137, abr./jun. 1994.

_____. “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 313-323, jul./ago. 2004.

_____. “Efetividade do processo e técnica processual”. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 15-25, jan./abr. 1995.

_____. “Notas sobre o problema da efetividade do processo”. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 10, n. 29, p. 77-94, nov. 1983.

_____. “Por um Processo Socialmente Efetivo”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 105, p. 180-190, jan./mar. 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**: Processo Civil, Penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OBARA, Hilbert Maximiliano A. “Celeridade e efetividade do processo”. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 30, n. 90, p. 145-156, jul. 2003.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. “Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 146, p. 321-331, abr. 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “Efetividade e tutela jurisdicional”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 101 n. 378, p. 113-133, mar./abr. 2005.

_____. “O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo”. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 33, n. 104, p. 55-78, dez. 2006.

_____. “Os direitos fundamentais a efetividade e a segurança em perspectiva dinâmica”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 104, n. 395, p. 35-49, jan./fev. 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. “Cidadania e efetividade do processo”. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 30-35, set./out. 1999.

PEYRANO, Jorge W. “Nuevos horizontes de la oralidad y de la escritura”. **Temas atuais de Processo Civil**, Porto Alegre, v. 2, n. 5, maio 2012.

RAMOS, Marllus Cesar. **Celeridade e efetividade processual**. Porto Alegre: Fabris, 2012.

SILVA NETO, Francisco da Cunha e. “O princípio da oralidade como garantia processual: um estudo comparado entre Brasil e Espanha”. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, a. 9, jul. 2005.

Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2185/o_principio_da_oralidade_como_garantia_processual_no_direito_processual_civil_um_estudo_comparado_entre_brasil_e_espanha>. Acesso em: 10 de fev. de 2013.

SODRÉ, Eduardo. **Juizados especiais cíveis: processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA, Miguel Teixeira de. “Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 161, p. 203-220, jul. 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A efetividade do processo e a reforma processual”. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 253-268, nov. 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. “Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: Insuficiência da reforma das leis processuais”. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 6, n. 36, p. 19-37, jul./ago.2005.

_____. “Princípios informativos e a técnica de julgar no processo civil”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 75, n. 268, p. 103-109, out./dez. 1979.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Anotações sobre a efetividade do processo”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 814, p. 63-70, ago. 2003.

TURMAS RECURSAIS

◆ CÍVEIS ◆



EMERJ

Colaboradores desta Edição

JUIZ ALEXANDRE CHINI NETO

TJERJ - TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL.....148

JUIZ ANDRÉ LUIZ CIDRA

TJERJ - PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL 194, 197 e 226

JUIZ ANTONIO AURELIO ABI RAMIA DUARTE

TJERJ - PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL 131, 172 e 228

JUIZ AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS

TJERJ - QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL 166, 169 e 199

JUÍZA FERNANDA GALLIZA DO AMARAL

TJERJ - SEGUNDA TURMA RECURSAL CÍVEL 164, 222 e 224

JUIZ FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO

TJERJ - QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL 203, 205 e 246

JUIZ JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA

TJERJ – QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL 138, 142 e 146

JUÍZA KARENINA DAVID CAMPOS DE SOUZA E SILVA

TJERJ – QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL 244, 258 e 260

JUIZ MARCELLO RUBIOLI

TJERJ - PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL 152, 157 e 232

JUÍZA MARCIA CORREIA HOLLANDA

TJERJ – TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL..... 192, 215 e 219

JUÍZA PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA

TJERJ - TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL..... 211, 248 e 253

JUIZ PAULO MELLO FEIJÓ

TJERJ - PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL 175, 184 e 207



Ementas

INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA – DANO MORAL *IN RE IPSA* – NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 385 – PROVIMENTO. (RECURSO Nº: 0036170-32.2012.8.19.0038. **JUIZ ANTONIO AURELIO ABI RAMIA DUARTE. JULGADO EM 14 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL**) 131

EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL – DEVEDOR EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – REDIRECIONAMENTO AO ARREMATANTE DE UNIDADE PRODUTIVA ISOLADA – ART. 6º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 11.101/2005 – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF – QUESTÃO PRELIMINAR – INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL PARA RECONHECER A SUCESSÃO E AUTORIZAR O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO – PRECEDENTES DO STJ – MÉRITO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE. (**PROCESSO: 0023876-84.2008.8.19.0038. JUIZ JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA. JULGADO EM 14 DE MARÇO DE 2013. QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL**) 138

TELEFONIA MÓVEL – TECNOLOGIA CDMA – MUDANÇA PARA TECNOLOGIA GSM – PERDA DE COBERTURA EM ÁREA RURAL – QUESTÃO PRELIMINAR – FATO INCONTROVERSO – DESNECESSIDADE DE PERÍCIA – MÉRITO – PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO E CONTINUIDADE DO SERVIÇO – APLICAÇÃO RESTRITA AO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. (**PROCESSO: 0000479-11.2012.8.19.0020. JUIZ JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA. JULGADO EM 14 DE MARÇO DE 2013. QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL**) 142

FILA DE BANCO – DEMORA NO ATENDIMENTO – ILÍCITO ADMINISTRATIVO (LEI ESTADUAL Nº 4.223/2003) – INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CIVIL E ADMINISTRATIVA – NÃO CONFIGURAÇÃO DE ILÍCITO CIVIL – MERO ABORRECIMENTO – AFASTAMENTO DO DANO MORAL – IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO QUERER SE SUBSTITUIR

AOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR OMISSOS NA BUSCA DO CUMPRIMENTO DA LEI. (PROCESSO: 0019861-02.2012.8.19.0210. JUIZ JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA. JULGADO EM 14 DE MARÇO DE 2013. QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL)..... 146

CONTRATO DE TRANSPORTE. OBRIGAÇÃO DE FIM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TRANSPORTADOR. SENTENÇA QUE SE CONFIRMA. (PROCESSO: 0243195-29.2010.8.19.0001. JUIZ ALEXANDRE CHINI. JULGADO EM 12 DE MARÇO DE 2013. TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL)..... 148

MANDADO DE SEGURANÇA – CABIMENTO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - REPERCUSSÃO GERAL – GRATUIDADE DE JUSTIÇA – AUSÊNCIA DE PROVA DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. (MANDADO DE SEGURANÇA Nº 119-68.2013.8.19.9000. JUIZ MARCELLO RUBIOLI. JULGADO EM 11 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL).... 152

MANDADO DE SEGURANÇA – CABIMENTO- HONORÁRIOS EM EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE – REGIME DE HONORÁRIOS NO MICROSSISTEMA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO – DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. (MANDADO DE SEGURANÇA Nº 197-62.2013.8.19.9000. JUIZ MARCELLO RUBIOLI. JULGADO EM 11 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL)..... 157

ESPERA EM FILA BANCÁRIA – MERO ABORRECIMENTO – NÃO CONFIGURADO O DANO MORAL – PROVIMENTO. (RECURSO: 0012178-84.2011.8.19.0003. JUÍZA FERNANDA GALLIZA DO AMARAL. JULGADO EM 11 DE MARÇO DE 2013. SEGUNDA TURMA RECURSAL CÍVEL)164

RATIFICAÇÃO DE RECURSO INOMINADO APÓS O JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO APRESENTADOS PELA PARTE ADVERSA. DESNECESSIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº. 418 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS

ESPECIAIS CÍVEIS. REAJUSTE DE PLANO DE SAÚDE POR FAIXA ETÁRIA EM DETRIMENTO DE CONSUMIDOR IDOSO. CARÁTER INDEVIDO DO AUMENTO. DANOS MORAIS NÃO VERIFICADOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 75 DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **(PROCESSO: 0006592-14.2012.8.19.0203. JUIZ AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS. JULGADO EM 7 DE MARÇO DE 2013. QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL).....166**

TRABALHO EM CASA. PROPAGANDA ENGANOSA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. **(PROCESSO: 0006472-26.2012.8.19.0023. JUIZ AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS. JULGADO EM 7 DE MARÇO DE 2013. QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL)169**

COTAS CONDOMINIAIS EM ATRASO - NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA CONTÁBIL – EXTINÇÃO DO FEITO. **(RECURSO N.º: 0006751-12.2012.8.19.0023. JUIZ ANTONIO AURELIO ABI RAMIA DUARTE. JULGADO EM 07 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL)..... 172**

COBRANÇA DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS ENTRE MUNICÍPIOS LIMÍTROFES – CONCEITO DE “CÓDIGO DE ÁREA” QUE NÃO SE CONFUNDE COM O DE “ÁREA LOCAL” – PROVIMENTO. **(RECURSO N.º 0004769-94.2012.8.19.0044. JUIZ PAULO MELLO FEIJÓ. JULGADO EM 07 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL)..... 175**

CONTRATO INEXISTENTE – NOME INDEVIDAMENTE INCLUÍDO EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO – DANOS MORAIS PRESENTES – PROVIMENTO. **(PROCESSO N.º 0009975-79.2012.8.19.0209. JUIZ PAULO MELLO FEIJÓ. JULGADO EM 07 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL).....184**

RECURSO INOMINADO – PASSAGEM AÉREA NÃO UTILIZADA – RESCISÃO DO CONTRATO QUANDO JÁ EXPIRADO O PRAZO DE SUA VIGÊN-

CIA – INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE – PROVIMENTO. (PROCESSO ELETRONICO 0013166-35.2012.8.19.0209. JUÍZA MARCIA CORREIA HOLLANDA. JULGADO EM 05 DE MARÇO DE 2013. TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL)..... 192

HABEAS CORPUS. INFIDELIDADE DO DEPOSITÁRIO. SÚMULA VINCULANTE. (RECURSO Nº 0000166-42.2013.8.19.9000. JUIZ ANDRÉ LUIZ CIDRA. JULGADO EM 28 DE FEVEREIRO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL) 194

RECLAMAÇÃO CORREICIONAL. PREMATURIDADE. DESCABIMENTO POR EXISTIR RECURSO PRÓPRIO PARA CONTRARIAR A DECISÃO. REJEIÇÃO LIMINAR. (RECURSO Nº 000343-06.2013.8.19.9000. JUIZ ANDRÉ LUIZ CIDRA. JULGADO EM 28 DE FEVEREIRO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL) 197

PRETENSÃO INDENIZATÓRIA E DE REGULARIZAÇÃO DA PROPRIEDADE DE VEÍCULO PERANTE O DETRAN. FATO DANOSO COMPLEXO. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO QUE SE AFASTA. JULGAMENTO IMEDIADO DO MÉRITO. POSSIBILIDADE. TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO À POSSE DA RÉ QUE NÃO RESTOU COMPROVADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (PROCESSO: 0033019-22.2010.8.19.0202. JUIZ AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS. JULGADO EM 21 DE FEVEREIRO DE 2013. QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL)..... 199

REGISTRO DESABONADOR INDEVIDO NO SERASA - REVELIA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DO PREPOSTO – PROVIMENTO PARCIAL. (RECURSO: 0234526-84.2012.JUIZ FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO. JULGADO EM 21 DE FEVEREIRO DE 2013. QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL).....203

RECUSA DE COBERTURA DE PRÓTESE PARA CIRURGIA CORRETIVA – QUADRO SISTÊMICO IMPORTANTE COM DESGASTE EMOCIONAL – PROVIMENTO PARCIAL. (RECURSO: 0259351-92.2012.JUIZ FLÁVIO

CITRO VIEIRA DE MELLO. JULGADO EM 21 DE FEVEREIRO DE 2013. QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL) 205

COBRANÇA DE CONTA DE TELEFONIA ALÉM DO VALOR DA FRANQUIA CONTRATADA – FALHA NA INFORMAÇÃO NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO – DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. (PROCESSO Nº 0005298-79.2012.8.19.0023. JUIZ PAULO MELLO FEIJÓ. JULGADO EM 21 DE FEVEREIRO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL)..... 207

RECURSO INOMINADO. DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE PROVAS POR PARTE DA RÉ. REFORMA DA SENTENÇA MONOCRÁTICA. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. (PROCESSO: 0063350-37.2012.8.19.0001. JUÍZA PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA. JULGADO EM 19 DE FEVEREIRO DE 2013. TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL) 211

RECURSO INOMINADO – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – FORNECIMENTO DO CRÉDITO – RECURSO DESPROVIDO. (PROCESSO Nº: 0149324-42.2012.8.19.0001. JUÍZA MARCIA CORREIA HOLLANDA. JULGADO EM 19 DE FEVEREIRO DE 2013. TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL).....215

RECURSO INOMINADO – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO IMPEDITIVO SUSCITADO – PROVIMENTO PARCIAL. (PROCESSO:0009742-82.2012.8.19.0209. JUÍZA MARCIA CORREIA HOLLANDA. JULGADO EM 19 DE FEVEREIRO DE 2013. TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL)..... 219

AQUISIÇÃO DE VEÍCULO – NÃO REALIZAÇÃO DE VISTORIA EM RAZÃO DE ERRO NO CONTRATO DE FINANCIAMENTO CELEBRADO – ILEGITIMIDADE PASSIVA. (RECURSO: 0002828-14.2012.8.19.0205. JUÍZA FER-

NANDA GALLIZA DO AMARAL. JULGADO EM 18 DE FEVEREIRO DE 2013. SEGUNDA TURMA RECURSAL CÍVEL).....222

PEDIDO DE MANUTENÇÃO NO PLANO DE SAÚDE NEGADO – SERVIÇO DE SAÚDE TODO CUSTEADO PELO EMPREGADOR – COPARTICIPAÇÃO É O MONTANTE DEFINIDO NA PROPOSTA DE ADMISSÃO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. (RECURSO: 0013207-60.2011.8.19.0007. JUÍZA FERNANDA GALLIZA DO AMARAL. JULGADO EM 18 DE FEVEREIRO DE 2013. SEGUNDA TURMA RECURSAL CÍVEL) 224

MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DE DESERÇÃO. INAPLICABILIDADE DA REGRA DEFINIDA NO ART. 511 DO CPC NO MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. DECISÃO NÃO TERATOLÓGICA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. (MANDADO DE SEGURANÇA N° 0000207-09.2013.8.19.9000. JUIZ ANDRÉ LUIZ CIDRA. JULGADO EM 06 DE FEVEREIRO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL) 226

NEGATIVAÇÃO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – JUNTADA DE NOVO DOCUMENTO, EM SEDE RECURSAL, É MEDIDA EXCEPCIONAL. (RECURSO N°: 0003115-48.2012.8.19.0052. JUIZ ANTONIO AURELIO ABI RAMIA DUARTE. JULGADO EM 31 DE JANEIRO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL) 228

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – REMOÇÃO DO MAGISTRADO - REGRA PREVISTA NO ART. 132 DO CPC – IMPROCEDÊNCIA. (PROCESSO N°: 874-29.2012.8.19.9000. JUIZ MARCELLO RUBIOLI. JULGADO EM 30 DE JANEIRO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL).....232

HONORÁRIOS – AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO – LEVANTAMENTO JUDICIAL DE NATUREZA ADMINISTRATIVA – DANOS MORAIS INEXISTENTES – PROVIMENTO. (RECURSO N° 0174889-08.2012.8.19.0001. JUÍZA KARENINA DAVID CAMPOS DE SOUZA E SILVA. JULGADO EM 13 DE DEZEMBRO DE 2012. QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL)..... 244

FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - PROPAGANDA ENGANOSA – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE DECORAÇÃO DE SALÃO DE FESTAS E FORNECIMENTO DE COMESTÍVEIS E BEBIDAS – PROVIMENTO PARCIAL. (RECURSO: 0029991-96.2012. JUIZ FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO. JULGADO EM 13 DE NOVEMBRO DE 2012. QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL) 246

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO VEÍCULOS AUTOMOTORES. COLISÃO PELA TRASEIRA QUE INFORMA PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DE CULPA DO CONDUTOR QUE SEGUE ATRÁS. RECONHECIMENTO, EM SEDE RECURSAL, DE CULPA DO CONDUTOR RÉU PARA A ECLOSÃO DO EVENTO DANOSO, FALTANDO COM A OBSERVÂNCIA AO DEVER DE CUIDADO E CAUTELA. DANO MATERIAL QUE RESTOU DEVIDAMENTE COMPROVADO A PARTIR DOS DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS. DANO IMATERIAL, NO ENTANTO, QUE NÃO RESTOU CONFIGURADO, NÃO EXSURGINDO NOS ACIDENTES DE TRÂNSITO, EM REGRA, DANO EXTRAPATRIMONIAL INDENIZÁVEL, SALVO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS EM QUE OCORRA OFENSA A INTEGRIDADE CORPORAL QUE IMPORTE DOR E SOFRIMENTO. NO CASO EM COMENTO, NÃO HOUE EM FUNÇÃO DO ACIDENTE QUALQUER LESÃO FÍSICA AO AUTOR, ORA RECORRIDO. SUSTOS DECORRENTES DA COLISÃO, ABATIMENTOS MOMENTÂNEOS, TODAS ESTAS SITUAÇÕES FAZEM PARTE DA NORMALIDADE, NÃO ENSEJANDO DANO INDENIZÁVEL, SOB PENA DE TRANSMUDAR-SE A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE, VIABILIZANDO-SE A SUA APLICAÇÃO A TODAS AS CORRIQUEIRAS SITUAÇÕES DA VIDA MODERNA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA *RESTITUTIO IN INTEGRUM*. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (PROCESSO: 0005037-21.2008.8.19.0067. JUÍZA PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA. JULGADO EM 11 DE SETEMBRO DE 2012. TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL) 248

RECURSOS INOMINADOS – PROCEDIMENTO ESTÉTICO – DISCORDÂNCIA DO VALOR A SER PAGO – IMPEDIMENTO DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO ATÉ O PAGAMENTO – ALEGAÇÃO DE CARCÉRE PRIVADO

– “INFORMAÇÃO SOBRE INVESTIGAÇÃO” – NÃO COMPETE AO JUÍZO CÍVEL A AFERIÇÃO DE AUTORIA E MATERIALIDADE DA POSSÍVEL PRÁTICA DE CRIME - NÃO CARACTERIZADO O DANO MORAL – PROVIMENTO DO RECURSO DO RÉU – DESPROVIMENTO DO RECURSAL AUTORAL. (PROCESSO: 1023780-58.2011.8.19.0002. JUÍZA PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA. JULGADO EM 24 DE JULHO DE 2012. TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL).....253

TRANSTORNOS EM VIAGEM AÉREA – AUSÊNCIA DE CAPACIDADE PARA SER PARTE NO JEC – PROVIMENTO. (RECURSO N° 0205208-90.2011.8.19.0001. JUÍZA KARENINA DAVID CAMPOS DE SOUZA E SILVA. JULGADO EM 03 DE ABRIL DE 2012. QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL)..... 258

CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER EM PERDAS E DANOS – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO, QUE TEM COMO BASE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL, SOMENTE PODE SE PROCEDER POR SENTENÇA – CONCEDIDA A ORDEM. (MANDADO DE SEGURANÇA NO. 0000001-63.2011.8.19.9000. JUÍZA KARENINA DAVID CAMPOS DE SOUZA E SILVA. JULGADO EM 09 DE JUNHO DE 2011. QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL)260

INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA - DANO MORAL IN RE IPSA – NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 385 - PROVIMENTO. (RECURSO Nº: 0036170-32.2012.8.19.0038. JUIZ ANTONIO AURELIO ABI RAMIA DUARTE. JULGADO EM 14 DE MARÇO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

RESUMO DOS FATOS: narra o autor que apesar de não possuir qualquer relação jurídica com o réu, teve seu nome negativado pelo mesmo.

PEDIDOS: baixa da restrição; cancelamento do débito; indenização por dano moral.

SENTENÇA – Fls. 100/101 – Destacou que em momento algum a ré demonstrou a legitimidade do débito que deu origem à negativação. Contudo, ressaltou que em desfavor do autor consta um histórico de negativações prévias. Assim, julgou procedente em parte o pleito autoral, declarando a inexistência da dívida e determinando a baixa da restrição. Improcedente o pedido de indenização por dano moral.

RECURSO DA PARTE AUTORA – Fls. 106/112 – Pede a procedência do pedido de indenização por dano moral.

CONTRARRAZÕES - Fls. 125/132. Pela manutenção da sentença.

RESULTADO: A sentença merece reforma. A súmula 385 do STJ não tem aplicação ao presente caso. Isso porque ela se refere apenas aos casos em que a indenização é pleiteada em face do órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito, que deixa de providenciar a notificação prevista no artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, antes de efetivar a anotação do nome do devedor no cadastro. Ressalte-se que a questão envolvendo a aplicação da súmula 385 foi objeto de reclamação junto ao STJ - RECLAMAÇÃO Nº 8.608 – RJ (2012/0086595-5), MINISTRO RELATOR RAUL ARAÚJO, que esclareceu categoricamente a aplicação desta súmula, nos seguintes termos: “(...) *Cuida-se de reclamação ajuizada por DORA TORRES OLIVEIRA ESPÍRITO SANTO, em face de acórdão da Quinta Turma do Conselho*

Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Rio de Janeiro. Diz a reclamante que firmou contrato de empréstimo com o Banco Itaucard S/A, a ser pago em nove prestações. Afirma que deixou de pagar as parcelas de nº 7 a 9 e, por isso, teve seu nome incluído nos cadastros de inadimplentes. Tendo celebrado acordo para o parcelamento da dívida, o qual foi quitado, inclusive, antes da data aprazada, a instituição financeira não retirou o seu nome do rol do maus pagadores. Diante disso, ajuizou ação na qual requereu a exclusão de seu nome do cadastro de inadimplentes, bem como indenização por danos morais. Em primeiro grau, a lide foi julgada procedente, para determinar a retirada das restrições existentes em seu nome e, ainda, condenar o Banco réu ao pagamento da quantia de R\$ 8.000,00 por danos morais. Interposto recurso inominado, o colegiado entendeu que não havia nenhum dano a ser indenizado, tendo em vista que a autora possuía diversas outras negativas em seu nome, cuja ilegalidade não restou comprovada, ensejando assim a aplicação da Súmula 385/STJ. Nesse contexto, sustenta que o aresto impugnado contraria a Súmula 323/STJ, já que a empresa ré manteve o seu nome negativado por mais de cinco anos e, também, a Súmula 385/STJ, haja vista que todas as anotações indevidas foram feitas por iniciativa da instituição financeira. A reclamação teve o seu processamento admitido, com base na alegada contrariedade à Súmula 385/STJ, conforme decisão publicada em 27.6.2012, tendo sido deferida a liminar pleiteada. (fls. 61/63) O prazo para que o Banco Itaucard S/A – parte interessada no feito – se manifestasse transcorreu in albis (fl. 85). O em. Juiz Presidente da Quinta Turma do Conselho Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado do Rio de Janeiro prestou informações às fls. 75/79. A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela improcedência do pedido em parecer assim ementado: “RECLAMAÇÃO. APONTADA VIOLAÇÃO À JURISPRUDÊNCIA O STJ. IMPROCEDÊNCIA. Diante dos informes apresentados e considerando-se a instrução eficiente da presente reclamação, cabível, à espécie, a aplicação da Súmula 385/STJ e, por isso, não há falar em dano moral e, por conseguinte, não se vislumbra a ocorrência de malferimento à jurisprudência consolidada desse egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. - Parecer pela improcedência do pedido veiculado na presente reclamação.” (fl. 80) É o relatório. Passo a decidir. A Corte Especial, apreciando questão de ordem levantada na

Rcl 3.752/GO, em atenção ao decidido nos EDcl no RE 571.572/BA (STF, relatora a Min. ELLEN GRACIE), entendeu pela possibilidade de se ajuizar reclamação perante esta Corte com a finalidade de adequar as decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais estaduais à súmula ou jurisprudência dominante desta eg. Corte, de modo a evitar a manutenção de decisões conflitantes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional no âmbito do Judiciário. Nesse contexto, buscando adaptar o instituto da reclamação ao novo propósito a ele confiado, foi editada a Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009. No caso em apreço, a reclamante alegou contrariedade às Súmulas 323 (a inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução) e 385 (da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento) desta Corte. Quanto ao enunciado 323 desta Corte, segundo o qual “a inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução”, tendo em vista a ausência de pronunciamento das instâncias ordinárias sobre o tema, não é possível a apreciação da matéria por este Pretório. De outra parte, segundo o em. Presidente da eg. Turma Recursal, a aplicação da Súmula 385/STJ se deu em virtude de que, “pelo exame das informações prestadas pelos Órgãos de restrição ao crédito, a reclamante teve inúmeros registros de negativação, não tendo sido apresentadas decisões para comprovar que tais negativações eram realmente indevidas, o que não pode ser presumido, principalmente porque não foram exibidas provas de que a reclamante realmente tenha tomado providências judiciais para a declaração oficial no sentido de que as negativações fossem indevidas. Em virtude disto a Turma Recursal aplicou a presunção ‘hominis’ de que as negativações seriam devidas, já que cabia ao interessado trazer prova cabal da ilegalidade das negativações realizadas. Principalmente no caso concreto em que as negativações datam desde o ano de 2005, com inclusões e exclusões, como se verifica de cada anotação, não se sabendo qual o motivo das exclusões”. (fls. 76/77) Asseverou, ainda, “que no documento expedido pelo SPC, a última negativação constante feita pelo réu foi do período de 29/01/2010 até 29/04/2010, sen-

do que a autora possuía outra negativação feita pela empresa Microinvest S/A Soc. Cred. Microempresa, no período de 15/07/2009 até 27/04/2010” (fl. 77). No entanto, o caso ora tratado não se enquadra na hipótese de incidência da Súmula 385 desta Corte. Isso, porque, conforme se verifica a partir da leitura dos julgados que deram origem ao referido enunciado sumular, esse tem aplicação específica, se referindo apenas aos casos em que a indenização é pleiteada em face do órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito, que deixa de providenciar a notificação prevista no art. 43, § 2º, do CDC, antes de efetivar a anotação do nome do devedor no cadastro. A propósito, confirmam-se os AgRg no REsp 1.046.881/RS, AgRg no REsp 1.057.337/RS, AgRg no REsp 1.081.404/RS, AgRg no REsp 1.081.845/RS, REsp 992.168/RS, REsp 1.002.985/RS, REsp 1.008.446/RS e o REsp 1.062.336/RS, cuja ementa bem elucida a questão: “Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito sem prévia notificação. Dano moral reconhecido, salvo quando já existente inscrição desabonadora regularmente realizada, tal como ocorre na hipótese dos autos. I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC. - Orientação: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto. II- Julgamento do recurso representativo. - Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula n.º 83/STJ.

Recurso especial não conhecido.” (Relatora a Ministra **NANCY ANDRIGHI**, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 12/5/2009) Desse modo, tendo em vista não se tratar de indenização pleiteada em face do órgão mantenedor do cadastro de inadimplentes, que deixou de enviar a notificação prévia ao devedor, a Súmula 385/STJ não se aplica ao caso. Cumpre destacar, por oportuno, que permanece em vigor no âmbito deste Tribunal o entendimento de que “a existência de outros registros em nome daquele que alega o dano moral por manutenção indevida de seu nome em cadastro de inadimplentes não afasta o dever de indenizar, mas deve refletir sobre a fixação do valor da indenização” (REsp 437.234-PR, Relatora a Ministra **NANCY ANDRIGHI**, DJ de

29/9/2003). Nesse sentido: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGISTRO INDEVIDO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE. CONTRANGIMENTO PREVISÍVEL. EXISTÊNCIA DE OUTROS REGISTROS. (...) 3. Conforme orientação pacificada nesta Corte, e adotada pelo acórdão recorrido, ‘a existência de outras inscrições anteriores em cadastros de proteção ao crédito em nome do postulante dos danos morais, não exclui a indenização, dado o reconhecimento da existência da lesão’. Contudo, tal fato deve ser sopesado na fixação do valor reparatório. Precedentes. Omissis. 6. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.” (REsp 717.017/PE, Relator o Ministro **JORGE SCARTEZZINI**, DJ de 6/11/2006) “AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. OUTRAS ANOTAÇÕES EXISTENTES. REFLEXO NA DETERMINAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. - ‘A existência de outros registros em nome daquele que alega o dano moral por manutenção indevida de seu nome em cadastro de inadimplentes não afasta o dever de indenizar, mas deve refletir sobre a fixação do valor da indenização’ (REsp n. 437.234-PR). - Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag 662.017/RJ, Relator o Ministro **BARROS MONTEIRO**, DJ de 12/9/2005) Ressalte-se que a pretensão da ora reclamante encontra amparo no fundamento do juízo sentenciante, segundo o qual “o documento acostado à contestação corrobora com as alegações autorais, já que comprova que a partir da data do pagamento do acordo (22/04/2010) apenas constam anotações restritivas do crédito da autora perpetradas pela parte ré, (...), todas indevidas” (fl. 35). Portanto, ainda que se considere a existência de outras inscrições anteriores e legítimas, a manutenção indevida do nome da consumidora no rol dos maus pagadores, pelo Banco negativador, no que toca à restrição discutida nestes autos, é passível de indenização. A propósito, confira-se o seguinte julgado: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. OUTRAS INSCRIÇÕES NEGATIVAS. REDUÇÃO. 1. O Tribunal a quo julgou restar demonstrado a conduta ilícita do recorrente e a caracterização dos danos morais: ‘a manutenção do nome do apelado em

cadastros restritivos de crédito, de forma irregular, após ter adimplido suas obrigações, é suficiente a causar o dano moral (...) vislumbra-se, pois, os requisitos ensejadores da condenação do Apelante ao pagamento de indenização por danos morais' (Acórdão, fls.267). 2. Consoante jurisprudência firmada nesta Corte, o dano moral recorre do próprio ato lesivo de manutenção indevida junto aos órgãos de proteção ao crédito, 'independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pela autora, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento'. precedentes. Omissis. 5. A comprovada ocorrência de outros apontamentos negativos em nome do recorrido, inobstante não excluir a indenização, dado o reconhecimento da lesão, deve, necessariamente, ser sopesada na fixação do montante reparatório. Precedentes desta Corte. (...) 7. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido." (REsp 705.371/AL, Relator o Ministro **JORGE SCARTEZZINI**, DJ de 11/12/2006) Ante o exposto, uma vez que é inaplicável à hipótese a Súmula 385/STJ, julgo procedente a presente reclamação para restabelecer a sentença do juízo a quo, a qual condenou a instituição financeira em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de danos morais, em virtude da manutenção indevida do nome da devedora no cadastro de inadimplentes (...)".

Portanto, não há que considerar como correta a aplicação da súmula 385 no presente caso. Verificada a inexistência de relação jurídica, tem-se com indevida a negativação do nome da parte autora. Dano moral *in re ipsa*. Quanto a sua valoração, é válido destacar que "Os danos morais na sua expressão econômica devem assegurar a justa reparação e a um só tempo vedar o enriquecimento sem causa do autor, mercê de considerar a capacidade econômica do réu, por isso que se impõe seja arbitrado pelo juiz de forma que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade" (STJ; 1ª Turma; REsp 1133257/RJ; Rel. Min. Luiz Fux), sendo certo que "A fixação da indenização por dano moral deve revestir-se de caráter indenizatório e sancionatório, adstrito ao princípio da razoabilidade e, de outro lado, há de servir como meio propedêutico ao agente causador do dano" (STJ; 3ª Turma; REsp 582047/RS; Rel. Min. Massami Uyeda). Assim, atento aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, tenho por bem em fixar a verba de indenização do dano moral no patamar de R\$ 4.000,00 (quatro

mil reais). Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para julgar procedente o pedido de indenização por dano moral, condenando o recorrido ao pagamento de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), corrigidos monetariamente a contar da publicação desta decisão, acrescidos de juros de mora de 1% a contar da citação. Sem ônus sucumbenciais porque não verificada a hipótese do artigo 55 da Lei 9.099/95.

Rio de Janeiro, 14 de março de 2013

ANTONIO AURELIO ABI-RAMIA DUARTE

JUIZ RELATOR

EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL – DEVEDOR EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – REDIRECIONAMENTO AO ARREMATANTE DE UNIDADE PRODUTIVA ISOLADA – ART. 6o, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 11.101/2005 – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF – QUESTÃO PRELIMINAR – INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL PARA RECONHECER A SUCESSÃO E AUTORIZAR O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO – PRECEDENTES DO STJ – MÉRITO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE. (PROCESSO: 0023876-84.2008.8.19.0038. JUIZ JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA. JULGADO EM 14 DE MARÇO DE 2013)

QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO PRELIMINAR

A suscitada preliminar de ilegitimidade passiva se confunde com o mérito.

De toda sorte, levanto de ofício preliminar de incompetência do juízo de origem para decidir acerca da existência de sucessão legal entre a X e a Y e, por consequência, para autorizar o prosseguimento da execução contra a embargante.

A embargante comprova estar a ré – X – sujeita a processo de recuperação judicial em trâmite perante a 5ª Vara da Fazenda Pública – ação nº 0032148-47.2009.8.19.0001 (fls. 90 e 185/188).

Ora, a recuperação judicial tem por norte preservar a função social da empresa enquanto unidade geradora de emprego e renda para a economia nacional. Prestigiou a lei o interesse coletivo em detrimento do interesse isolado dos credores. Entendeu, ademais, que buscar formas de preservação da empresa, e dos empregos e renda que gera, é a melhor maneira de assegurar o próprio crédito dos credores. Daí, estabeleceu uma série de benefícios à empresa em recuperação, entre os quais se inclui a possibi-

lidade de alienar unidades produtivas isoladas sem qualquer ônus para o arrematante (art. 6o, parágrafo único, da Lei nº 11.101/2005).

Surge daí o seguinte questionamento: mas a quem cabe apurar e decidir se a hipótese é realmente de aquisição de unidade produtiva isolada a justificar o afastamento de sucessão legal entre a empresa em recuperação e o arrematante dessa unidade?

O Superior Tribunal de Justiça, na interpretação que conferiu à Lei nº 11.101/2005, buscou garantir ao máximo a segurança jurídica do negócio a envolver a aquisição de unidade produtiva isolada que, certamente, seria abalada se cada juízo do país pudesse conhecer e decidir acerca da sucessão legal entre empresa recuperanda e o arrematante. Desta forma, concluiu que apenas ao juízo universal da recuperação compete decidir acerca dessa sucessão, como se vê dos precedentes a seguir:

“PROCESSO CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO DO CONTROLE DE UNIDADE DE NEGÓCIOS INTEGRANTE DO GRUPO DA RECUPERANDA. SUCESSÃO DOS ÔNUS E OBRIGAÇÕES. ART. 6o, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 11.101/05. ALEGAÇÃO DE BURLA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO EM QUE SE PROCESSA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTE.

– Deferida a recuperação judicial da empresa e aprovada pelo Comitê de Credores, como um dos meios de recuperação judicial, o trespasse de estabelecimento, compete ao respectivo juízo decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações. Precedente.

– O prosseguimento de execuções fiscais objetivando a alienação do patrimônio de sociedade alienada em conformidade com plano de recuperação judicial é ato que, em princípio, invade a competência do juízo da recuperação.

– *Agravo não provido.*” (STJ – 2ª Seção – AgRg no CC nº 116.036/

SP – Relª Minª Nancy Andrighi – julg. 24-10-2012).

“PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPE-
RAÇÃO JUDICIAL. TRANSFERÊNCIA DE PARQUE INDUSTRIAL
MEDIANTE ARRENDAMENTO. CONSTITUIÇÃO DE NOVA EM-
PRESA PARA ADMINISTRÁ-LO. SUCESSÃO TRABALHISTA RE-
CONHECIDA PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDA-
DE. CONFLITO CONHECIDO.

1. *Aprovado o plano de recuperação judicial, dispondo-se sobre a transferência do parque industrial, compete ao juízo da recuperação verificar se a medida foi cumprida a contento, se há sucessão quanto aos débitos trabalhistas e se há constituição de terceira empresa exclusivamente para administrar o parque.*

2. *O fato de a transferência se dar por arrendamento não retira do juízo da recuperação a competência para apurar a regularidade da operação.*

3. *O julgamento de reclamação trabalhista no qual se reconhece a existência de sucessão trabalhista, responsabilizando-se a nova empresa constituída pelos débitos da arrendante do parque industrial, implica invasão da competência do juízo da recuperação judicial.*

4. *Conflito de competência conhecido, estabelecendo-se o juízo da 1ª Vara Cível de Itaúna/MG, como competente para declarar a validade da transferência do estabelecimento a terceiros, inclusive no que diz respeito a eventual sucessão trabalhista, declarando-se nulos os atos praticados pelo juízo da vara do trabalho de Itaúna/MG.” (STJ – 2ª Seção – CC nº 118.183/MG – Relª Minª Nancy Andrighi – julg. 09-11-2011).*

Portanto, cabe ao credor-recorrido, na posse de sua certidão de crédito em face da X (fls. 91/92), levá-la ao juízo universal da recuperação e nele buscar o reconhecimento da sucessão legal que julga ter se operado

entre a recuperanda e a ora recorrente-embargante Y. Enquanto não o faz, deve ser extinta a execução embargada por incompetência do juízo.

Isto posto, em preliminar, voto pelo conhecimento e provimento do recurso para extinguir sem resolução de mérito a execução movida em face da recorrente.

VOTO MÉRITO

Se superada a preliminar suscitada, no mérito, creio assistir razão à embargante.

Demonstra a recorrente – Y – que sua constituição ocorreu apenas em 03/09/2009 (fls. 183), e teve por finalidade assumir unidade produtiva isolada da X, constituída a partir da aprovação de seu plano de recuperação judicial pelo juízo da 5ª Vara Empresarial (fls. 189/198 – v. em especial cláusulas 2 a 4 de fls. 190).

Neste sentido, há de se lhe aplicar a regra dos artigos 60, parágrafo único, e 145 da Lei nº 11.101/2005 – cuja constitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI nº 3.934-2/DF – a eximir a Y da condição de sucessora legal da recuperanda, ficando daí dispensada de assumir qualquer dívida por si gerada.

Isto posto, voto pelo conhecimento e provimento do recurso para julgar extinta a execução em face do embargante.

Rio de Janeiro, de de 2013.

JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA

JUIZ RELATOR

TELEFONIA MÓVEL – TECNOLOGIA CDMA – MUDANÇA PARA TECNOLOGIA GSM – PERDA DE COBERTURA EM ÁREA RURAL – QUESTÃO PRELIMINAR – FATO INCONTROVERSO – DESNECESSIDADE DE PERÍCIA – MÉRITO – PRINCÍPIO DA UNIVERSALIZAÇÃO E CONTINUIDADE DO SERVIÇO – APLICAÇÃO RESTRITA AO SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. (PROCESSO: 0000479-11.2012.8.19.0020. JUIZ JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA. JULGADO EM 14 DE MARÇO DE 2013)

QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO PRELIMINAR

Não há necessidade de perícia se o próprio réu admite que na zona rural onde vive o autor não há sinal de telefonia, apenas negando que um dia tenha havido.

Por seu turno, como se verá quando da apreciação de mérito, irrelevante saber se, quando ainda aplicada a tecnologia CDMA, era prestado o serviço ao usuário.

VOTO MÉRITO

Vale inicialmente o registro de que, quando da contratação da linha, o autor declarou residir na área urbana do Município de Duas Barras, para onde ainda hoje é enviada a fatura mensal dos serviços (fls. 11 e 24). Em momento algum foi manifestada à ré a intenção de fazer uso da linha em área rural.

Faço esse esclarecimento prévio para deixar evidente que a recorrente não ofereceu ao usuário um serviço que sabia não poder prestar. Aliás, prestou-o regularmente durante dois anos e até novembro de 2011, quando houve a migração da tecnologia CDMA para GSM, valendo o registro feito na sentença de que *“o relatório de chamadas recebidas e efetuadas (...) apenas comprova que a linha funciona em determinados locais desta co-*

marca, especialmente no centro” (fls. 81).

A seu turno, ao contrário da alegação do autor de cancelamento abrupto da linha, sem prévio aviso, a ré comprova as diversas medidas e campanhas de divulgação ao público da substituição da tecnologia CDMA por GSM (fls. 63/68), como também as facilidades conferidas para a substituição dos aparelhos (estações móveis) (fls. 69/78), inclusive com a possibilidade de sua troca gratuita (fls. 79).

Neste posto, no tocante ao invocado artigo 83, parágrafo único, da Resolução ANATEL nº 477/2007 (“art. 83. A mudança de padrões de tecnologia promovida por prestadora não pode onerar o Usuário. Parágrafo único Havendo incompatibilidade entre a Estação Móvel e os novos padrões tecnológicos a prestadora deve providenciar a substituição da Estação Móvel sem ônus para o Usuário.”) não trata da universalização e continuidade da prestação do serviço em determinada localidade por força da substituição da tecnologia e que é objeto de regulamentação específica. Trata sim é da impossibilidade de o usuário ser onerado pela mudança de tecnologia, onerosidade que se manifestaria pela revisão dos valores do plano originalmente ajustado ou pela imposição de compra de um novo aparelho celular (estação móvel). No entanto, os documentos já antes referidos (fls. 63/79) indicam que tal não ocorreu porquanto houve o oferecimento de migração de plano para outros menos onerosos e também a disponibilização de troca gratuita da estação móvel (aparelho celular) – sem o que não há como o serviço operar, pois essa estação só atende à tecnologia CDMA.

O ponto central, então, está em saber se há um direito subjetivo do autor-recorrido à universalização do serviço – sendo a continuidade sua consequência –, consubstanciada no direito de acesso a todos ao sistema, o que, em termos de telefonia móvel, significaria a cobertura em **todo** o território nacional – chamo bastante atenção ao uso da palavra “**todo**”, a significar que mesmo nos rincões mais afastados do país o serviço deverá estar disponível!

Em se tratando de um serviço público explorado pela União, direta ou indiretamente, **nos termos da lei**, cabe a si dispor sobre sua organização

(art. 21, XI, da CF). Daí, há de se buscar respostas, inicialmente, na Lei nº 9.472/97 que disciplinou o tema.

A leitura de seus artigos 63 e 64 deixa evidenciado que, em relação à universalização e continuidade do serviço, o princípio só é obrigatoriamente aplicável à telefonia fixa comutada. A seu turno, seu artigo 18, III, reserva ao Poder Executivo a competência para aprovar o Plano Geral de Metas de Universalização.

No nível regulamentar, vale como primeira referência o Decreto nº 4.733/2003, a tratar da política pública de telecomunicações, e cujo artigo 3º, II, remete a questão da universalização do serviço à Lei nº 9.472/97.

Para além dele, faz-se menção ao Decreto nº 6.654/2008, a dispor sobre o Plano Geral de Outorgas de Serviços de Telecomunicações Prestados no Regime Público. Seu artigo 7º prevê a aplicação do Plano Geral de Metas de Universalização somente às concessionárias de telefonia indicadas no seu artigo 1º, a saber, as de telefonia fixa.

Relativamente ao Plano Geral de Metas de Universalização em si e atualmente em vigor, foi aprovado pelo Decreto nº 4.769/2003, cujo artigo 1º limita seu âmbito de aplicação ao serviço telefônico fixo comutado prestado no regime público.

Já agora, então, evoluindo para a análise das normas baixadas pelo órgão regulador do serviço (ANATEL), faço referência à Resolução ANATEL nº 477/2007 que aprovou o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal de Telefonia. Ao longo de seus 119 artigos em nenhuma linha previu sua universalização.

A seu turno, o sítio eletrônico da ANATEL na internet informa aos usuários, textualmente, que “*as operadoras de telefonia celular (...) não se submetem a metas de universalização*” (v. <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNivelDois.do?codItemCanal=1277&nomeVisao=Cidad%E3o&nomeCanal=Telefonia%20Fixa&nomeItemCanal=Universaliza%E7%E3o>).

Em suma, nos termos das diversas normas referidas, a telefonia móvel não se sujeita a metas de universalização e, portanto, a descontinuidade do serviço em determinada área do território nacional por força de

mudança de tecnologia não confere ao usuário um direito subjetivo ao restabelecimento da cobertura naquela região específica.

Há de se ter em mente que, para além daquela região desprovida de cobertura, o usuário tem ao seu dispor uma vasta área do território nacional onde poderá se valer dos serviços contratados. Por fim, lembrando-se que contratou uma linha móvel de telefonia e não fixa, como parece, no caso dos autos, supor ao querer que opere em área demarcada mínima de zona rural onde diz residir.

Isto posto, voto pelo conhecimento e provimento do recurso para julgar improcedente o pedido.

Rio de Janeiro, de de 2013.

JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA

JUIZ RELATOR

FILA DE BANCO – DEMORA NO ATENDIMENTO – ILÍCITO ADMINISTRATIVO (LEI ESTADUAL Nº 4.223/2003) – INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CIVIL E ADMINISTRATIVA – NÃO CONFIGURAÇÃO DE ILÍCITO CIVIL – MERO ABORRECIMENTO – AFASTAMENTO DO DANO MORAL – IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO QUERER SE SUBSTITUIR AOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR OMISSOS NA BUSCA DO CUMPRIMENTO DA LEI. (**PROCESSO: 0019861-02.2012.8.19.0210. JUIZ JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA. JULGADO EM 14 DE MARÇO DE 2013**)

QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Nenhuma é a prova produzida pelo autor no sentido de comprovar ser acometido por problemas de saúde.

Neste sentido, afastada sua condição de merecedor de cuidados especiais, não creio que a situação descrita possa ser caracterizada como configuradora de dano moral, sob pena de banalizá-lo para englobar situações que aborrecem, e bastante, mas não atingem de fato direitos da personalidade.

Sim, do ponto de vista administrativo, com a promulgação da Lei Estadual nº 4.223/2003, a instituição financeira está sujeita a sanções. Porém, haja vista a independência das esferas civil e administrativa, não se pode concluir automaticamente pela configuração do dano moral.

Há de se aguardar, para o problema narrado na inicial, soluções coletivas que passam pela mobilização social e das instituições de apoio ao consumidor, como Ministério Público, Defensoria Pública, PROCON's e organizações civis de defesa do consumidor.

Na falta de iniciativa dessas instituições não cabe ao Poder Judiciário querer suprir a omissão passando a sancionar com indenização por dano

moral algo que, tecnicamente, não supera o aborrecimento.

Agir dessa forma só trará ainda mais demandas à Justiça, já assoberbada de ações, além de se dar espaço para oportunistas que tentarão tirar proveito da situação. E, afinal, não se conseguirá resolver o problema que, para a sociedade em seu todo considerada, é o que mais importa.

Isto posto, voto pelo conhecimento e desprovemento do recurso, condenando o recorrente em custas e honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa, **cassando nesta oportunidade sua gratuidade de justiça na medida em que, com a retirada, de uma só vez, de R\$3.000,00 de sua conta bancária (fls. 07) e na condição de titular de empresa comercial (fls. 41), demonstra ter capacidade econômica suficiente para arcar com a sucumbência.**

Rio de Janeiro, de de 2013.

JOÃO LUIZ FERRAZ DE OLIVEIRA LIMA

JUIZ RELATOR

CONTRATO DE TRANSPORTE. OBRIGAÇÃO DE FIM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TRANSPORTADOR. SENTENÇA QUE SE CONFIRMA. (PROCESSO: 0243195-29.2010.8.19.0001. JUIZ ALEXANDRE CHINI. JULGADO EM 12 DE MARÇO DE 2013)

TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO – Contrato de transporte. Obrigação de fim. Responsabilidade Objetiva do transportador. Sentença que se confirma. Autores afirmam que em 30/03/2011, em viagem a Búzios, adquiriram junto à ré um passeio de jipe pelas praias da cidade. Ocorre que o passeio terminou em tragédia, pois o jipe perdeu os freios, se chocando violentamente com um barranco no acesso à praia brava e vindo a capotar, causando aos autores ferimentos graves. Foram socorridos por ambulância do corpo de bombeiros e levados a hospital local, mas em razão da gravidade dos ferimentos, foram removidos ao Hospital Samaritano, onde receberam diagnóstico de hérnia cervical traumática (1º autor) e fratura do nariz e luxação da perna (2ª autora). O 1º autor teve que se submeter a cirurgia na coluna cervical e por isso não pôde retornar ao exercício de suas atividades, pois enfrenta grande dificuldade de locomoção. Acrescentaram que tiveram que arcar com todas as despesas hospitalares. Após algumas pesquisas, constataram que o automóvel utilizado não estava autorizado a fazer transporte de passageiros e turismo em Búzios e não possuía cinto de segurança. Requereu: indenização por danos materiais de R\$ 5.891,45; e indenização por danos morais. O réu fez proposta de pagar indenização no valor de R\$ 10.000,00. O réu, em contestação, arguiu preliminar de incompetência do juízo em razão do valor da causa. No mérito, alegou que o veículo não capotou, pois foi obstado pelo barranco, e os autores sofreram tão somente ferimentos leves. Afirmou que não há provas de que os problemas de saúde narrados pelos autores tenham decorrido do acidente, ressaltando que prestou assistência aos autores, entregando-lhes a quantia de R\$ 2.000,00 para as despesas iniciais. Apresentou, também, impugnação ao valor da causa e juntou alvará provisório de funcionamento a fls. 57. SENTENÇA (fls. 58)

que JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS PARA CONDENAR O RÉU A PAGAR R\$ 5.891,41 A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E R\$ 7.000,00 A CADA AUTOR A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Recurso do réu. Insistiu na alegação de que não foi comprovado o nexo de causalidade entre as moléstias documentadas pelos autores e o acidente sofrido. Contrarrazões apresentadas. Sentença que deve ser mantida. Falha na prestação de serviços evidente. O compulsar dos autos demonstra que a ré exerce atividade de locação de imóveis e transporte rodoviário de passageiros sob regime de fretamento, conforme alvará provisório de fls. 57. Os autores, em viagem à cidade de Búzios, contrataram os serviços da ré a fim de realizar um passeio pelas praias do balneário. Ocorre que esse passeio terminou em tragédia que mereceu inclusive destaque no jornal Extra, conforme se vê de fls. 32/33. Segundo a reportagem veiculada, o acidente decorreu de imperícia do motorista do jipe, aliada as condições do veículo, que sequer possuía cinto de segurança. O réu, em defesa, tenta argumentar que todos os problemas de saúde relatados pelos autores na inicial seriam antecedentes ao evento, ou seja, não haveria nexo causal entre os ferimentos e o acidente. Em que pese o esforço argumentativo do réu, não se pode lhe dar razão. Não há nenhuma prova que ampare essas afirmações e que dê guarida à sua tentativa de afastar sua responsabilidade pelos danos advindos do acidente. Registre-se que não houve comprovação de que o réu possuísse autorização para realizar o transporte de passageiros de turismo na cidade. Ao contrário do que quer fazer crer o réu, os autores trouxeram vasta prova documental de que os receiptuários e declarações de fls. 18/26 noticiam problemas de saúde que surgiram ou sofreram piora após o acidente. Embora o 1º autor possuísse histórico de problemas cardíacos, neurológicos e ortopédicos, restou documentado que após o acidente suas condições se agravaram consideravelmente, ficando com grande limitação na deambulação. Enfim, as provas trazidas pelos autores são mais do que suficientes para associar as lesões narradas à batida e capotamento do jipe. A responsabilidade da ré, então, restou configurada, devendo responder nos termos do art. 14 da Lei 8.078/90. A responsabilidade do transportador é objetiva, fundada na teoria do risco, e por isso o causador do dano somente poderá se

exonerar da responsabilidade nas hipóteses de exclusão donexo causal, caso fortuito, força maior ou fato exclusivo da vítima ou de terceiro. É a chamada cláusula de incolumidade descumprida, implícita no contrato de transporte e segundo a qual o passageiro tem o direito subjetivo de ser conduzido são e salvo, com seus pertences, ao local de destino. Por isso se diz que a responsabilidade do transportador não é de meio e nem exclusivamente de resultado, mas também de garantia. Vale transcrever ensinamento do Ilustre Professor SERGIO CAVALIERI FILHO, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil. “Sem dúvida, a característica mais importante do contrato de transporte é a cláusula de incolumidade que nele está implícita. A obrigação do transportador é de fim, de resultado, e não apenas de meio. Não se obriga ele a tomar providências e cautelas para o bom sucesso do transporte; obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito. Em suma, entende-se por cláusula de incolumidade a obrigação que tem o transportador de conduzir o passageiro são e salvo ao lugar de destino”. Traçadas essas premissas, tornou-se singela a análise dos pleitos dos autores, que postularam a indenização para compensação dos danos materiais sofridos e indenização por danos morais. O valor dos danos materiais pleiteado se ampara na prova documental produzida. No tocante ao dano moral, é patente sua configuração, pois a situação vivida pelo autor transborda do mero aborrecimento, sendo capaz de causar intenso sofrimento e abalo psíquico. O ilustre Professor SERGIO CAVALIERI FILHO, já citado, nos ensina que “o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.” (in Programa de Responsabilidade Civil. 1998, p. 74). Assim, os autores fazem jus à indenização por danos morais, mediante o recebimento da quantia arbitrada na sentença, que está em sintonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Por fim, destacamos um julgado sobre o tema em debate, que se afina com o entendimento esposado no presente voto, *verbis*: APELAÇÃO CÍVEL. RITO SUMÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE TRANSPORTE. A LEI DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR ADOTA A TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA ATRIBUÍDA AO FORNECEDOR QUANDO O DANO EXPERIMEN-

TADO PELO CONSUMIDOR DECORRE DO DEFEITO DO SERVIÇO - ART. 14. CONSIDERANDO ESTE ASPECTO, O ACIDENTE DO CONSUMIDOR DURANTE SEU PERCURSO NO VEÍCULO COLETIVO CARACTERIZA O DEFEITO DO SERVIÇO E ENSEJA O DEVER DE INDENIZAR, INDEPENDENTE DE CULPA. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO. REGRAS DE EXPERÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. DANO MORAL DECORRENTE DO SOFRIMENTO PSÍQUICO, CONSTRANGIMENTO PÚBLICO E TRANSTORNOS NA ROTINA DA CONSUMIDORA, DEVENDO CONTEMPLAR O CARÁTER REPARATÓRIO E PEDAGÓGICO. QUANTIA FIXADA EM MONTANTE RAZOÁVEL, PERFEITAMENTE COMPATÍVEL COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ATO ILÍCITO E SUAS CONSEQUÊNCIAS. NEGADO SEGUIMENTO A AMBOS OS RECURSOS. (Apelação 0013298-50.2011.8.19.0202, julgada em 19/02/2013 - QUINTA CAMARA CÍVEL – Desembargador ANTONIO SALDANHA PALHEIRO). Posto isso, conheço do recurso mas lhe nego provimento. Condeno o recorrente ao pagamento de honorários que arbitro em 20% sobre o valor da condenação.

Rio de Janeiro, 12 de março de 2013.

ALEXANDRE CHINI

JUIZ RELATOR

MANDADO DE SEGURANÇA- CABIMENTO- ANTECIPAÇÃO DE TUTELA- REPERCUSSÃO GERAL- GRATUIDADE DE JUSTIÇA- AUSÊNCIA DE PROVA DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. (MANDADO DE SEGURANÇA Nº 119-68.2013.8.19.9000. JUIZ MARCELLO RUBIOLI. JULGADO EM 11 DE MARÇO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

RELATÓRIO

Trata-se de ação de mandado de segurança aforado contra o Exmo. Sr. Juiz de Direito do 1º Juizado Especial Cível da Comarca de Piraí, através do qual esgrima indigitado ato que, indigitadamente, lhe violou direito líquido e certo.

Segundo narra, no bojo do processo interposto por si, a autoridade coatora teria indeferido pedido de gratuidade de justiça.

Pretende a segurança para que a decisão esgrimada seja anulada.

Acosta documentos.

É o relatório

VOTO DO RELATOR

Segundo o inciso do art. 5º da CRFB

*“... LXIX - conceder-se-á 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...”*

Há outro elemento das condições da ação inserto no dito art. 18, qual seja:

“...Art. 18. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado...”

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, mandado de segurança é:

“...É a ação de fundamento constitucional pela qual se torna possível proteger o direito líquido e certo do interessado contra ato do poder público...”

E continua:

“...Objeto da tutela – Constitui objeto da tutela de ambas as espécies de mandado de segurança o direito líquido e certo. Trata-se de noção bastante controvertida, havendo alguns autores que entendem que o fato sobre que se funda o direito é que pode ser líquido e certo, e não o direito em si, este sempre líquido e certo quando existente...”

Mandado de segurança é a ação com fundamento constitucional cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo contra ato de autoridade pública.

Direito líquido e certo é aquele que é certo quanto à sua existência e delimitado quanto à sua extensão.

Avulta no mundo jurídico a *vexata quaestio* sobre o cabimento de ação de mandado de segurança contra atos de Juizados Especiais, com o intuito de substituir recurso de agravo de instrumento.

É do teor do acórdão com repercussão geral julgado pelo STF:

“...RE 576847 RG / BA - BAHIA

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 01/05/2008

Ementa

Constitucional. Concessão de tutela liminar no sistema dos juizados especiais estaduais. Impossibilidade de recurso contra decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela. Mandado de segurança contra decisão judicial. Indeferimento liminar pela turma recursal. Repercussão geral.

Decisão: O Tribunal, por ausência de manifestações suficientes para a recusa do recurso extraordinário (art. 324, parágrafo único, do RISTF), reputou existente a repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia, tendo manifestado pela recusa do recuso extraordinário os Ministros Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski e pelo reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada os Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau...”

Analisando-se o teor não só da repercussão geral, bem como do acórdão recorrido que a gerou, apura-se que o não cabimento da dita ação constitucional se dá quando a decisão esgrimada não padecer de teratologia ou ausência de fundamentação e tratar-se de fase de antecipação de tutela.

Assim, há situações que o mandado de segurança é manipulável contra decisões interlocutórias de Juizados Especiais, como forma de combater perigo de lesão irreparável, sem violar a repercussão geral já fixada pelo STF.

Pois bem, tenho que há direito líquido e certo afetado por ato da autoridade coatora no caso em tela.

Determina a lei 1060/50:

“...Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

§ 2º. A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados.

Art. 7º. A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão.

Parágrafo único. Tal requerimento não suspenderá o curso da ação e se processará pela forma estabelecida no final do artigo 6º desta lei....”

No presente feito não há prova de que o Autor possua capacidade contributiva que lhe possibilite valer-se dos benefícios da gratuidade de justiça que trata a lei 1060/50.

Veja-se os enunciados nº 1 e 5 do I EDTJRJ:

“...1) É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de justiça (art. 5º., inc. LXXIV, da CF/88), visto que a afirmação de pobreza goza apenas de presunção relativa de veracidade. (unânime)...

5) Cabe a revogação, de ofício e a qualquer tempo, do benefício da gratuidade de justiça, desde que fundamentada. (unânime)...

Logo, creio que o mesmo faça jus, tendo em vista os documentos acostados, aos benefícios da gratuidade de justiça, posto que demonstrou capacidade contributiva suficiente.

Ex positis, voto pelo concessão da segurança ao impetrante concedendo-lhe a gratuidade de justiça.

Oficie-se comunicando e trasladando a presente.

Rio de Janeiro, 11 de março de 2013.

MARCELLO RUBIOLI

JUIZ DE DIREITO

MANDADO DE SEGURANÇA- CABIMENTO- HONORÁRIOS EM EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL- IMPOSSIBILIDADE- REGIME DE HONORÁRIOS NO MICROSSISTEMA- AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO- DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. **(MANDADO DE SEGURANÇA Nº 197-62.2013.8.19.9000. JUIZ MARCELLO RUBIOLI. JULGADO EM 11 DE MARÇO DE 2013)**

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

RELATÓRIO

Trata-se de ação de mandado de segurança aforado contra o Exmo. Sr. Juiz de Direito do 1º Juizado Especial Cível da Comarca da Capital- Regional da Barra da Tijuca através do qual esgrima indigitado ato que, indigitadamente, lhe violou direito líquido e certo.

Segundo narra, no bojo de processo a Ré foi condenada e teve o recurso inominado interposto não provido, sendo condenada ao pagamento de honorários.

Como a mesma não cumpriu espontaneamente a sentença, foi aforada execução de título executivo judicial, onde foi liquidado por cálculo apropriando-se honorários advocatícios da execução.

Que a autoridade coatora indeferiu a execução de honorários.

Assim, pretende a concessão da segurança para que a decisão seja reformada.

Acosta documentos.

É o relatório

Voto do relator

Segundo o inciso do art. 5º da CRFB

“... LXIX - conceder-se-á 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...”

Já o art. 1º da lei 12016/09:

“...Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

§ 1º Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

§ 2º Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público.

§ 3º Quando o direito ameaçado ou violado couber a várias pessoas, qualquer delas poderá requerer o mandado de segurança....”

Há outro elemento das condições da ação inserto no dito art. 23, qual seja:

“...Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado...”

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, mandado de segurança é:

“...É a ação de fundamento constitucional pela qual se torna possível proteger o direito líquido e certo do interessado contra ato do poder público...”

E continua:

“...Objeto da tutela – Constitui objeto da tutela de ambas as espécies de mandado de segurança o direito líquido e certo. Trata-se de noção bastante controvertida, havendo alguns autores que entendem que o fato sobre que se funda o direito é que pode ser líquido e certo, e não o direito em si, este sempre líquido e certo quando existente...”

Mandado de segurança é a ação com fundamento constitucional cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo contra ato de autoridade pública.

Direito líquido e certo é aquele que é certo quanto à sua existência e delimitado quanto à sua extensão.

Avulta no mundo jurídico a *vexata quaestio* sobre o cabimento de ação de mandado de segurança contra atos de Juizados Especiais, com o intuito de substituir recurso de agravo de instrumento.

É do teor do acórdão com repercussão geral julgado pelo STF:

“...RE 576847 RG / BA - BAHIA

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 01/05/2008

Ementa

Constitucional. Concessão de tutela liminar no sistema dos juizados especiais estaduais. Impossibilidade de recurso contra decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela. Mandado de segurança contra decisão judicial. Indeferimento liminar pela turma recursal. Repercussão geral.

Decisão: O Tribunal, por ausência de manifestações suficientes para a recusa do recurso extraordinário (art. 324, parágrafo único, do RISTF), reputou existente a repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia, tendo manifestado pela recusa do recurso extraordinário os Ministros Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski e pelo reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada os Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau...”

Analisando-se o teor não só da repercussão geral, bem como do acórdão recorrido que a gerou, apura-se que o não cabimento da dita ação constitucional se dá quando a decisão esgrimada não padecer de teratologia ou ausência de fundamentação e tratar-se de fase de antecipação de tutela.

Assim, há situações que o mandado de segurança é manipulável contra decisões interlocutórias de Juizados Especiais, como forma de combater perigo de lesão irreparável, sem violar a repercussão geral já fixada pelo STF.

Debulhemos a tese contraposta no presente *mandamus*.

No que tange a honorários advocatícios impõe os artigos da lei 9099/95:

“...Art. 52 - A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto do Código de Processo Civil, com as seguintes alterações:

I - as sentenças serão necessariamente líquidas, contendo a con-

versão em Bônus do Tesouro Nacional - BTN ou índice equivalente;

II - os cálculos de conversão de índices, de honorários, de juros e de outras parcelas serão efetuados por servidor judicial;

III - a intimação da sentença será feita, sempre que possível, na própria audiência em que for proferida. Nessa intimação, o vencido será instado a cumprir a sentença tão logo ocorra seu trânsito em julgado, e advertido dos efeitos do seu descumprimento (inciso V);

IV - não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação;

V - nos casos de obrigação de entregar, de fazer, ou de não fazer, o Juiz, na sentença ou na fase de execução, cominará multa diária, arbitrada de acordo com as condições econômicas do devedor, para a hipótese de inadimplemento. Não cumprida a obrigação, o credor poderá requerer a elevação da multa ou a transformação da condenação em perdas e danos, que o Juiz de imediato arbitrará, seguindo-se a execução por quantia certa, incluída a multa vencida de obrigação de dar, quando evidenciada a malícia do devedor na execução do julgado;

VI - na obrigação de fazer, o Juiz, pode determinar o cumprimento por outrem, fixado o valor que o devedor deve depositar para as despesas, sob pena de multa diária;

VII - na alienação forçada dos bens, o Juiz poderá autorizar o devedor, o credor ou terceira pessoa idônea a tratar da alienação do bem penhorado, a qual se aperfeiçoará em juízo até a data fixada para a praça ou leilão. Sendo o preço inferior ao da avaliação, as partes serão ouvidas. Se o pagamento não for à vista, será oferecida caução idônea, nos casos de alienação de bem móvel ou hipotecado o imóvel;

VIII - é dispensada a publicação de editais em jornais, quando se tratar de alienação de bens de pequeno valor;

IX - o devedor poderá oferecer embargos, nos autos da execução, versando sobre:

a) falta ou nulidade da citação no processo, se ele ocorreu à revelia;

b) manifesto excesso de execução;

c) erro de cálculo;

d) causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, superveniente à sentença.

Art. 55 - A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

Parágrafo único - Na execução não serão contadas custas, salvo quando:

I - reconhecida a litigância de má-fé;

II - improcedentes os embargos do devedor;

III - trata-se de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor....”

Ao contrário do que possa entender-se, o inciso II do art. 52 refere-se, no que tange aos honorários, daqueles condenados em segundo grau.

A regra geral para condenação, em primeiro grau, a título de honorários, é a impossibilidade de condenação.

No microsistema dos Juizados a execução de título judicial não vence honorários, mormente que tramita em primeiro grau.

Caso embargada a execução, a sentença que julgar os ditos embargos, essa sim, em grau de recurso, eventualmente, vencerá honorários.

Ex positis, voto pela denegação da segurança à impetrante.

Deixo de condenar a autoridade coatora em honorários advocatícios a teor da Súm. 105 do STJ.

Despesas processuais *ex lege*.

Rio de Janeiro, 11 de março de 2013.

MARCELLO RUBIOLI

JUIZ DE DIREITO

ESPERA EM FILA BANCÁRIA - MERO ABORRECIMENTO – NÃO CONFIGURADO O DANO MORAL - PROVIMENTO. (RECURSO: 0012178-84.2011.8.19.0003. JUÍZA FERNANDA GALLIZA DO AMARAL. JULGADO EM 11 DE MARÇO DE 2013)

SEGUNDA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Trata-se de ação objetivando indenização por danos morais, em razão de larga espera em fila bancária. Afirma a parte recorrida que permaneceu aguardando atendimento no banco recorrente por mais de uma hora. Requer indenização a título de dano moral.

Sentença de fls. 46/47, julgando procedente o pedido para condenar a empresa recorrente ao pagamento de indenização a título de dano moral no valor de R\$ 700,00.

Tal decisão deve ser reformada.

Inicialmente cabe esclarecer que a alegação da parte recorrida no sentido de que no dia 05 de maio de 2009 permaneceu por mais de uma hora em fila para atendimento bancário não corresponde ao documento juntado à fl. 09. Tal documento não corresponde ao alegado dia, mas sim a dias diversos do indicado na inicial.

Ainda assim, constata-se que o recorrido não é idoso ou portador de deficiência física, o que até poder-se-ia admitir como justificativa para eventual condenação.

Logo, o simples descumprimento de dever legal, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte. Mero aborrecimento, transtorno, incômodo, não se revela suficiente à configuração do dano moral, devendo o direito reservar-se à tutela de fatos graves, que atinjam bens jurídicos relevantes, sob pena de se levar à

banalização do instituto com a constante reparação de desentendimentos do cotidiano.

Portanto, não há que se falar em indenização a título de dano moral, eis que não há qualquer repercussão gravosa na esfera íntima do recorrido, não havendo vulneração da dignidade ou violação dos seus direitos de personalidade.

Ante o exposto, na forma do art. 46 da Lei 9.099/95, voto pelo provimento do recurso para julgar o pedido improcedente. Sem ônus de sucumbência.

FERNANDA GALLIZA DO AMARAL

JUIZ DE DIREITO RELATOR

RATIFICAÇÃO DE RECURSO INOMINADO APÓS O JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO APRESENTADOS PELA PARTE ADVERSA. DESNECESSIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº. 418 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. REAJUSTE DE PLANO DE SAÚDE POR FAIXA ETÁRIA EM DETRIMENTO DE CONSUMIDOR IDOSO. CARÁTER INDEVIDO DO AUMENTO. DANOS MORAIS NÃO VERIFICADOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº. 75 DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. (PROCESSO: 0006592-14.2012.8.19.0203. JUIZ AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS. JULGADO EM 7 DE MARÇO DE 2013)

QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Encontram-se reunidos os requisitos de admissibilidade de ambos os recursos. Impõe-se a rejeição da preliminar de intempestividade, suscitada nas contrarrazões do autor, uma vez que o enunciado contido na Súmula nº. 418 do Superior Tribunal de Justiça refere-se ao processamento de recursos especiais, portanto insuscetível de aplicação ao recurso inominado, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Na realidade, interposto o recurso no prazo legal, não há que se falar em intempestividade, e também não é possível presumir a renúncia ao direito de recorrer pelo simples fato de o recorrente não ter ratificado a sua interposição após o julgamento de embargos de declaração apresentados pela parte adversa, até porque tal exigência encontra-se em conflito com os princípios da informalidade e celeridade que orientam o microsistema em foco (artigo 2º., da Lei nº. 9.099, de 1995). Neste sentido já decidiu esta C. 5ª. Turma Recursal Cível, nos autos do recurso inominado nº. 31617-42.2011.8.19.0210, em julgamento realizado em 13/12/2012, por decisão unânime, sendo Relatora a eminente Juíza Kareina David Campos de Souza e Silva. **No mérito**, o exame dos autos revela que o cerne da controvérsia reside em aferir se o aumento promovido pela

ré no valor da mensalidade do plano de saúde do autor foi lícito, sendo certo que o autor assevera que em setembro de 2011 a mensalidade era de R\$ 282,27, ao passo que no mês seguinte foi elevada para R\$ 518,30, em razão da faixa etária. Com efeito, não se pode olvidar que a relação jurídica existente entre as partes é subsumida à Lei nº. 8.078/90, o que significa que a interpretação das cláusulas impostas ao autor em decorrência de contrato de adesão deve ser feita de forma mais favorável ao aderente, assim como não pode se distanciar da vulnerabilidade e hipossuficiência ínsitas à sua condição de consumidor. Por conseguinte, o contrato não pode prever, ao seu exclusivo talante, aumentos arbitrários, cabendo à respectiva agência reguladora promover a fiscalização e o regramento a respeito do aumento das mensalidades cobradas pelos planos de saúde. Acresça-se, ainda, que o artigo 15, §3º, da aludida Lei nº. 10.741/03 proíbe a cobrança de valores diferenciados em plano de saúde em razão da idade. A propósito, cumpre destacar o julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração em Recurso Especial nº. 1310015, em 11/12/2012, pela Colenda Terceira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, de que foi Relatora a eminente Ministra Nancy Andrigui, do qual se extrai a ementa, *verbis*: “DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AGRAVO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. NÃO OCORRÊNCIA. PLANO DE SAÚDE. ESTATUTO DO IDOSO. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDAÇÃO. - A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado - quando suficiente para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial. - A ausência de fundamentação ou a sua deficiência implica o não conhecimento do recurso quanto ao tema. - O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. - Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; essa vedação não envolve, todavia, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos

de saúde, sempre ressalvada a abusividade. - Agravo no recurso especial não provido”. Logo, é indevido o aumento efetuado pela ré com fundamento na idade, razão pela qual, em tese, a devolução dos valores pagos em excesso, ou seja, após o reajuste, é medida que se impõe, de forma simples, eis que a hipótese não se coaduna ao disposto no parágrafo único do artigo 42 da Lei nº. 8.078/90. Todavia, neste concreto caso, embora a r. sentença, em seu dispositivo, tenha julgado procedente o pedido, verifica-se que, em sua fundamentação, afastou o pedido de repetição do indébito, uma vez que o pedido restou formulado de forma ilíquida. Em consequência, merece reparo o julgado, neste particular, para adequar o dispositivo à sua fundamentação. De outro lado, não se vislumbra a ocorrência de dano moral, pois o aumento impugnado teve lastro em cláusula contratual, aplicando-se a Súmula nº. 75 do E. Tribunal de Justiça. Ante o exposto, **VOTO** no sentido de **conhecer de ambos** os recursos e, no mérito, **negar provimento ao recurso interposto pelo autor e dar parcial provimento ao recurso interposto pela ré**, para afastar a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais e, exclusivamente no tocante ao pedido de repetição do indébito em dobro, julgar extinto o processo sem resolução do mérito, com fundamento nos artigos 38, parágrafo único, e 51, II, ambos da Lei nº. 9.099, de 1995, mantida em seus demais termos a r. Sentença. Condenado o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes arbitrados à razão de 20% (vinte por cento) do valor da condenação, observado o disposto no artigo 12 da lei nº. 1.060/50. Sem ônus sucumbenciais para a ré, por se tratar de recurso com êxito.

Rio de Janeiro, 07 de março de 2013.

AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS

JUIZ RELATOR

TRABALHO EM CASA. PROPAGANDA ENGANOSA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. (PROCESSO: 0006472-26.2012.8.19.0023. JUIZ AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS. JULGADO EM 7 DE MARÇO DE 2013)

QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Trata-se de recurso inominado interposto pelo autor, em que pretende a reforma da Sentença, que julgou extinto o processo sem resolução do mérito, por entender competente para conhecer do feito a Justiça do Trabalho. No caso dos autos, verifica-se que o autor foi vítima de propaganda enganosa, em que lhe foi oferecida a possibilidade de trabalhar em casa e auferir ganhos de até R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), conforme fls. 14, sendo esta oferta veiculada mediante mala direta (fls. 15). Todavia, embora tenha sido cobrada a remessa de um “kit” de material de trabalho e treinamento, este não foi remetido ao endereço do autor, que também jamais exerceu a prometida atividade laborativa. É importante frisar que nenhuma das partes alega a existência de vínculo empregatício e que o instrumento do contrato (fls. 16) afasta essa caracterização. Por isso mesmo não é possível acolher a conclusão adotada pela r. Sentença, ao determinar a extinção do processo sem resolução do mérito, por considerar competente a Justiça especializada. Por outro lado, a prematura extinção do processo em primeiro grau não constitui óbice a que se proceda ao exame do mérito em fase recursal, aplicando-se por analogia o disposto no artigo 515, §3º, do Código de Processo Civil, uma vez que a causa está madura para julgamento, sendo incontroverso que a recorrida condicionou o início do trabalho ao pagamento do “kit” e do treinamento, cuidando-se de apreciação de matéria exclusivamente de direito. **No mérito**, é de se reconhecer que a

oferta de trabalho condicionada à prévia aquisição de produtos e serviços oferecidos pela recorrida representa por si só uma prática abusiva, vedada pelo artigo 39, I, do Código de Defesa do Consumidor. E, no caso ora em exame, constata-se, pela própria inércia da recorrida quanto ao envio dos materiais ofertados, que nem sequer houve a real intenção de contratar, amoldando-se os fatos praticados, em tese, à hipótese prevista no artigo 171 do Código Penal. É importante frisar que, conforme documento de fls. 25, foram objeto da oferta prêmios de incentivo sem sorteio, dentre os quais uma casa no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), ajuda de custo mensal de R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), um carro zero, férias anuais de uma semana com um acompanhante e mais mil reais para gastar como quiser, um notebook, uma impressora e um projetor LED com 2 óculos 3D, portanto, cuidando-se de prestações absolutamente irreais e fantasiosas, cujo conteúdo fraudulento se apresenta de forma inequívoca. A frustração e o constrangimento vivenciados pelo recorrente, iludido pelas promessas de trabalho, de rendimentos e de prêmios formuladas pela recorrida constituem fatos capazes de autorizar o reconhecimento de danos morais. Tendo em vista a extensão dos danos suportados e a gravidade da conduta adotada pela ré, que desafia a função pedagógica da sanção civil, entendo razoável e com suficiente poder compensatório uma indenização por danos morais no patamar requerido na inicial, qual seja, R\$ 12.440,00 (doze mil quatrocentos e quarenta reais). Além disso, impõe-se a restituição dos valores pagos pelo recorrente. Pelo exposto, **VOTO** no sentido de **conhecer** do recurso e, no mérito, **dar-lhe provimento**, para reformar a sentença, a fim de reconhecer a competência do Juizado Especial Cível e julgar procedente o pedido, condenando-se o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 12.440,00 (doze mil quatrocentos e quarenta reais), com atualização monetária a contar desta data e juros de mora de 1% (um por cento ao mês) a contar da citação, e à restituição de R\$ 159,99 (cento e cinquenta e nove reais e noventa e nove centavos), com atualização monetária a contar do pagamento indevido, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação. Sem condenação ao paga-

mento de custas processuais e de honorários advocatícios, por se tratar de recurso com êxito. Além disso, **VOTO** no sentido de que seja determinada a expedição de ofício ao Ministério Público, com cópia integral dos autos, tendo em vista o disposto no artigo 40 do Código de Processo Penal.

Rio de Janeiro, 07 de março de 2013.

AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS

JUIZ RELATOR

COTAS CONDOMINIAIS EM ATRASO - NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA CONTÁBIL – EXTINÇÃO DO FEITO. (RECURSO Nº: 0006751-12.2012.8.19.0023. JUIZ ANTONIO AURELIO ABI RAMIA DUARTE. JULGADO EM 07 DE MARÇO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

RESUMO DOS FATOS:

Alega o Autor que na data de 08/02/2012 celebrou acordo com a Ré para acerto da cotas condominiais em atraso, que estava vendendo seu imóvel, e não teve tempo hábil para fazer qualquer negociação do débito. Afirma ainda que houve pagamento em duplicidade de algumas cotas, e reclama que a Ré apresentou duas planilhas com valores discrepantes.

PEDIDO: Fls.06

Que seja considerada a primeira planilha apresentada pelo Réu para a apuração da dívida com o acréscimo dos meses de março a dezembro, com a consequente devolução da quantia paga indevidamente pelo Autor, no montante de R\$ 8.576,00, já contada a dobra legal; e que seja ainda a Ré condenada a pagar ao Autor compensação por dano moral no valor de R\$ 10.000,00

PROJETO DE SENTENÇA (Dra. Claudia Malta) – Fls. 54

Pagamento em duplicidade que restou incontroverso, conforme doc. de fls.19 que demonstra a base de cálculo para pagamento efetuado pelo Autor foi diverso do devido, valores que devem ser restituídos na forma simples, o dano moral não restou configurado, situação experimentada que não passou de mero aborrecimento. **JULGANDO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR A RÉ A: pagar ao Autor a quantia de R\$ 4,644,06 a titulo de indenização por danos materiais.**

RECURSO DO RÉU - Fls. 55/61

Sustentando que, de fato, houve erro material na primeira planilha, e que os outros meses não foram quitados, e foram acrescidos, sendo que

o valor correto, aquele apresentado na planilha de fls. 15/17 podendo esta ser confirmada por contador judicial. Requer a condenação do Recorrido em litigância de má fé e ônus sucumbenciais.

CONTRARRAZÕES – Fls. 74/77

Pela manutenção da sentença.

RESULTADO: Trata-se de repetição de indébito c/c danos morais, Autor que celebrou acordo para refinanciamentos de cotas condominiais em atraso, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2004; janeiro, fevereiro, setembro e dezembro de 2005; janeiro a dezembro de 2006; abril, maio,, julho e dezembro de 2007; janeiro a dezembro de 2008; janeiro a dezembro de 2009; janeiro a dezembro de 2010; março a dezembro de 2011 e janeiro . A sentença merece reparo. De acordo com os documentos anexados aos autos, verifica-se que o presente processo deve ser extinto, sem apreciação do mérito, devido a necessidade de perícia contábil. Débitos que não podem ser verificados com precisão, faz-se necessária a realização de perícia contábil. Incompetência do Juizado para julgamento da lide. Cobranças legítimas, e Autor não nega que estivesse inadimplente com relação a algumas cotas, inadimplemento que gerou a cobrança de juros. Pagamento em duplicidade de três cotas, fls.21/23 que deveriam ter ficado de fora da planilha apresentada em fls.12/17. Apresentação de duas planilhas com valores discrepantes. Sentença de procedência parcial, condenando o Réu ao pagamento, a titulo de indenização por danos materiais fixado no valor de R\$ 4.644,06. De sorte que não se pode dizer que o débito esteja, mesmo, quitado, e nem qual seja este, atualmente; e nem que a autora agiu com a mais absoluta boa-fé diante do que se expõe, pois, além de poder e não trazer luzes aos fatos através de planilhas e boletos antigos, deixou de esclarecer o saldo devedor do referido débito, razão pela qual, ainda que tenha sofrido cobranças em duplicidade, não faz jus a danos morais. Como faz pedido de que seja considerada a primeira planilha apresentada pela Ré, , mister que se apure o real valor devido pela autora, por meio de perícia contábil, verificando-se, na via própria, se de fato houve cobrança diversa da devida. Questão que não se mostra mais de pequena complexidade, havendo necessidade de realização de perícia

contábil, para se verificar o que já foi pago e qual seria o valor ainda devido. Feito que não pode ser decidido no Juizado Especial Sabe-se, que a perícia complexa é incompatível com os princípios de celeridade e simplicidade que norteiam os Juizados Especiais Cíveis. Necessidade de perícia contábil, inadmissível em sede de Juizados, motivo pela qual se impõe a extinção do feito sem análise do mérito que se impõe. Sentença que se reforma. Isto posto, VOTO para, de ofício, julgar extinto o feito sem resolução de mérito, na forma do art. 51, II da Lei 9099/95. Sem honorários.

Rio de Janeiro, 07/03/2013

ANTONIO AURELIO ABI RAMIA DUARTE

JUIZ DE DIREITO

COBRANÇA DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS ENTRE MUNICÍPIOS LIMÍTROFES - CONCEITO DE “CÓDIGO DE ÁREA” QUE NÃO SE CONFUNDE COM O DE “ÁREA LOCAL” - PROVIMENTO. (RECURSO Nº 0004769-94.2012.8.19.0044. **JUIZ PAULO MELLO FEIJÓ. JULGADO EM 07 DE MARÇO DE 2013**)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Cobrança de ligações telefônicas entre municípios limítrofes. Pretensão de cobrança por tarifas locais.

Ligações de longa distância nacional, e não locais.

Conceito de “código de área” que não se confunde com o de “área local” e não interfere na definição da modalidade de STFC adotada.

Conceito de “área conurbada” e de “área com continuidade urbana” que levam a consequências distintas à vista das legislações aplicáveis.

Cobrança de ligação local apenas de áreas com “tratamento local”, assim reconhecidas pela ANATEL.

Municípios de Laje do Muriaé, Porciúncula e vizinhos que não tem “tratamento local” reconhecido em relação aos municípios vizinhos pela normatização aplicável.

Sentença que se reforma para julgar improcedente o pedido.

Vistos, etc.

Cuida-se de matéria complexa envolvendo pedido de vedação de cobranças de tarifas interurbanas de consumidora residente no município de PORCIÚNCULA quando estas forem direcionadas a municípios vizinhos que adotem o mesmo código de área (22).

A sentença de primeiro grau reconheceu o direito da consumidora.

A análise da questão deve ser feita com base na legislação específica que rege a matéria – Lei nº 9.742, de 16.07.1997 – que remete à normatização da agência Nacional das Telecomunicações – ANATEL, nos termos do Decreto nº 3.896 de 23.08.2001, e assim, obriga não apenas as fornecedoras, mas também os consumidores, a respeitar as normas emitidas pela agência.

Contudo, cuidando-se inquestionavelmente de relação de consumo, inafastável que a análise de todas essas normas seja feita à luz dos princípios e disposições firmados pela Lei nº 8.078/90.

Inicialmente, deve-se anotar que a Resolução ANATEL nº 85/1998 foi expressamente revogada pela Resolução ANATEL nº 426/2005, o que não foi observado na sentença e sequer foi registrado pelos patronos da própria TELEMAR.

Estabelece o Anexo da Resolução ANATEL nº 426/2005, que dispõe sobre o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC:

Art. 6º São modalidades do STFC:

I - local: destinada à comunicação entre pontos fixos determinados situados em uma mesma área local ou em localidades distintas que possuam tratamento local;

II - longa distância nacional: destinada à comunicação entre pontos fixos determinados, situados em áreas locais distintas no território nacional e que não pertençam a localidades que possuam tratamento local; [...]

A primeira e relevante conclusão a que se chega é que o conceito de “código de área” em nada interfere na modalidade do Sistema de Telefonia Fixa Comutada – STFC aplicável. O que define o tipo de cobrança é a “área local” onde se situa a localidade, ou se esta recebe “tratamento local” em relação a outras áreas.

Nesse diapasão, cumpre esclarecer, inicialmente, que o “código de área” idêntico não garante que haja cobrança de tarifa local, o que só ocor-

re quando se cuida de ligações dentro da mesma “área local” ou entre áreas distintas, mas com “tratamento local”.

No entanto, cumpre verificar se os municípios vizinhos a PORCIÚNCULA são considerados como “área local” ou “com tratamento local”, cujas ligações devam ser cobradas como ligações locais, e não de longa distância nacional.

A área local é definida atualmente pela Resolução nº 560/2011 da ANATEL:

Artigo 3º. [...]

I - Área Local é a área geográfica de prestação de serviços, definida pela Agência segundo critérios técnicos e econômicos, onde é prestado o STFC na modalidade Local;

Já a área com tratamento local recebe a seguinte definição no mesmo dispositivo normativo:

Artigo 3º. [...]

VII - Tratamento Local é a aplicação a um conjunto de Localidades pertencentes a Áreas Locais distintas das mesmas regras e condições de prestação de serviço aplicáveis a uma Área Local do STFC, inclusive quanto à interconexão de redes;

Estabelece a mesma norma:

CAPÍTULO I

DA CONFIGURAÇÃO DAS ÁREAS LOCAIS

Art. 4º Área Local é definida como a área geográfica:

I - de um Município; ou

II - de um conjunto de Municípios; ou

III - de um conjunto de Municípios de uma Região Metropolitana ou de uma Região Integrada de Desenvolvimento, com continuidade geográfica, e, pertencentes a uma mesma Área de Numeração (AN).

Parágrafo único. As Áreas Locais definidas por um conjunto de Municípios, nas formas previstas neste artigo, são as relacionadas no **Anexo I** deste Regulamento, observado o disposto no **artigo 9º** deste Regulamento.

Art. 5º A Área Local que abrange somente um Município tem como denominação aquela referente à sede do Município.

Parágrafo único. A Área Local que abrange um conjunto de Municípios tem como denominação aquela referente à sede do Município com o maior número de acessos individuais instalados pela Concessionária.

Nesse sentido, bem andou a normatização, já que, à vista do consumidor, o que se presume é que áreas de um mesmo município sejam consideradas áreas locais. Atende, dessarte, aos princípios da transparência e informação consagrados no Código de Defesa do Consumidor e repetidos na Lei nº 9.472/1997:

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

[...]

IV - à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;

E também no Anexo da Resolução ANATEL nº 426/2005:

Art. 11. O usuário do STFC tem direito:

[...]

IV - à informação adequada sobre condições de prestação do serviço, em suas várias modalidades, facilidades e comodidades adicionais, suas tarifas ou preços;

Dessa forma, se observa que, em princípio, não tem o consumidor direito a ter suas ligações para municípios vizinhos cobradas como ligações locais, salvo se, por reconhecimento da ANATEL, tais localidades recebam tratamento local.

Na referida Resolução nº 560/2011 da ANATEL, que em seus Anexos I e II traz extensa relação de Municípios considerados como área local, ou com tratamento local, e atos posteriores que incluíram e excluíram hipóteses, não se vê qualquer referência ao município de PORCIÚNCULA, razão pela qual não é considerado, juntamente com os municípios vizinhos, como área com tratamento local.

Verifica-se, dessarte, que não tem direito o consumidor residente neste Município a ter suas ligações para municípios vizinhos cobradas como sendo locais.

Nesse diapasão, importante esclarecer que o critério da distância, adotado na fundamentação da sentença é inaplicável ao caso vertente.

A distância serve como parâmetro apenas para aferição do custo das ligações de longa distância nacional, como determina o Anexo à Resolução ANATEL nº 424, de 6 de dezembro de 2005:

Artigo 28. [...]

§ 2º Em função da distância geodésica entre os centros das áreas tarifárias onde estão situadas as localidades de origem e destino, a chamada é classificada em degraus tarifários, a saber:

I – degrau 1 (D1) compreendendo distâncias até 50 km;

II – degrau 2 (D2) compreendendo distâncias maiores que 50 km e até 100 km;

III – degrau 3 (D3) compreendendo distâncias maiores que 100 km e até 300 km; e

IV – degrau 4 (D4) compreendendo distâncias maiores que 300 km.

Mesmo que aplicado Regulamento da revogada Resolução ANATEL nº 85/1998, não cabe a interpretação extensiva de que os municípios limítrofes, por se encontrarem em áreas contínuas, deveriam ser considerados como área local. Isso porque o mesmo dispositivo, que faz referência à continuidade da área (artigo 3º, II), também fixa que cabe à ANATEL fixar o que será considerado área local, no que é aplicável o já visto conceito da Resolução ANATEL nº 560/2011, que revogou diversas normas anteriores.

Antes disso, vigorava a Norma nº 01/1992, estabelecida pela Portaria do Ministério da Infra-estrutura nº 87 de 19.03.1992, que regulava:

2. DEFINIÇÕES

Para fins desta Norma são adotadas as seguintes definições:

2.1 - Localidade – todo lugar do Território Nacional onde existe um aglomerado permanente de habitantes.

2.2 - Zona Urbana – aquela assim definida em Lei Municipal, observando-se na sua delimitação os requisitos mínimos fixados no Parágrafo primeiro do Artigo 32 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

2.3 - Área Conurbada – conjunto de duas ou mais localidades cujas zonas urbanas tenham se tornado limítrofes umas das outras, constituindo um todo continuamente urbanizado, podendo ser separadas por rios, lagos, baías, braços oceânicos ou por uma distância de até 1.000 (hum mil) metros.

2.4 - Localidade Centro de Interesse de Tráfego – localidade para onde convergem os interesses econômicas, políticos,

culturais e sociais de uma Área Conurbada, podendo, caso haja dificuldade na sua identificação, ser assim considerada a localidade com o maior número de terminais.

2.5 - Degrau Tarifário de Área Conurbada (DC) – multiplicador tarifário específico, fixado pela Secretaria Nacional de Comunicações, para determinação da tarifa das chamadas entre localidades de uma mesma Área Conurbada.

3. CRITÉRIOS TARIFÁRIOS

3.1 - Terão tratamento tarifário específico as chamadas intra e interáreas tarifárias do Serviço Telefônico Público, quando realizadas entre localidades de uma mesma Área Conurbada, nos seguintes casos:

a) Chamadas entre localidades contíguas; e

b) Chamada entre uma localidade e a correspondente localidade centro de interesse de tráfego.

3.2 - Nos casos citados no item anterior as chamadas serão tarifadas segundo os critérios aplicáveis às chamadas intra e interáreas tarifárias, adotando-se, entretanto, no cálculo da tarifa o Degrau Tarifário da Área Conurbada (DC), independentemente da distância entre as localidades envolvidas.

[...]

4. APLICAÇÃO

4.1 - A aplicação da tarifação de Área Conurbada e a correspondente área de abrangência dependerá de prévia aprovação, caso a caso, da Secretaria Nacional de Comunicações.

4.2 - Os pleitos nesse sentido deverão consubstanciar o enquadramento da área a ser abrangida no conceito de Área Conurbada e ser acompanhados de demonstrativos da variação

estimada da receita tarifária que resultará da adoção da tarifa de área conurbada.

Duas são as consequências diretas da análise da norma: a primeira, de que as áreas conurbadas não recebiam tratamento de “área local”, e sim eram sujeitas a regime tarifário diferenciado através do “degrau tarifário da área conurbada (DC)” e, a segunda, de que o reconhecimento não era automático, e sim decorria de aprovação da Secretaria Nacional de Comunicações.

No caso vertente, não há indicação de tal autorização e, mesmo que fosse esta dispensada, não há qualquer indício de que os municípios referidos na sentença tenham suas áreas urbanas interligadas de forma contínua.

Por oportuno, temos que a denominada “área conurbada” não deixou de existir, passando a receber tratamento no Anexo da Resolução nº 560/2011 de “área com continuidade urbana”.

De tal conceito, conjugado com o de “localidade”, surgiu a já referida área com “tratamento local”:

Artigo 3º. [...]

IV - Localidade é toda parcela circunscrita do território nacional que possua um aglomerado de habitantes, caracterizado pela existência de domicílios permanentes e adjacentes, formando uma área continuamente construída, com arruamento reconhecível ou disposta em uma via de comunicação, nos termos do Regulamento do Plano Geral de Metas de Universalização - PGMU;

V - Área Rural é a que está fora da Área de Tarifação Básica – ATB, conforme regulamentação específica da Anatel;

VI - Área com Continuidade Urbana é o resultado da fusão de duas ou mais Localidades, que constitui um todo continuamente urbanizado, podendo, entretanto, ocorrer desconti-

nuidades de até 1000 (mil) m ou por motivo de acidente aquático, como rio, lago, baía ou braço oceânico;

VII - Tratamento Local é a aplicação a um conjunto de Localidades pertencentes a Áreas Locais distintas das mesmas regras e condições de prestação de serviço aplicáveis a uma Área Local do STFC, inclusive quanto à interconexão de redes;

Depreende-se, da fundamentação supra que, embora continue a existir o conceito de área conurbada, com nova denominação, diferem-se os tratamentos.

No caso da “antiga” área conurbada, estabelecia-se um novo degrau tarifário, acima do atribuído às ligações locais, mas abaixo dos fixados para as ligações de longa distância nacional.

Já na área de continuidade urbana, quando assim reconhecidas as localidades que a integram como áreas com tratamento local, será aplicável o regime de tarifação local.

Tal distinção torna clara e reforça a conclusão já obtida de que os consumidores de PORCIÚNCULA não têm, ao menos com base na legislação, vigente e pretérita, direito de ter suas ligações para municípios vizinhos cobradas como locais.

Pelas razões expendidas, **VOTO** no sentido de ser conhecido o recurso para, no mérito, dar-lhe provimento e reformar integralmente a sentença, para julgar improcedente o pedido.

Sem condenação em custas ou honorários, eis que acolhido o recurso.

Rio de Janeiro, 07 de março de 2013

PAULO MELLO FEIJÓ

JUIZ DE DIREITO – RELATOR

CONTRATO INEXISTENTE - NOME INDEVIDAMENTE INCLUÍDO EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO - DANOS MORAIS PRESENTES – PROVIMENTO. (PROCESSO Nº PROCESSO Nº 0009975-79.2012.8.19.0209. JUIZ PAULO MELLO FEIJÓ. JULGADO EM 07 DE MARÇO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Contrato inexistente.

Consumidor que teve o nome indevidamente incluído em cadastros restritivos de crédito em decorrência de contrato não celebrado.

Sentença correta em reconhecer a inexistência do contrato e dos débitos, mas que afastou a incidência dos danos morais sob o fundamento de haver outros apontamentos contra o nome do autor, suscitando o enunciado nº 385 da Súmula do S.T.J..

Fato de haver outros registros negativos que não afasta a ofensa decorrente daquele levado a efeito pelo ora réu, que, por si, já agravava a situação do consumidor.

Danos morais presentes, decorrentes da indevida restrição gerada para o consumidor em razão da flagrante falha do fornecedor, o que gera inequívoco aborrecimento e abalo emocional.

Indenização a ser fixada com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com o que atinge os objetivos reparatório, punitivo e pedagógico visados pela verba.

Sentença que se reforma em parte para julgar procedente em parte o pedido de indenização por danos morais.

Vistos, etc.

Consumidor que teve o nome indevidamente incluído em cadastros restritivos de crédito sem nunca ter contratado com o fornecedor réu.

Ausência de prova de contratação que induz à conclusão de ser inexistente a relação jurídica de direito material.

Sentença que concluiu corretamente pela inexistência do negócio jurídico, declarando a extinção do contrato e do débito dele decorrente.

Danos morais que, embora não acolhidos em primeiro grau, estão presentes.

Fato de haver outros registros negativos contra o nome do autor que não afasta a ofensa decorrente daquele levado a efeito pelo réu que, por si, já agrava a situação do consumidor.

Caso em que o autor informa que todos os outros registros também são indevidos e, sem prova da origem dos mesmos, tem-se que, na verdade, há solidariedade entre todas as empresas que lançaram tais registros quanto aos danos causados ao autor.

Nesse sentido, não há como se distinguir qual empresa é mais ou menos responsável pelos danos, sendo certo apenas que cada um dos registros gera um agravamento na situação do autor, e também aumenta a preocupação deste com a solução do problema.

Não se pode admitir também que a multiplicidade de registros gere algum tipo de direito a qualquer pessoa física ou jurídica de agravar ainda mais a situação do suposto devedor, tenham ou não procedência as cobranças perpetradas.

Da mesma forma, não podem as empresas se eximir de responsabilidade em razão da existência de outros registros levando a absurda possibilidade de que aquele que sofre apenas um registro indevido recebe inde-

nização, e o que tem diversos registros indevidos contra seu nome, o que caracteriza situação mais grave, nada recebe.

Dessarte, temos que qualquer registro negativo de débito gera preocupação e angústia àquele em relação ao qual é imputada a qualidade de devedor, bem como a existência de outros registros não autoriza ninguém a lançar débitos em nome de suposto devedor.

Resta, ainda, afastada a incidência do enunciado nº 385 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, visto não se cuidar de hipótese de aplicação da mesma por não envolver o caso a ausência de envio de comunicação prévia por órgão responsável pelo cadastro restritivo de crédito.

Nesse sentido, em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Raul Araújo, nos autos da Reclamação nº 8.608 – RJ (2012/0086595-5), restou esclarecida a matéria:

“No entanto, o caso ora tratado não se enquadra na hipótese de incidência da Súmula 385 desta Corte. Isso porque, conforme se verifica a partir da leitura dos julgados que deram origem ao referido enunciado sumular, esse tem aplicação específica, se referindo apenas aos casos em que a indenização é pleiteada em face do órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito, que deixa de providenciar a notificação prevista no art. 43, § 2º, do CDC, antes de efetivar a anotação do nome do devedor no cadastro. A propósito, confirmam-se os AgRg no REsp 1.046.881/RS, AgRg no REsp 1.057.337/RS, AgRg no REsp 1.081.404/RS, AgRg no REsp 1.081.845/RS, REsp 992.168/RS, REsp 1.002.985/RS, REsp 1.008.446/RS e o REsp 1.062.336/RS, cuja ementa bem elucida a questão:

“Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito sem prévia notificação. Dano moral reconhecido, salvo quando já existente inscrição desabonadora regularmente realizada, tal como ocorre na hipótese dos autos.

I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC.

- Orientação: A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistir inscrição desabonadora regularmente realizada. Vencida a Min. Relatora quanto ao ponto.

II- Julgamento do recurso representativo.

- Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula n.º 83/STJ.

Recurso especial não conhecido.”

*(Relatora a Ministra **NANCY ANDRIGHI**, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 12/5/2009)*

Desse modo, tendo em vista não se tratar de indenização pleiteada em face do órgão mantenedor do cadastro de inadimplentes, que deixou de enviar a notificação prévia ao devedor, a Súmula 385/STJ não se aplica ao caso.”

O debate deve travar-se no momento da fixação do valor da indenização, quando certamente o devedor que tem contra si outros registros negativos procedentes sofre uma repercussão menor nas esferas objetiva e subjetiva de sua honra em relação àquele que não tem registros lançados contra seu nome. Variação da primeira hipótese – múltiplos registros –, que merece apreciação específica, a trazida nestes autos, em que a diversidade de registros decorre de sucessivas fraudes decorrentes da indevida utilização do nome do autor.

Em casos como o vertente, deve haver uma redução proporcional no valor da indenização a ser fixada, sem que se desnature sua finalidade, visto que receberá o consumidor diversas indenizações – quando opta, como

optou o ora autor, por ações separadas – e não pode resultar o somatório dos valores em enriquecimento injustificado da vítima.

Por oportuno, destaque-se que outro não é posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, destacado na mesma decisão monocrática acima já em parte transcrita:

“Cumpre destacar, por oportuno, que permanece em vigor no âmbito deste Tribunal o entendimento de que *“a existência de outros registros em nome daquele que alega o dano moral por manutenção indevida de seu nome em cadastro de inadimplentes não afasta o dever de indenizar, mas deve refletir sobre a fixação do valor da indenização”* (REsp 437.234-PR, Relatora a Ministra **NANCY ANDRIGHI**, DJ de 29/9/2003). Nesse sentido:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGISTRO INDEVIDO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DEVOLUÇÃO INDEVIDA DE CHEQUE. CONSTRANGIMENTO PREVISÍVEL. EXISTÊNCIA DE OUTROS REGISTROS.

(...)

3. Conforme orientação pacificada nesta Corte, e adotada pelo acórdão recorrido, *‘a existência de outras inscrições anteriores em cadastros de proteção ao crédito em nome do postulante dos danos morais, não exclui a indenização, dado o reconhecimento da existência da lesão’*. Contudo, tal fato deve ser sopesado na fixação do valor reparatório. Precedentes.

Omissis.

6. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.”

(REsp 717.017/PE, Relator o Ministro **JORGE SCARTEZZINI**, DJ de 6/11/2006)

“AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. OUTRAS ANOTAÇÕES EXISTENTES. REFLEXO NA DETERMINAÇÃO DA INDENIZAÇÃO.

- ‘A existência de outros registros em nome daquele que alega o dano moral por manutenção indevida de seu nome em cadastro de inadimplentes não afasta o dever de indenizar, mas deve refletir sobre a fixação do valor da indenização’ (REsp n. 437.234-PR).

- *Agravo regimental improvido.*”

(AgRg no Ag 662.017/RJ, Relator o Ministro **BARROS MONTEIRO**, DJ de 12/9/2005)

Ressalte-se que a pretensão da ora reclamante encontra amparo no fundamento do juízo sentenciante, segundo o qual “o documento acostado à contestação corrobora com as alegações autorais, já que comprova que a partir da data do pagamento do acordo (22/04/2010) apenas constam anotações restritivas do crédito da autora perpetradas pela parte ré, (...), todas indevidas” (fl. 35).

Portanto, ainda que se considere a existência de outras inscrições anteriores e legítimas, a manutenção indevida do nome da consumidora no rol dos maus pagadores pelo Banco negativador, no que toca à restrição discutida nestes autos, é passível de indenização. A propósito, confira-se o seguinte julgado:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. OUTRAS INSCRIÇÕES NEGATIVAS. REDUÇÃO.

1. O Tribunal a quo julgou restar demonstrada a conduta ilícita do recorrente e a caracterização dos danos morais: 'a manutenção do nome do apelado em cadastros restritivos de crédito, de forma irregular, após ter adimplido suas obrigações, é suficiente a causar o dano moral (...) vislumbram-se, pois, os requisitos ensejadores da condenação do Apelante ao pagamento de indenização por danos morais' (Acórdão, fls.267).

2. Consoante jurisprudência firmada nesta Corte, o dano moral decorre do próprio ato lesivo de manutenção indevida junto aos órgãos de proteção ao crédito, 'independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pela autora, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito a ressarcimento'. Precedentes.

Omissis.

5. A comprovada ocorrência de outros apontamentos negativos em nome do recorrido, inobstante não excluir a indenização, dado o reconhecimento da lesão, deve, necessariamente, ser sopesada na fixação do montante reparatório. Precedentes desta Corte.

(...)

7. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.”

(REsp 705.371/AL, Relator o Ministro **JORGE SCARTEZZINI**, DJ de 11/12/2006)”

Valor da indenização que, à vista de tais considerações, e com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, deve ser arbitrado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com o que atinge os objetivos reparatório, punitivo e pedagógico visados pela verba.

Pelas razões acima expostas, **VOTO** no sentido de ser conhecido o recurso para, no mérito, dar-lhe provimento para reformar parcialmente a sentença e condenar o réu a pagar ao autor R\$ 5.000,00 (cinco mil reais),

importância esta a ser corrigida monetariamente e acrescida de juros legais, a contar da sessão de julgamento.

No mais, é confirmada a sentença por seus próprios fundamentos.

Sem condenação em custas ou honorários, eis que acolhido o recurso.

Rio de Janeiro, 07 de março de 2013

PAULO MELLO FEIJÓ

JUIZ DE DIREITO – RELATOR

RECURSO INOMINADO - PASSAGEM AÉREA NÃO UTILIZADA - RESCISÃO DO CONTRATO QUANDO JÁ EXPIRADO O PRAZO DE SUA VIGÊNCIA - INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE - PROVIMENTO. (PROCESSO ELETRÔNICO 0013166-35.2012.8.19.0209. JUÍZA MARCIA CORREIA HOLLANDA. JULGADO EM 05 DE MARÇO DE 2013)

TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Trata-se de recurso inominado, interposto pela ré, tempestivo e devidamente preparado. O recorrido ajuizou ação objetivando a condenação da ré a reparar danos morais e materiais, por ter se recusado a devolver o valor de passagem aérea não utilizada. Alegou que contratou com a ré a aquisição de duas passagens ida e volta para Salvador, para o dia 27 de maio de 2010, mas não pôde realizar a viagem em razão do falecimento de sua filha. Acordou com a ré o pagamento de uma taxa de R\$100,00 para utilização posterior do bilhete. No entanto, o autor foi acometido de grave doença e em julho de 2011 tentou receber o reembolso do valor das passagens, o que foi recusado pela ré/recorrente. Esta, em sua defesa, argumentou que os danos foram provocados pelo próprio autor, que deixou de utilizar a passagem no prazo do contrato.

A sentença julgou os pedidos parcialmente procedentes para determinar a restituição dos valores ao autor, com reparação moral de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

É o breve relatório. Passo a decidir.

Conheço do recurso e lhe dou provimento para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido.

Realmente, o autor somente manifestou seu interesse na rescisão do contrato e devolução dos valores pagos mais de um mês após o término do prazo de vigência do bilhete, quando esgotada a possibilidade de via-

gem. Não se trata de rescisão anterior ao início da viagem ou durante sua realização, com regra expressa no Código Civil (art. 740). Trata-se de hipótese de manifestação de rescisão do contrato quando já expirado o prazo de sua vigência (01 ano), por isso não havia reembolso a ser concedido.

Não custa lembrar que as regras para utilização de bilhetes aéreos são claras e estão devidamente expostas aos consumidores no momento em que optam pela compra do bilhete. O autor, após a desistência quanto à viagem inicial, resolveu, ao invés da devolução, tornar a data de utilização do bilhete indefinida, para que pudesse utilizá-lo da forma que lhe era mais conveniente. Mas o autor tinha plena ciência de que o prazo se esgotaria em um ano e a passagem deveria ser utilizada naquele período.

Apenas após o término do prazo de vigência do contrato é que o autor pretendeu o reembolso, o que foi corretamente negado pela ré, não obstante os graves problemas pessoais enfrentados pelo consumidor no período.

Dessa forma, não havendo irregularidade por parte da ré/recorrente, devem ser rejeitados os pedidos de indenização por danos morais e materiais. Por isso, VOTO no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial. Sem ônus de sucumbência.

É como voto.

Rio de Janeiro, 05 de março de 2013.

MARCIA CORREIA HOLLANDA

JUÍZA RELATORA

HABEAS CORPUS. INFIDELIDADE DO DEPOSITÁRIO. SÚMULA VINCULANTE. (RECURSO Nº 0000166-42.2013.8.19.9000. JUIZ ANDRÉ LUIZ CIDRA. JULGADO EM 28 DE FEVEREIRO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

RELATÓRIO

O *habeas corpus* foi impetrado visando a abstenção da prisão do paciente, aduzindo que a decretação da prisão tivera supedâneo em infidelidade de depositário, conquanto haja vedação decorrente da Súmula Vinculante nº 25 do STF.

Foi deferida a liminar à fl. 27 nos seguintes termos:

“Trata-se de requerimento de *habeas corpus* preventivo visando a determinação de abstenção da ordem de prisão emitida pela autoridade impetrada em desfavor dos pacientes, sendo o *habeas corpus* o meio adequado para obstar qualquer violação do direito à liberdade de locomoção.

Em entendimento pretoriano, editou o Excelso Supremo Tribunal Federal Súmula Vinculante nº 25 dispondo que: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Revogou-se, inclusive, o verbete sumular nº 619 daquela Corte.

No sentido da inadmissibilidade da prisão destaca-se ainda:

PRISÃO CIVIL. Inadmissibilidade. Depósito judicial. Depositário infiel. Infidelidade. Ilícitude reconhecida pelo Plenário, que cancelou a súmula 619 (REs nº 349.703 e nº 466.343, e HCs nº 87.585 e nº 92.566). Constrangimento ilegal tipificado. HC concedido de ofício. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF; Tribunal Pleno; HC 94307/RS; Rel. Min. Cesar Peluso)

Diante do posicionamento atual dos Tribunais Superiores, inarredável é o reconhecimento da ilegalidade da prisão dos pacientes, afastando-se, em consequência, a medida coercitiva imposta.

Diante dos fortes indicativos de que a medida de exceção temida esteja na iminência de ocorrer, defiro a liminar para determinar que a autoridade policial se abstenha no cumprimento do mandado de prisão que foi expedido pelo II Juizado Especial Cível de São Gonçalo e que tem fundamento exclusivo na infidelidade dos depositários.

Com efeito, defiro a liminar para determinar a imediata libertação do paciente Luiz Carlos Cunha Lopes Leal, filho de Pedro Lopes Leal e Maria do Carmo Cunha Leal, Id. Nº 101844389 IFPRJ, nascido em 06/08/1973, suspendendo a eficácia da ordem de prisão que foi expedida pelo Juizado Especial Cível de Nova Friburgo e que tem fundamento na infidelidade do depositário.”

Ministério Público opinou pela concessão da ordem às fls. 30/31.

VOTO

Inarredavelmente o *habeas corpus* é o meio adequado para obstar qualquer violação do direito à liberdade de locomoção, bastando para a sua utilização apenas a existência de ato impróprio ou ilegal que venha a comprometer ou ameaçar o direito constitucional de ir e vir. Conquanto seja inerente à figura do depositário o cumprimento do *munus* imposto pelo Juízo, há atualmente posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não mais subsistiria no sistema normativo pátrio a possibilidade de prisão com lastro exclusivo na violação do dever jurídico de fidelidade do depositário, não mais se viabilizando a utilização do instrumento coercitivo como forma de compelir o recalcitrante a cumprir a obrigação a que se obrigou.

Com efeito, havendo impropriedade do ato judicial que está em confronto com a Súmula Vinculante nº 25 do STF, reputa-se justa a causa para a

concessão da ordem pretendida, subsumindo a situação invocada na moldura do que dispõe o art. 5º, LXVIII da Carta Política.

Ante o exposto, **voto pela concessão da ordem**, ratificando-se assim a liminar concedida. Comunique-se e intime-se.

Rio de Janeiro, 28 de fevereiro de 2013.

ANDRÉ LUIZ CIDRA

JUIZ RELATOR

RECLAMAÇÃO CORREICIONAL. PREMATURIDADE. DESCABIMENTO POR EXISTIR RECURSO PRÓPRIO PARA CONTRARIAR A DECISÃO. REJEIÇÃO LIMINAR. (RECURSO Nº 000343-06.2013.8.19.9000. JUIZ ANDRÉ LUIZ CIDRA. JULGADO EM 28 DE FEVEREIRO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

RELATÓRIO

Alega a reclamante que foi procedida a penhora de créditos de honorários em diversos feitos em que funciona como advogada e ainda expedição de ofícios ao Ministério Público, em razão de execução forçada em que figura como executada, entendendo que haveria ilegalidade na atuação da magistrada, requerendo a suspensão dos atos e decisões, até porque estaria comprometendo interesses de terceiros, seus clientes, sendo impenhoráveis as verbas de honorários, em virtude de seu caráter alimentar.

VOTO

Define o CODJERJ que são suscetíveis de reclamação as omissões do juiz e os despachos irrecorríveis por ele proferidos que importem em inversão da ordem legal do processo ou resultem de erro de ofício ou abuso de poder, definindo o referido diploma legal que a reclamação será manifestada no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data da publicação do despacho que indeferir o pedido de reconsideração da decisão reclamada, sendo também de 05 (cinco) dias, contados da publicação do despacho ou da ciência, o prazo para o pedido de reconsideração, que deve, obrigatoriamente, anteceder a reclamação (arts. 219 e 220). Frise-se que é definido no art. 21 da Resolução Conselho da Magistratura nº 8, de 25/08/2008, que devem ser aplicadas ao funcionamento das Turmas Recursais as normas do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Não há vestígios na reclamação da existência de pedido de reconsideração da decisão que determinou a penhora dos créditos, conquanto fosse pressuposto para que pudesse ser apresentado o procedimento correicional. Sendo assim, irrefragavelmente intempestiva a reclamação, em face da sua prematuridade.

A reclamação como medida *sui generis* não prevista na legislação processual constitui remédio hábil apenas para as situações de *error in procedendo* sem recurso específico, exigindo-se, contudo, que sua interposição ocorra no prazo legal e mediante subordinação aos ditames normativos, não sendo cumprido, todavia, o prazo definido no parágrafo único do art. 211 do RITJRJ.

Ademais, da análise dos documentos apresentados extrai-se que há uma execução forçada em que a reclamante se sujeita, na qualidade de executada/devedora, sendo a penhora de crédito modalidade prevista no ordenamento jurídico para a segurança do Juízo, visando à satisfação do credor. Por sua vez, a constrição judicial constitui-se em atividade precedente à intimação para a apresentação da impugnação do devedor ou embargos à penhora, de modo que a ausência de comunicação processual, *a priori*, não encerra por si só qualquer ilegalidade. Questionamento relativo à penhora que deverá ser efetivado pelos mecanismos legais previstos no Código de Processo Civil destinados à dotação dos efeitos elisivos, supresivos ou modificativos dos atos de concreção realizados pelo Juízo, não servindo a reclamação para esse mister.

Por todo o exposto, tanto pela intempestividade da reclamação como também pelo fato de que os atos processuais impugnados comportam recursos ou medidas próprias, voto pela rejeição liminar da reclamação e seu arquivamento.

Rio de Janeiro, 28 de fevereiro de 2013.

ANDRÉ LUIZ CIDRA

JUIZ RELATOR

PRETENSÃO INDENIZATÓRIA E DE REGULARIZAÇÃO DA PROPRIEDADE DE VEÍCULO PERANTE O DETRAN. FATO DANOSO COMPLEXO. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO QUE SE AFASTA. JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO. POSSIBILIDADE. TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO À POSSE DA RÉ QUE NÃO RESTOU COMPROVADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (PROCESSO: 0033019-22.2010.8.19.0202. JUIZ AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS. JULGADO EM 21 DE FEVEREIRO DE 2013)

QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Trata-se de recurso inominado interposto pela autora, em que pede a reforma da Sentença de fls. 109, que homologou o projeto de sentença fls. 108, a qual reconheceu a prescrição da pretensão veiculada nos autos.

No caso dos autos a autora alega, em síntese, que após ter sofrido sinistro que acarretou a perda total de automóvel de sua propriedade, sob a cobertura securitária da ré, obteve o pagamento da respectiva indenização em 03/05/2005. Alega que a ré, embora permanecendo de posse do bem sinistrado, deixou de proceder à transferência da propriedade perante o DETRAN, situação que perdura até hoje. Em decorrência desse fato, a autora afirma que vem sofrendo cobranças de IPVA anualmente, desde a data do sinistro até a propositura da demanda, ressaltando que o veículo não está mais em sua posse desde 21/08/1995. O pedido tem por objetivo obter a regularização da propriedade do veículo junto ao DETRAN, com a transferência da responsabilidade, inclusive tributária, sobre este, à ré, bem como a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Em suas razões recursais, a recorrente sustenta a inoccorrência de prescrição e reitera os pedidos formulados na inicial.

Em contrarrazões, a recorrida prestigia as conclusões do julgado.

O recurso merece ser conhecido, eis que tempestivo, tendo sido dispensado o preparo ante a concessão de gratuidade de Justiça à recorrente.

No mérito, verifica-se que efetivamente merece reparo a Sentença no tocante ao reconhecimento da prescrição.

Com efeito, não é possível considerar a data do pagamento da indenização securitária como marco inicial para fluência do prazo prescricional inerente aos danos alegados pela recorrente em razão da irregular situação do registro de propriedade do veículo perante o DETRAN, como também não pode ser aceita, para o mesmo efeito, a data de notificação para pagamento do IPVA de 2003.

É que o evento danoso alegado, no caso vertente, é complexo, e produz efeitos enquanto perdurar a omissão da transferência de propriedade do automóvel. Vale ressaltar que os lançamentos de IPVA em detrimento da recorrente são feitos anualmente, renovando-se por isso mesmo, e enquanto perdurar a exigência de tais créditos pelo Estado, a fluência do prazo prescricional para obtenção da tutela judicial tendente a obstar as consequências advindas dessas cobranças.

Além disso, no tocante à pretensão indenizatória, é de se reconhecer que, por natureza, a obrigação de indenizar tem por escopo substituir o cumprimento da obrigação cujo objeto não foi prestado pelo devedor, reconstituindo-se o patrimônio do credor. Mesmo no caso de reparação por danos morais, a indenização não se vê desprovida desse atributo, destinando-se à reparação da esfera psicológica vulnerada pela conduta ilícita. Ora, no caso em apreço, o evento danoso alegado persiste e se renova enquanto não for efetuada a transferência de propriedade no registro de trânsito, por isso que não há que se falar em início de fluência do prazo prescricional da pretensão indenizatória durante o período em que permanecer suposta situação irregular da propriedade perante o DETRAN.

Outrossim, ainda que a sentença tenha se limitado a apreciar a questão prejudicial de prescrição, tal fato não exclui do efeito devolutivo do recurso a possibilidade de análise da integralidade do pedido inicial, aplicando-se, neste particular, por analogia, as regras processuais inerentes ao recurso de apelação. Nesse sentido, leciona o eminente Professor José Carlos Barbosa Moreira:

“... A apelação interposta contra sentença definitiva devolve ao conhecimento do órgão ad quem o mérito da causa, em todos os seus aspectos. Dirige-se a impugnação contra o pronunciamento do juízo inferior que julgou procedente ou improcedente o pedido. Assim, em princípio, compete igualmente ao tribunal proferir decisão de procedência ou de improcedência, ainda que a sentença apelada não haja chegado a examinar todo o conteúdo da lide. Por exemplo: se o órgão a quo, após audiência de instrução e julgamento, ou em qualquer dos casos do artigo 330, deu pela ocorrência de prescrição, que já é matéria de mérito (cf. o art. 269, n.º IV), pode o tribunal, negando a prescrição, passar a apreciar os restantes aspectos da lide, sobre os quais o juiz não chegara a pronunciar-se.”¹ (grifo nosso).

Todavia, em que pese o pagamento da indenização securitária, não há comprovação nos autos de que o veículo tenha sido efetivamente transferido à posse da ré, na condição de salvado de sinistro.

Nesse sentido, o documento de fls. 20 revela que o automóvel, após ser recuperado pela autoridade policial, foi depositado em mãos da própria recorrente, em 15/08/1995. Cabe acrescentar que a oficina mecânica na qual ficou guardado o veículo e onde foi avaliado pela seguradora emitiu orçamento em nome da recorrente (fls. 24), o que leva a concluir que a mesma permanecia em sua posse, situação inalterada desde então.

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 11ª. Ed. P. 441 (Comentário ao artigo 515 do Código de Processo Civil).

Pelo exposto, **VOTO** no sentido de conhecer do recurso inominado e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para afastar a declaração de prescrição, porém, **JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO**, condenando-se a recorrente ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios à razão de 10% (dez por cento) do valor da causa, observado o disposto no artigo 12, da Lei n.º. 1.060, de 1950.

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2013.

AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS

JUIZ DE DIREITO

REGISTRO DESABONADOR INDEVIDO NO SERASA - REVELIA EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DO PREPOSTO – PROVIMENTO PARCIAL. (RECURSO: 0234526-84.2012. JUIZ FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO. JULGADO EM 21 DE FEVEREIRO DE 2013)

QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

*Registro desabonador indevido no Serasa em 01/04/2010 (fls.09). Conta Benefício do INSS sem limite de crédito ou serviços. Pleito de tutela antecipada para que o réu retire o nome da autora dos cadastros restritivos de crédito, declare inexistente a dívida de 161,04 e indenização a título de danos morais. Tutela antecipada indeferida às fls.26. Revelia em razão da ausência do preposto. **Contestação** às fls.29, genérica, aludindo o art. 302 do CPC com dupla confissão, já que o preposto não compareceu. **Sentença** às fls.62, proferida no V JEC e homologada pela juíza Tatiana Schettino, condenando a ré a cancelar o débito de R\$161,04 e o registro desabonador, bem como pagar o valor de R\$2.000,00 a título de danos morais. **Recurso do autor X**, às fls.76, deserto às fls.93/94. **Provimento parcial do recurso** para exasperar a condenação a título de danos morais de R\$2.000,00 para R\$5.000,00 com correção e juros do art. 407 do CC/02 a partir do acórdão, nos termos do Resp. 903852 STJ, já que se trata de registro desabonador indevido no Serasa em 01/04/2010, tendo a conta benefício INSS sem limite de crédito ou serviços. Sem honorários, por se tratar de recurso com êxito.*

Pelo exposto, voto pelo provimento parcial do recurso da parte autora para exasperar a condenação a título de danos morais de R\$2.000,00 para R\$5.000,00, com correção e juros do art. 407 do CC/02 a partir do acórdão. Fica ainda intimado o sucumbente a pagar o valor da condenação no prazo de 15 (quinze) dias a partir da publicação do acórdão, independentemente de nova intimação, sob pena de multa de 10% prevista no art.

475 “J” do CPC, com redação da Lei 11232 de 22/12/2005 e nos termos do Comunicado nº. 6 do VIII Encontro de Juízes de Juizados e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro. Sem honorários, por se tratar de recurso com êxito.

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2013.

FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO

JUIZ RELATOR

RECUSA DE COBERTURA DE PRÓTESE PARA CIRURGIA CORRETIVA - QUADRO SISTÊMICO IMPORTANTE COM DESGASTE EMOCIONAL – PROVIMENTO PARCIAL. (RECURSO: 0259351-92.2012. JUIZ FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO. JULGADO EM 21 DE FEVEREIRO DE 2013)

QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Recusa de cobertura de prótese para cirurgia Buco-Maxilo para correção de dores de ouvido e na região das ATMs, dificuldade mastigatória, cervicalgia e dificuldades na abertura da boca, quadro que exige uso crônico de analgésicos e antiinflamatórios, além de não conseguir a autora se alimentar de forma correta, levando a um quadro sistêmico importante com desgaste emocional e apnéia. Exigência de cirurgias de osteotomias de maxila e mandíbula para reposição das estruturas ósseas, e artroplastia bilateral da ATM com reconstrução mandibular com prótese bilateral para correção do avanço mandibular de 20 mm com rotação no sentido horário. **Pleito** tutela antecipada para a autorização da cirurgia com custeio de prótese customizada, osteotomias de maxila, mandíbula, artroplastia bilateral da ATM e reconstrução mandibular com prótese bilateral, no Hospital Santa Barbara e indenização à título de danos morais. Tutela antecipada deferida às fls.42 em 20/07/2012. **Contestação** às fls.103, alegando incompetência do juizado pela extrapolção, da alçada e necessidade de perícia com alegação de exigibilidade de escolha do fabricante pelo consumidor ou pelo médico não credenciado. **Sentença** de extinção do processo sem resolução do mérito na forma do art. 51, II, da Lei 9.099/95 às fls.153, proferida no XXVII JEC e homologada pela juíza Sônia Maria Monteiro. **Recurso da parte autora** às fls. 156 com gratuidade deferida às fls.42. **Provimento parcial do recurso do autor** para restabelecer a tutela de fls.78 e condenar a ré a fornecer ou custear a prótese bilateral customizada de fls. 81 a 83 e pagar R\$8.000,00 a título de danos morais com correção e juros do art. 407 do CC/02 a partir do acórdão nos termos do Resp 903852 STJ, já que a autora sofreu angustia e frustração em razão da negativa de autorização das

cirurgias solicitadas pela autora que se encontrava em grave quadro médico. Sem honorários por se tratar de recurso com êxito.

Pelo exposto, voto pelo provimento parcial do recurso da parte autora, para restabelecer a tutela de fls.78 e condenar a ré a fornecer ou custear a prótese bilateral customizada de fls. 81 a 83 e pagar R\$8.000,00 com correção e juros do art. 407 do CC/02 a partir do acórdão, nos termos do Resp 903852 STJ. Fica ainda intimado o sucumbente a pagar o valor da condenação no prazo de 15 (quinze) dias a partir da publicação do acórdão, independentemente de nova intimação, sob pena de multa de 10% prevista no art. 475 “J” do CPC, com redação da Lei 11232 de 22/12/2005, e nos termos do Comunicado nº. 6 do VIII Encontro de Juízes de Juizados e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro. Sem honorários, por se tratar de recurso com êxito.

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro 2013.

FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO

JUIZ RELATOR

COBRANÇA DE CONTA DE TELEFONIA ALÉM DO VALOR DA FRANQUIA CONTRATADA - FALHA NA INFORMAÇÃO NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO - DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. (PROCESSO Nº 0005298-79.2012.8.19.0023, JUIZ PAULO MELLO FEIJÓ. JULGADO EM 21 DE FEVEREIRO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Cobrança de conta de telefonia além do valor da franquia contratada.

Falha na informação no momento da contratação que levou o consumidor a pensar que pagaria, no máximo, o valor da franquia.

Informação contida no “pé” do contrato que não respeita ao disposto no artigo 54, §§3º e 4º, da Lei nº 8.078/90.

Cobrança indevida.

Danos morais caracterizados, devendo ser arbitrados com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade em R\$ 2.000,00, objetivando atender às finalidades reparatória, punitiva e pedagógica da indenização.

Sentença que se reforma para fixar condenação em danos morais e autorizar a fornecedora a emitir novas contas com os valores corretos.

Vistos, etc.

Consumidor que contratou plano com franquia de R\$ 19,90 por mês

e, logo nos dois primeiros meses, recebeu contas de R\$ 257,77 e R\$ 354,54, respectivamente.

Sentença que julgou improcedente o pedido com base na informação contida no pé do contrato juntado a fl. 11, informando que não há bloqueio automático, havendo cobrança pelo uso excessivo.

Uma das finalidades da franquia é permitir ao consumidor prever seus gastos, o que é visado em especial pelos consumidores de baixa renda, como o caso do autor.

Certamente, neste tipo de contratação, a informação prestada no momento da contratação é fundamental e, para tanto, tem a empresa a obrigação de ser absolutamente clara quanto à possibilidade de cobranças além do valor contratado.

Anote-se que a presunção de hipossuficiência do consumidor visa, justamente, a obrigar as empresas a ter especial atenção em casos como o vertente.

Certamente a informação trazida ao pé do contrato de fl. 11 não tem qualquer destaque merecedor de atenção do consumidor.

Desrespeita tal informação o disposto no artigo 54, §§3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor:

“Artigo 54. ...

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.”

Não há, a um, tamanho mínimo da escrita da informação e, a dois, inexistência de qualquer destaque que permita imediata e fácil compreensão por parte do consumidor quanto ao conteúdo no texto.

No caso, ainda merece registro que a advertência vem após o término, data e assinatura do contrato, ou seja, sequer integra o próprio contrato celebrado entre as partes.

Assim, prevalece o entendimento mais favorável ao consumidor e, na ausência de prova da fornecedora de que tenha prestado a informação adequada, presume-se que não poderia ter ocorrido a cobrança de valores além da franquia.

O problema criado pela ré não apenas colocou o autor na posição de inadimplência, como ainda gerou certa e profunda preocupação com a dívida desconhecida, além de aborrecimento com a interrupção do serviço, fatos estes suficientes para caracterizar a presença do dano moral.

Valor da indenização a ser fixado, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), como que se atenderá aos objetivos reparatório, punitivo e pedagógico visados pela verba.

Inicial mal formulada, que não traz pedidos relativos ao cancelamento das contas ou refaturamento das mesmas.

Decisão judicial que deve integrar o pedido de forma a não gerar prejuízo à ré, facultando a emissão de novas contas com os valores corretos.

Por tais razões, **VOTO** no sentido de ser reformada a sentença, para condenar a ré a pagar indenização por danos morais ao autor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), importância esta a ser corrigida monetariamente e acrescida de juros legais, a contar da sessão de julgamento.

Fica autorizada a ré a emitir novas faturas relativas aos dois meses em que houve cobrança excessiva, mas apenas com a cobrança da franquia de R\$ 19,90 (dezenove reais e noventa centavos), em documentos com data

de vencimento futura, a serem expedidos no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação do acórdão via DJE, sob pena de inexigibilidade definitiva dos débitos.

Sem condenação em custas ou honorários, eis que acolhido o recurso.

Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2013

PAULO MELLO FEIJÓ

JUIZ DE DIREITO – RELATOR

RECURSO INOMINADO. DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE PROVAS POR PARTE DA RÉ. REFORMA DA SENTENÇA MONOCRÁTICA. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. (PROCESSO: 0063350-37.2012.8.19.0001. JUÍZA PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA. JULGADO EM 19 DE FEVEREIRO DE 2013)

TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

V O T O

Trata-se de demanda em que a parte autora, ora recorrente, alega ser Presidente do Y e que a ré, ora recorrida, em 25/01/2012, veiculou matéria na edição X.XXX da Revista Z com o título “ X ”, atribuindo-lhe palavras que não teriam sido por ele pronunciadas sobre a suposta venda de posto de rainha de bateria da agremiação que preside (transcrição à fl.04 da inicial). Face o exposto, pleiteia: (i) a condenação da ré ao pagamento de indenização a título de danos morais e; (ii) a condenação da ré a publicar a sentença na Revista Z, nas mesmas dimensões da matéria veiculada. Documentos acostados à peça inaugural às fls.08/29.

Contestação às fls.102/121, instruída de documentos às fls.122/127, pontuando que tão somente veiculou a matéria num tom informativo e jornalístico, ressaltando, ainda, a existência de outras matérias pretéritas à publicação na Revista Z e em fontes diversas relacionando similar conteúdo em relação à reportagem em discussão.

Sentença às fls.128/130 que julgou improcedentes os pedidos formulados.

Recurso Inominado interposto pela parte autora às fls.131/141, sendo tempestivo e com o preparo devidamente recolhido. Sem preliminares e, no mérito, pede a condenação da ré nos termos da inicial.

Contrarrazões Recursais às fls.144/162 interpostas dentro do prazo legal, prestigiando a sentença ora sob exame, pugnando, assim, pela sua manutenção.

É o relatório. D E C I D O.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, recebo o recurso interposto pela parte autora às fls.131/141.

Assim, não havendo preliminares a serem atacadas, passo à análise do mérito.

A respeitável sentença prolatada pelo douto juízo *a quo* às fls.128/130, com todas as vênias, merece ser reformada pelos motivos e fundamentos expostos a seguir.

Em que pese a previsão constitucional da livre manifestação do pensamento e da liberdade de expressão, consagrados de forma sistêmica na Carta Republicana de 1988 (a exemplo no art. 5º, IV e IX e art. 220 § 1º e 2º, todos da CRFB/88), há que se fazer, em sede judicial, uma análise ponderada destes parâmetros constitucionais perante os desdobramentos do caso concreto, não podendo, assim, serem observados absoluta e isoladamente.

A Liberdade de Informação deve pautar-se em duas premissas essenciais, a saber: a veracidade das informações divulgadas e a atenção ao interesse público. *In casu*, entende esta Magistrada que houve abusividade da demandada, ora recorrida, em seu direito de informar, uma vez que não logrou êxito em demonstrar cabalmente que o autor, de fato, teria pronunciado o que foi colocado entre aspas na revista pela ré: “*Aqui, para ser rainha, tem que contribuir.*”, em referência a uma possível venda do cargo de rainha de bateria da agremiação que o autor preside e, ainda, “*Ela não tem corpaço, não é muito bonita e nem sabe sambar direito, mas tem caráter.*”, fazendo referência à atriz **X**, rainha de bateria da agremiação à época.

Imperioso salientar que a presente situação versa sobre Responsabilidade Subjetiva, e a ré, a seu turno, não colacionou aos autos qualquer prova mínima em sentido contrário de modo que constatasse que o autor,

de fato, teria pronunciado tais palavras, o que seria possível e facilmente demonstrável, através de uma gravação eletrônica, por exemplo. As alegações de existência de matérias jornalísticas pretéritas relacionadas ao mesmo fato, apesar de influir na fixação do *quantum debeat* em relação aos danos morais devidos, não são requisitos para se atestar a veracidade das mesmas.

Considere-se que se trata de prova que deveria ser produzida pela ré, já que o autor não pode produzir prova de fato negativo.

Neste diapasão, entendo que a situação em comento gerou constrangimentos para o autor, que certamente extrapolou a esfera do mero aborrecimento (súmula 75 do E. TJRJ). Destarte, há incidência de danos morais no presente caso, haja vista a repercussão gerada pela notícia veiculada na Revista Z, considerando-se que foi veiculada notícia inverídica, haja vista que a ré não comprovou sua consistência, violando os direitos da personalidade do demandante, o que, por certo, lhe gerou enorme sofrimento.

No entanto, para a fixação do *quantum* serão considerados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo certo que o fato de existirem outras matérias jornalísticas anteriores à publicação jornalística da ré, que não foram objeto de insurgência pelo demandante, será levado em consideração para a fixação do *quantum*, pelo que fixo por ora a importância de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos.

Contudo, deixo de acolher o segundo pedido formulado, qual seja, o de “condenar a ré a publicar a sentença na Revista Z, nas mesmas dimensões da matéria veiculada”, por não haver qualquer benefício para o autor e por também não ser adequado/útil que o Poder Judiciário obrigue uma editora a publicar decisão judicial em seus meios de divulgação, até mesmo pela própria previsão constitucional da liberdade de informação jornalística. Frise-se, por oportuno, que a decisão ora prolatada, por si só, já é pública e de fácil acesso.

ISTO POSTO, V O T O por conhecer o recurso inominado interposto pelo autor e, no mérito, no sentido de dar-lhe parcial provimento para,

reformando a r. sentença monocrática, condenar o réu ao pagamento do importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, acrescido de juros legais de 1% ao mês desde a citação e correção desde a publicação deste acórdão. Julgo Improcedente o segundo pedido formulado, conforme fundamentação supra. Sem ônus sucumbenciais porque não verificada a hipótese prevista no artigo 55 *caput* da Lei 9099/95.

Rio de Janeiro, 19 de Fevereiro de 2013.

PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA

JUÍZA RELATORA

RECURSO INOMINADO – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – FORNECIMENTO DO CRÉDITO - RECURSO DESPROVIDO. (PROCESSO Nº: 0149324-42.2012.8.19.0001. JUÍZA MARCIA CORREIA HOLLANDA. JULGADO EM 19 DE FEVEREIRO DE 2013)

TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Trata-se de recurso inominado interposto pela ré, devidamente preparado e tempestivo. Pretende a reforma da sentença para reconhecimento da incompetência do Juízo em razão do litisconsórcio passivo necessário de X, da ausência de interesse de agir por causa da entrega do imóvel em setembro de 2012 e, no mérito, para afastar a condenação imposta pelo d. Juízo “a quo”, sob o argumento de que não houve falha na prestação de seu serviço.

As partes contrataram em julho de 2009 uma promessa de compra e venda de imóvel na planta, com previsão de entrega para outubro de 2010, mas, até a propositura da ação, o bem não foi entregue. Por tal razão, a autora/recorrida propôs a ação, objetivando a condenação da ré/recorrente ao pagamento de multa decorrente do atraso, o cumprimento da obrigação e a reparação dos danos morais.

Em sua defesa, a recorrente suscitou preliminares, inclusive a incompetência do Juízo por conta da necessária intervenção de X. Alegou que houve a celebração de novo contrato, com a intervenção da empresa pública, que atuou como agente responsável e gerenciadora do fundo que subsidia o Sistema Financeiro de Habitação. Argumentou que estava ausente o interesse de agir, pois o contrato previu a tolerância de 180 dias de atraso, sendo que o empreendimento estava com término previsto em julho de 2012. Por entender que o prazo de conclusão da obra deveria obedecer ao cronograma físico imposto em contrato por X, a recorrente defendeu a inexistência de falha na prestação do serviço.

A sentença julgou parcialmente os pedidos autorais, condenando a ré ao pagamento de multa contratual de R\$ 5.850,00 corrigidos e acrescidos de juros 1% ao mês, a contar da citação; condenar a ré ao pagamento de multa contratual de R\$ 450,00 mensais, a partir de 01/05/2011 até a entrega das chaves; além da reparação moral no valor de R\$ 8.000,00. Houve a interposição de embargos de declaração por ambas as partes, tendo os da autora sido parcialmente providos e os da recorrente negados.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, pois a sentença bem apreciou a questão, dando o correto tratamento jurídico à hipótese em exame.

Aprecio, inicialmente, a preliminar de incompetência do Juízo. Realmente, em 10/03/2010, foi celebrado entre as partes, incluindo X, o contrato de fls. 75/98, cujo objeto principal é o financiamento do empreendimento, que foi concedido ao adquirente e à própria incorporadora. Portanto, a essência do contrato é o mútuo então concedido por X às partes e as liberações das parcelas do empréstimo à incorporadora ocorreriam de acordo com a conclusão das etapas da obra, por medição de X.

No entanto, tal instrumento em momento algum substituiu as obrigações estabelecidas na promessa de compra e venda anteriormente celebrada entre as partes, sem a intervenção da empresa pública. Nela, restou pactuado de forma certa o prazo para a entrega do imóvel, data esta que em nenhum momento foi alterada pelo contrato de compra e venda e concessão de mútuo celebrado posteriormente.

Na realidade, embora a recorrente tenha alegado que o prazo de conclusão de seu empreendimento dependia do organograma imposto por X, nada há nos autos a respeito da novação dos prazos fixados entre as partes e nem que X teria interferido diretamente, determinando a ampliação do prazo anteriormente estabelecido. Apenas a liberação dos recursos do financiamento é que ocorreria de acordo com o cronograma imposto por X em relação às etapas da obra, sem

modificação quanto ao término final de conclusão que foi estabelecido entre a autora e a recorrente.

Aliás, o Egr. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, recentemente, apreciou questão idêntica à presente e concluiu pela incompetência da Justiça Federal para julgamento da causa em razão da ilegitimidade passiva de X. Cabe ressaltar o seguinte trecho da decisão, proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 0015329-74.2011.4.02.0000, relator Des. Federal Carmem Silva Lima de Arruda, julgado em 12/04/2012: “Neste contexto, não tem legitimidade passiva a CEF para responder, juntamente com a construtora, por indenização decorrente da demora na entrega do imóvel em construção, tendo em vista que a instituição financeira atua como mero banco comercial, sem qualquer participação no empreendimento. Em face do exposto, julgo extinto o feito sem apreciação do mérito, nos termos do artigo 267, parágrafo 2º, do CPC, em razão da ilegitimidade passiva ad causam da Empresa Pública Federal, e, em razão da incompetente a Justiça Federal para processar e julgar o feito, determino a remessa dos autos à Justiça Estadual”.

Portanto, a própria Justiça Federal já reconheceu que a participação de X se restringiu ao fornecimento do crédito, por isso sem pertinência sua inclusão no polo passivo para responder por danos decorrentes do atraso na execução do empreendimento. Caso o atraso tenha decorrido de problemas na liberação das parcelas, cabe à recorrente exercer seu direito de regresso em face do financiador, não podendo a consumidora ser penalizada por fatos aos quais não deu causa.

Quanto à alegada ausência de interesse de agir, a entrega posterior do imóvel apenas serve para confirmar a procedência do pedido inicial, pois demonstrou, de forma incontroversa, a excessiva mora da recorrente quanto ao cumprimento do contrato.

No que se refere ao mérito propriamente dito do recurso, não há prova alguma que tenha sido produzida pela ré/recorrente de que fatos excludentes de sua responsabilidade ocorreram e foram determinantes para o atraso na entrega do imóvel. Como acima dito, eventuais problemas decorrentes do atraso na liberação dos recursos pelo agente financiador

não são suficientes para configurar excludente de responsabilidade. Ademais, as próprias mensagens eletrônicas apresentadas pela recorrente às fls. 106 e seguintes indicam que alguns fatos que se inserem no contexto de sua atividade efetivamente ocorreram e provocaram algum atraso (fls. 107), mas não afastam a responsabilidade objetiva por representar risco de seu empreendimento.

Por fim, as verbas indenizatórias e a multa foram corretamente fixadas, não havendo nada a reparar no que tange ao “quantum” imposto a título de indenização.

Enfim, não há reparo algum a fazer na bem lançada sentença de fls. 113/115, por isso VOTO no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso, mantendo “in totum” a sentença, com a condenação do recorrente em 20% a título de honorários sobre o valor da condenação.

É como voto.

Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2013.

MARCIA CORREIA HOLLANDA

JUÍZA DE DIREITO

RECURSO INOMINADO – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO - NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO IMPEDITIVO SUSCITADO - PROVIMENTO PARCIAL. (PROCESSO:0009742-82.2012.8.19.0209. JUÍZA MARCIA CORREIA HOLLANDA.JULGADO EM 19 DE FEVEREIRO DE 2013)

TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Trata-se de recurso inominado, tempestivo e regularmente preparado, interposto pelo autor, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos.

O autor/recorrente ajuizou ação de cobrança, narrando, em síntese, que celebrou contrato com o réu de prestação de serviços de telecomunicação, mas a ré deixou de pagar as cobranças vencidas entre março de 2011 e março de 2012, no valor total de R\$ 4.221,79. Por isso propôs a ação, objetivando o recebimento do valor, além do ressarcimento do custo com a contratação de advogado.

Em defesa, a recorrida alegou que, durante o contrato, sofreu prejuízo por falhas no serviço. Afirmou que as linhas ficaram inoperantes e houve defeitos no uso da internet, que prejudicaram seu contato com os clientes, além de ter promovido o pagamento de valores em excesso, pois eram de responsabilidade da autora.

A sentença julgou improcedente o pedido, afirmando que a autora deveria ter comprovado a efetiva prestação dos serviços no período da cobrança, além de não serem devidos os valores a partir de agosto de 2011, em razão da rescisão do contrato por parte da ré.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Conheço do recurso e lhe dou provimento para reformar a sentença e julgar procedente o pedido de cobrança.

Isto porque as partes estavam vinculadas por relação contratual (fls. 14) validamente celebrada, que previu o pagamento de valores pela manutenção de equipamentos dados em comodato. Como a ré suscitou exceção de contrato não cumprido, era apenas dela o ônus de comprovar o fato impeditivo do direito do autor, o que não fez.

Note-se que a ré/recorrida informou que houve período de paralisação dos serviços, mas não há nos autos documento algum comprobatório do fato, sendo que os problemas que teriam ocorrido em 2010 não podem ser objeto de apreciação neste feito, pois a cobrança dos serviços não envolve tal período. Eventuais cobranças superiores às devidas deveriam ter sido objeto de impugnação específica na contestação (art. 302 do CPC), o que também não ocorreu.

Da mesma forma, não consta da defesa o exercício pela ré do seu direito de rescindir o contrato e cobrar seus prejuízos. Aliás, sequer a alegada rescisão foi comprovada, não podendo extrair da alegação da ré de que foi obrigada a contratar outra empresa para a prestação dos mesmos serviços, como rescisão formal da avença, ainda mais diante do expressamente previsto na cláusula 10 do contrato (fls. 15).

Assim, havendo contrato escrito, validamente celebrado, prevendo a cobrança de valores mensais fixos e não tendo a ré comprovado o fato impeditivo suscitado na defesa, deve ser acolhido o pedido inicial de cobrança. Quanto à pretensão de ressarcimento dos honorários, não obstante os termos do documento de fls. 29, o pedido não deve ser acolhido. Trata-se de contrato para pagamento futuro, celebrado de forma voluntária e por conveniência do recorrente, até porque a atuação de advogado no caso dos autos não era necessária por força do valor do benefício patrimonial pretendido. Consequentemente, essa parte da pretensão não pode ser acolhida.

Pelo acima exposto, VOTO no sentido de dar parcial provimento ao recurso para reformar a sentença e condenar a ré/recorrida ao pagamento do valor de R\$ 4.221,79 (quatro mil, duzentos e vinte e um reais e setenta

e nove centavos), atualizado desde a propositura da ação e acrescido dos juros moratórios desde a citação, no percentual de 1% ao mês. Sem custas ou honorários.

É como voto.

Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 2013.

MARCIA CORREIA HOLLANDA

JUÍZA DE DIREITO

AQUISIÇÃO DE VEÍCULO – NÃO REALIZAÇÃO DE VISTORIA EM RAZÃO DE ERRO NO CONTRATO DE FINANCIAMENTO CELEBRADO - ILEGITIMIDADE PASSIVA. (RECURSO: 0002828-14.2012.8.19.0205. JUÍZA FERNANDA GALLIZA DO AMARAL. JULGADO EM 18 DE FEVEREIRO DE 2013)

SEGUNDA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização a título de dano moral, em decorrência de contrato de financiamento para aquisição de veículo.

Sentença de fls. 138, julgando procedente em parte o pedido para condenar as empresas recorrentes a entregarem o contrato de financiamento original, devidamente retificado em relação ao combustível, no prazo de dez dias.

É O RELATÓRIO.

Do exame dos autos, constata-se que o recorrido deixou de realizar vistoria em seu veículo, em razão de erro no contrato de financiamento celebrado com o segundo recorrente. O próprio DETRAN, à fl. 12, verso, realiza exigência de retificação do documento.

Logo, como o contrato de financiamento foi celebrado entre o recorrido e o segundo recorrente, cabe a este a retificação do contrato, devendo a condenação em obrigação de fazer ser cumprida pelo mesmo.

Desta forma, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da primeira recorrente, eis que não deu causa aos fatos, não podendo retificar o contrato que não fez parte.

Ante o exposto, na forma do art. 46 da Lei 9.099/95, voto pelo **provimento do recurso da primeira recorrente, X**, para reconhecer sua ile-

gitimidade passiva. **Nego provimento ao recurso da segunda recorrente, Y**, condenando-o nas despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor da causa.

FERNANDA GALLIZA DO AMARAL

JUIZ DE DIREITO RELATOR

PEDIDO DE MANUTENÇÃO NO PLANO DE SAÚDE NEGADO - SERVIÇO DE SAÚDE TODO CUSTEADO PELO EMPREGADOR - COPARTICIPAÇÃO É O MONTANTE DEFINIDO NA PROPOSTA DE ADMISSÃO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. (RECURSO: 0013207-60.2011.8.19.0007. JUÍZA FERNANDA GALLIZA DO AMARAL. JULGADO EM 18 DE FEVEREIRO DE 2013)

SEGUNDA TURMA RECURSAL CÍVEL

Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada e indenização por danos morais; autor afirma que após ser demitido sem justa causa, teve o pedido de manutenção no plano de saúde negado pela parte ré; alega que sofria descontos referentes à assistência médica fazendo jus à manutenção no plano de saúde, nos termos do artigo 30 da Lei 9656/98. Requer a antecipação da tutela para determinar que a parte ré restabeleça a cobertura do plano nas mesmas condições da vigência anterior, a inversão do ônus da prova e indenização pelos danos morais no valor de R\$ 15.000,00.

Decisão deferindo a tutela fls. 35.

Contestação fls.50: alegando que o autor não contribuía para o plano de saúde, pois o mesmo era integralmente custado pela empregadora; afirma que eram cobrados valores a título de COPARTICIPAÇÃO, que não se confunde com MENSALIDADE; que as condições contratuais são claras e definem a coparticipação como montante definido em percentual ou valores monetários, para cada procedimento realizado, sendo que nada era cobrado quando o usuário não utilizava o plano; sustenta a legalidade da medida, na forma do § 6º, do artigo 30 da Lei 9656/98.

SENTENÇA fls.130: X; julgando improcedente o pedido inicial, com fundamento no § 6º, do artigo 30 da Lei 9656/98; Sem custas e honorários na forma do artigo 55 da Lei 9099/95.

RECURSO DA PARTE Autora fls.46: Repisando as razões trazidas na peça inicial, pleiteando a procedência total do pedido.

Gratuidade de justiça deferida às fls. 140.

É O RELATÓRIO.

Na hipótese dos autos, constata-se que o serviço de saúde era todo custeado pelo empregador, sendo que o recorrente não contribuía com valores a título de mensalidade do plano de saúde, não se aplicando à faculdade prevista no § 1º, do artigo 31, da Lei 9.656/98.

O recorrente apenas pagava esporadicamente a chamada co-participação, sistema de co-participação dos funcionários em caso de utilização, conforme se verifica de seus contracheques anexados aos autos, com valores que oscilam entre R\$ 29,65 a R\$ 90,42. Com efeito, se o recorrente contribuísse com mensalidades de plano de saúde, teria direito a permanência no plano de inativo. O que não é o caso dos autos.

A Lei é clara ao determinar que o benefício da manutenção do plano de inativo se aplica para o consumidor que contribuir para o plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde e ao usuário titular que contribuir para o plano contratado.

O artigo 31 da Lei 9656/98, prevê a possibilidade de o consumidor continuar com o plano de saúde desde que assuma integralmente o pagamento do mesmo, entretanto, no caso da coparticipação não há valor fixo mensal, não há comprovante de pagamento de mensalidade, já que o mesmo não contribuía. Logo, não há como aplicar tal dispositivo legal. No caso concreto, aplica-se o § 6º, do artigo 30 da referida Lei Especial.

A coparticipação é o montante definido na proposta de admissão, em termos percentuais ou valores monetários, para cada procedimento realizado, enquanto que mensalidade é o valor pecuniário a ser pago mensalmente, em razão das coberturas previstas no contrato.

Desta forma, **voto pela manutenção da sentença** por seus próprios fundamentos, condenando o recorrente ao pagamento das custas e honorários em 10% do valor atribuído à causa, (art. 55, da Lei 9.099/95), devendo-se observar o disposto no art. 12, da Lei 1.060/50, tendo em vista a gratuidade de justiça concedida.

FERNANDA GALLIZA DO AMARAL

JUIZ RELATOR

MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DE DESERÇÃO. INAPLICABILIDADE DA REGRA DEFINIDA NO ART. 511 DO CPC NO MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS. DECISÃO NÃO TERATOLÓGICA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. **(MANDADO DE SEGURANÇA N° 0000207-09.2013.8.19.9000. JUIZ ANDRÉ LUIZ CIDRA. JULGADO EM 06 DE FEVEREIRO DE 2013)**

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

RELATÓRIO

O mandado de segurança foi impetrado contra a decisão que negou seguimento ao recurso em razão de deserção, caracterizada por recolhimento insuficiente das despesas processuais no prazo legal, aduzindo o impetrante que seria viável a aplicação do art. 511 do CPC, respaldando a sua tese em posição do STJ, tomada em Reclamação, no sentido de que o recolhimento de preparo a menor não seria causa de deserção automática, reputando que a decisão impugnada teria violado o seu direito líquido e certo.

VOTO

Na falta de previsão de recurso próprio para os atos processuais decisórios destoantes de sentença no microsistema dos Juizados Especiais, viável é a utilização do mandado de segurança como instrumento hábil a impedir a ocorrência de qualquer lesão, já que afronta ao critério de justiça que as ofensas a bem jurídico permaneçam sem remédio processual. No entanto, consoante orientação contida no enunciado 14.1.1 da Consolidação, o WRIT só pode ser manejado contra ato ilegal e abusivo praticado pelo Juiz do Juizado Especial, verificando-se da certidão cartorária apresentada em fotocópia que o preparo seria insuficiente, sendo a decisão impugnada consentânea com o entendimento dominante dos Juizados e Turmas Recursais de que o art. 511 do CPC não é aplicável na estrutura dos Juizados Especiais Cíveis.

Inexistência de direito de complementação do preparo após o término do prazo definido no art. 42, § 1º da Lei 9.099/95, havendo flagrante antinomia entre os princípios norteadores do Juizado Especial, definidos no art. 2º da Lei de Regência, e aqueles vigorantes no Estatuto Processual Civil, não se aplicando destarte o art. 511, § 2º do CPC.

Vale transcrever o Enunciado nº 11.3 da Consolidação

Não se aplica o § 2º do art. 511 do CPC no sistema dos Juizados Especiais.

Posição inicial do STJ em Reclamação que foi alterada para consolidar-se o entendimento de que no microsistema dos Juizados inaplicável é a regra do art. 511, § 2º do CPC, fundamentando a eminente relatora MIn. Maria Isabel Gallotti que “a norma geral, embora posterior, não modifica a regra especial acerca de tema correlato. Portanto, ainda que hipoteticamente se admitisse a reclamação para discutir questão processual no âmbito dos Juizados Especiais, não seria ela cabível no aspecto específico do preparo, pois essa matéria já está regulada por norma especial. Esse entendimento firmou-se nessa Corte, tendo sido o fundamento para a cassação da liminar e indeferimento da inicial da Reclamação nº 3.887/PR”.

Para a proteção prevista no art. 1º da Lei 12.016 e art. 5º, LXIX da Carta Política, impõe-se a existência de direito líquido e certo que irrefragavelmente não é o impetrante possuidor, prevalecendo assim a decisão do Juizado impetrado que negou seguimento ao recurso, em face da insuperável deserção.

Ante o exposto, não sendo a decisão judicial ilegal ou teratológica, não se viabiliza a utilização do mandado de segurança, motivo pelo qual, voto pelo indeferimento da petição inicial, com fulcro no art. 10 da Lei 12.016/2009.

Rio de Janeiro, 06 de fevereiro de 2013.

ANDRÉ LUIZ CIDRA

JUIZ RELATOR

NEGATIVAÇÃO - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA - JUNTADA DE NOVO DOCUMENTO, EM SEDE RECURSAL, É MEDIDA EXCEPCIONAL. (RECURSO N°: 0003115-48.2012.8.19.0052. JUIZ ANTONIO AURELIO ABI RAMIA DUARTE. JULGADO EM 31 DE JANEIRO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

RESUMO DOS FATOS: Narra a autora que teve seu nome negativado pela segunda ré, vindo a saber da restrição quando tentava abrir um crediário na “praça”; que dias após saber da negativação, recebeu cartas de cobranças com proposta de acordo da terceira ré, cobrando o mesmo débito, esclarecendo que o mesmo tinha origem em contrato celebrado com o primeiro réu. Alega que jamais possuiu qualquer relação jurídica com quaisquer dos réus, sendo indevida a cobrança e a negativação.

PEDIDO (s): baixa da restrição; a declaração de inexistência de relação jurídica; indenização por dano moral.

SENTENÇA – Fls. 155/157 – Rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelas rés, aplicando-se a teoria da asserção. No mérito, inverteu o ônus da prova e verificou que nenhum dos réus fez prova da legitimidade do débito, não apresentando qualquer documento capaz de afirmar a contratação de serviço pelo autor a justificar a cobrança. Não restou comprovada a relação jurídica que deu origem ao débito. Assim, declarou a inexistência de relação jurídica entre o autor e os réus; determinou a baixa da restrição e condenou os réus, solidariamente, ao pagamento de R\$ 4.000,00, a título de indenização por dano moral.

RECURSO DA PRIMEIRA RÉ (Fls. 159/168 – Argui, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, eis que não atua na concessão e administração de cartão de crédito, de forma que não pode ser responsabilizada pelos fatos narrados nos autos. No mérito, sustenta que não praticou qualquer ato ilícito; que não negativou o nome da autora; que há fortuito externo, o que afasta qualquer possibilidade de sua responsabilização. Pede a improcedência do pleito autoral.

RECURSO DA SEGUNDA RÉ– Fls. 169/197. Alega que em desfavor da autora constam outras restrições creditícias pré-existentes à ora impugnada, o que afasta o dever de indenizar, conforme precedente jurisprudencial. Alega, ainda, a existência de relação jurídica que deu origem ao débito, vindo em sede recursal juntar documento comprovando a relação. Ressalta que apenas recebeu o crédito em cessão. Destaca que não pode juntar o documento na ocasião da AIJ, eis que ainda não estava disponível. Pede a improcedência do pleito autoral.

CONTRARRAZÕES – Fls. 221/224 – Todas pela manutenção da sentença.

RESULTADO: Inicialmente, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela primeira ré ante a aplicação da teoria da asserção, uma vez que a autora atribuiu conduta lesiva a esta. No mérito, a sentença merece parcial reparo. Com efeito, da análise detida dos autos verifica-se que a primeira ré não teve qualquer participação nos fatos alegados na inicial. Verifica-se que a autora se insurge contra a cobrança realizada pelas segunda e terceiras rés, referente a crédito cedido pela Empresa X. A primeira ré não cobrou, não cedeu ou mandou cobrar qualquer valor em desfavor da autora, nem tampouco praticou qualquer ato que veio a macular o nome da autora. Portanto, a sentença deve ser reformada para julgar improcedente o pleito autoral em face da ré. Quanto ao recurso interposto pela segunda ré, este não merece provimento. O recurso traz duas questões. Afirma que o débito cobrado tem origem em contrato firmado entre a autora e a empresa X, trazendo em sede recursal documentos com o fito de comprovar a existência da relação jurídica. Ressalte-se que a existência de relação jurídica já havia sido alegada em sede de contestação, não sendo naquela oportunidade apresentado qualquer documento que comprovasse a mesma. Daí surge a seguinte questão: é possível a juntada de documentos/provas em sede recursal? Anoto, a princípio, que o art. 33 da Lei dos Juizados Especiais fixa, peremptoriamente, a audiência de instrução e julgamento como sendo o momento processual adequado para produção de provas. Assim, a juntada de novo documento, em sede recursal, é medida excepcional, devendo ficar plenamente demonstrada a aquisição do documento, somente, após a audiência de instrução e julgamento ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior que impedisse a recorrente ou o recorrido

de promovê-la no momento processual pertinente, sob pena de afronta aos princípios da celeridade e da economia processual, insertos no art. 2º, da Lei nº 9.099/95. Veja-se, a propósito, as seguintes ementas: “PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. DOCUMENTO JUNTADO APÓS A SENTENÇA. REPERCUSSÃO. 1. A produção de prova após a sentença, sem que haja a devida justificativa, escorada em motivo de caso fortuito ou de força maior, não pode ser admitida, sob pena de subverter-se o procedimento e premiar-se quem não obedeceu às suas regras com a possibilidade de surpreender o adversário, não lhe permitindo o contraditório. 2. Cumpre ao juízo ad quem se limitar ao que possuía o julgador a quo à época da decisão hostilizada. O elemento novo merece ser desconsiderado, porquanto inviável proceder-se a uma instrução em sede recursal. Apelo improvido. Maioria.” “SEGURO DE RENDA MENSAL TEMPORÁRIA POR INVALIDEZ. SEGURADO QUE VOLTAR À ATIVIDADE LABORAL PERDERÁ O DIREITO À RENDA MENSAL. JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO EM GRAU DE RECURSO, NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. POSSIBILIDADE. I – omissis. II - De acordo com o art. 33 da Lei n.º 9.099, de 26.09.1995, todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento. A audiência destina-se, sobretudo, à coleta de prova oral, mas nada obsta que as partes tragam consigo documentos a fim de serem juntados aos autos neste ato. É evidente que o autor poderá oferecer a prova documental juntamente com a petição inicial. III - O documento novo, em sede de Juizado Especial Cível, somente será admitido em grau de recurso se obtido após a realização da audiência de instrução e julgamento. Se existente anteriormente e não juntado aos autos na fase instrutória do processo, somente vindo a aparecer na fase de recurso, dele a Turma Recursal não se conhecerá. Todavia, o documento novo será conhecido com o recurso se a parte comprovar que não o juntou até a audiência de instrução e julgamento por motivo de caso fortuito ou de força maior, desde que ouvida a parte contrária.” Pois bem, segundo afirmado pela segunda ré, os documentos em questão preexistiam à AIJ, posto que se trata de prova da relação jurídica que deu origem ao débito ora impugnado pela autora. Como justificativa para não apresentação no momento oportuno (AIJ), nada alegou a recorrente, que apenas se limitou a informar que localizou tais documentos. Logo, pode-se afirmar que não existiu qualquer dos fatos alinhavados acima que impedisse a recorrente

de trazê-los à audiência. Portanto, restrinjo a análise do recurso somente aos documentos colacionados perante o juiz *a quo* e que já passaram pelo crivo do contraditório. E da análise destes documentos, a sentença deve ser mantida como lançada, quanto à questão da existência de relação jurídica, que não restou comprovada em AIJ. Outro ponto a ser analisado diz respeito a existência de anotação preexistente a ora impugnada. Não há nos autos qualquer documento que corrobore com a alegação do recorrente. Não restaram comprovadas negativas preexistentes à informada nos autos. O documento de fls. 14, ao contrário, informa que a única restrição existente é exatamente a impugnada nos autos. Portanto, melhor sorte não assiste à recorrente quanto a esta questão. Assim, conheço dos recursos e dou provimento ao recurso da primeira ré para julgar improcedente o pleito autoral em face da mesma; e nego provimento ao recurso da segunda ré. Por consequência, condeno a segunda ré ao pagamento das custas e honorários de 20% sobre o valor da condenação. Sem ônus sucumbenciais em relação ao recurso interposto pela primeira ré, eis que não verificada a hipótese do artigo 55 da Lei 9.099/95.

Rio de Janeiro, 31/01/2013.

ANTONIO AURELIO ABI RAMIA DUARTE

JUIZ DE DIREITO

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – REMOÇÃO DO MAGISTRADO - REGRA PREVISTA NO ART. 132 DO CPC – IMPROCEDÊNCIA. (PRO-CRESSO N°: 874-29.2012.8.19.9000. JUIZ MARCELLO RUBIOLI. JULGADO EM 30 DE JANEIRO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de conflito negativo de competência em que divergem, suscitante e suscitado, acerca da manutenção ou não da vinculação do juiz que presidiu a audiência de instrução e julgamento, uma vez removido o magistrado para outra comarca.

Manifestação da suscitada acostada aos autos.

É o relatório.

Passo a decidir.

Sou por julgar de pronto o presente incidente, eis que, segundo reiterada jurisprudência superior, tratando-se de mera questão de direito e despidianda a instrução, tal é possível, até em mesa.

De acordo com jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça, aplica-se a regra prevista no art. 132 do CPC à presente hipótese, independentemente da remoção do magistrado ter ocorrido ou não por promoção.

Entretanto, no microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, o qual não se encontra adstrito ao entendimento do Tribunal, outros têm sido os precedentes.

Ao contrário do que vem sendo entendido, e, ao meu sentir com mais correção, entende-se que a remoção pura e simples ou a caducidade de designação não encontram ensanchas no art. 132 do CPC.

Veja-se o artigo 132 do CPC:

“...Art. 132 - O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único - Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas...”

Remoção, data máxima vênia, ao contrário do que vem sendo entendido até então não reputa afastamento em absoluto.

Veja-se a jurisprudência:

“...0000375-45.2012.8.19.9000- CONSELHO RECURSAL CÍVEL

Juiz(a) LIVINGSTONE DOS SANTOS SILVA FILHO - Julgamento: 27/03/2012

VOTO Conflito de Negativo Competência. Vinculação do Magistrado que preside a Audiência de Instrução e Julgamento. Regra especial do art. 28 da Lei nº 9.099/95. Somente os casos previstos no art. 132 do CPC, dentre os quais não está a remoção, poderiam desvincular o magistrado que presidiu a instrução. Clara a competência da magistrada suscitada. PELO EXPOSTO, voto pelo reconhecimento da competência da E. Magistrada suscitada, determinando que o cartório do Juizado Especial Adjunto Cível abra-lhe vista dos autos nº 2009.068.003776-3 para que seja proferida sentença.

0000376-30.2012.8.19.9000- CONSELHO RECURSAL CÍVEL

RELATÓRIO: Trata-se de conflito de competência negativo suscitado pela Excelentíssima Juíza Carla Silva Corrêa que entende não estar vinculada ao julgamento do processo autuado sob o nº 2009.068.001892-6, o qual então caberia a Excelentíssima Juíza Maira Valéria Veiga de Oliveira. Aduz a nobre magistrada suscitante que a nobre juíza suscitada concluiu a audiência de

instrução e julgamento, mas não julgou o feito, deixando-o em cartório sem sentença. Aduz que posteriormente foi a magistrada suscitada removida, fato esse que por si só não afastaria o dever legal dessa juíza suscitada em julgar o feito. Registra ainda a magistrada suscitante que tal fato ocorreu em centenas de processos, onde havia a audiência de instrução, mas não havia julgamento. É o sucinto relato. Coloco o feito em mesa, na forma do permissivo legal do art. 120, parágrafo único do CPC, o qual afirma que “Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência” Com efeito, desnecessária se torna então a oitiva do magistrado suscitado e a remessa dos autos ao Ministério Público, o qual tomará ciência desta decisão, com a faculdade de eventual recurso próprio, se assim entender. O que ocorre neste caso é que há jurisprudência dominante deste Conselho Recursal, a qual está sumulada nos termos do enunciado 10.1 da Consolidação dos Enunciados Jurídicos Cíveis e Administrativos em vigor resultantes das discussões dos Encontros de Juízes de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais do Estado do Rio De Janeiro (Aviso23/2008 do TJERJ), onde se afirma o seguinte: VINCULAÇÃO DO JUIZ DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO (AIJ) AO JULGAMENTO DA LIDE O Juiz do Juizado Especial que concluir a Audiência de Instrução e Julgamento, mesmo que não haja colheita de prova oral, ficará vinculado ao julgamento da lide, observando-se apenas as exceções previstas no Art. 132, do C.P.C. Assim, consoante firme posicionamento deste Conselho Recursal, é a nobre juíza suscitada a competente para julgamento dos processos em que presidiu a audiência de instrução e julgamento e encerrou a instrução, ainda que não tenha colhido prova oral. Isso porque há uma crucial diferença entre os ritos comuns do CPC e os demais ritos extravagantes para com o rito sumaríssimo da Lei nº 9.099/95. No procedimento dos juizados especiais cíveis a previsão legal é para que seja proferida a sentença na própria audiência, como, aliás, é a dicção da norma do artigo 28 da Lei nº 9.099/95, onde se afirma que “Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a

sentença.” Tanto assim o é que no artigo seguinte afirma a lei que “Serão decididos de plano todos os incidentes que possam interferir no regular prosseguimento da audiência. As demais questões serão decididas na sentença.” Obviamente, em caso excepcionais, em que o magistrado não estiver apto à prolação da sentença, esse poderá então postergar tal ato. Mas, então, ficará este magistrado vinculado, tenha ou não co lhido a prova oral, pois admitir-se o sentido em contrário seria fazer tabula rasa da norma legal invocada. Portanto, no sistema dos juizados especiais cíveis a regra da vinculação deve ser compreendida a luz de seus princípios informativos esculpados nos artigos 2º e 6º da Lei nº 9.099/95, onde se apresentam a celeridade e simplicidade que impõe maior rapidez ao julgado e simplicidade na interpretação das normas. Sobre a questão da remoção, há que se invocar o escólio jurisprudencial de lavra do eminente processualista Sálvio de Figueiredo Teixeira, que em lapidar acórdão no Superior Tribunal de Justiça, explica em voto o seguinte: “Cumpro, contudo, perquirir o que se deva entender por ‘transferência’ tal como inserida no contexto da norma em questão. Reputo, em relação ao particular, mais consentânea com a teleologia buscada pelo legislado a posição sustentada por Sahione Fadel, em lição que fiz transcrever in ‘Código de Processo Civil Anotado’, Saraiva, 5ª ed., 1993, art. 132, p. 84: ‘por transferência não se deve entender a simples mudança de vara ou juízo, dentro de uma mesma comarca ou sessão judiciária. Nessas hipóteses, o princípio da vinculação persiste. Em casos tais, como se vê, o que se verifica é simples remoção. Assim, tendo um determinado juiz presidido audiência na qual hajam sido praticados atos instrutórios, sua eventual ‘transferência’ (rectius, remoção) para assumir outra vara da mesma comarca não resulta na sua desvinculação, incumbindo-lhe concluir a instrução e, após, sentenciar. A lógica dessa conclusão está, inclusive, em que a locomoção do julgador para proceder ao encerramento da fase instrutória, porque insignificante a distância, implica em bem menor dispêndio de tempo e recursos do que os que seriam necessários caso o sucessor entendesse conveniente repetir as provas orais já produzidas. Nos casos, como o vertente, em que

já concluída a instrução, esse raciocínio se aplica como maior razão e abrangência. Em casos tais, mesmo que remoção ocorra para comarca diversa, de mesma entrância, o juiz removido permanece vinculado, cumprindo-lhe proferir a sentença. Isso porque, já estando finda a fase instrutória, restará ao julgador apenas decidir, para o que lhe serão remetidos os autos, não sendo necessários nem mesmo seu deslocamento. . O que, em conclusão, impede ficar assentado é que, já estando encerrada a instrução, a simples remoção (impropriamente denominada ‘transferência’) do magistrado que a tenha conduzido e concluído, ainda que para outra comarca de mesma entrância, não desvincula do feito, permanecendo ele incumbido de proferir a sentença.” (STJ; 4ª Turma; REsp 19826/PR; Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). No caso concreto há ainda outras situações que não podem ser ignoradas, como o fato de que não se trata de alguns poucos processos que não teriam sido julgados pela magistrada suscitada, mas sim, como diz a juíza suscitante, “Ao ser designadas para atuar neste Juizado constatei que havia centenas de processos nesta serventia na mesma situação, tendo providenciado a comunicação desse fato ao digno Presidente deste Tribunal de Justiça”. Em assim sendo invoca-se novamente o escólio jurisprudencial para afirmar que deve haver, necessariamente, uma “Preocupação ética que deve nortear o Juiz, mormente nos dias atuais, na entrega da prestação da tutela jurisdicional” (STJ; 1ª Turma; REsp 242463/SP; Rel. Min. Milton Luis Pereira). Assim, deve-se desde logo e sem mais delongas, reconhecer a competência da magistrada suscitada para julgar a reclamação indicada. ANTE O EXPOSTO VOTO PELO CONHECIMENTO DO INCIDENTE DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA E NO MÉRITO DECLARO A NOBRE JUÍZA SUSCITADA, Dr.ª MAIRA VALÉRIA VEIGA DE OLIVEIRA, COMO COMPETENTE PARA JULGAR O PROCESSO Nº 2009.068.001892-6. SEM CUSTAS OU HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Dê-se ciência aos nobres magistrados e ao Ministério Público.

0000360-76.2012.8.19.9000- CONSELHO RECURSAL CÍVEL

Juiz(a) FLAVIO CITRO VIEIRA DE MELLO - Julgamento:
22/03/2012

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Recurso nº 0000360-76.2012.8.19.9000 SUSCITANTE: DRA. CARLA SILVA CORREA SUSCITADO: DRA. MAIRA VALERIA VEIGA VOTO CONFLITO DE COMPETÊNCIA - identidade física do juiz - A Juíza DRA. Maira Valeria Veiga presidiu a AIJ no JEC adjunto da Comarca de Rio das Ostras encerrou a instrução determinando a abertura de vistas as partes para alegações finais sem a devida prolação de sentença. Conforme o Enunciado nº 10 da Consolidação das Turmas Recursais, o juiz que preside a AIJ fica vinculado e a nova designação não afasta a vinculação, conforme dispõe o art. 132 do CPC. AVISO Nº 20/2004 - CONSOLIDAÇÃO DOS ENUNCIADOS JURÍDICOS CÍVEIS E ADMINISTRATIVOS DORJ 16.11.99 - ENUNCIADOS JURÍDICOS CÍVEIS 10 SENTENÇA 10.1 - VINCULAÇÃO DO JUIZ DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO (AIJ) AO JULGAMENTO DA LIDE O Juiz do Juizado Especial que concluir a Audiência de Instrução e Julgamento, mesmo que não haja colheita de prova oral, ficará vinculado ao julgamento da lide, observando-se apenas as exceções previstas no Art. 132, do C.P.C. Processo distribuído na Comarca de Rio das Ostras, onde, após o malogro da conciliação na audiência, se realizou a AIJ, sob a presidência da Juíza DRA. MAIRA VALERIA VEIGA DE OLIVEIRA, em que encerrou a instrução determinando a abertura de vistas as partes para alegações finais sem a devida prolação de sentença. Portanto, a demanda, repita-se, como outras tantas ajuizadas da Comarca de Rio das Ostras, não foi ainda julgada. A magistratura é de fato um sacerdócio. Em que pese a verdadeira explosão de demandas nos Juizados Especiais, e o exponencial e sempre crescente aumento de distribuição de processos novos - cerca de 1.000 feitos novos distribuídos por mês - bem como o exponencial crescimento do número de recursos julgados pela Turma Recursal (serão julgados aproximadamente 80.000 recursos no ano de 2011), a cada dia os juízes aprendem, com humildade

e resignação, uma fórmula criativa e hábil para julgar mais rápido, e de forma mais segura, cunhando o novo e moderno Poder Judiciário. O novo sistema está fazendo surgir um novo perfil de magistrado voltado para solução de causas de menor complexidade - art. 98, I, da CF/88 - que se vale das ferramentas precisas e ágeis previstas no art. 20, da Lei 9.099/95, postulados de celeridade, simplicidade, economicidade, informalidade, economia processual e oralidade. O juiz que milita no JEC, pelo contato próximo e diuturno, maciço e massificado com a parte, com o jurisdicionado, com o cidadão, e que realiza diariamente mais de 20 audiências por dia, em muitos e muitos casos com partes desassistidas que exercem o jus postulandi, e especialmente aqueles magistrados que prolatam as sentenças na audiência una, na presença das partes, estão emoldurando um novo perfil do juiz e da magistratura como um todo, ganhando um talento especial, paixão pela justiça, materializando o verdadeiro ideal de justiça e, principalmente, especializando o juiz em processo civil moderno, rápido, com efetividade, informal, ágil, eficiente e exemplar modelo que está sendo fabricado a partir da experiência dos JEC's, após a CF/88 e da Lei 9.099/95. Estamos todos: juízes, jurisdicionados, advogados, defensores públicos, promotores, toda a comunidade jurídica, como espectadores da Justiça do futuro, sem nenhuma dúvida. Se o juiz do JEC pode julgar um processo em até 2 meses e, se houver recurso, a Turma Recursal pode revisar a causa em outros dois meses, ou até em tempo inferior, por que um processo no juízo comum, na Vara Cível, precisa tomar das partes e do Judiciário aproximadamente 2 (dois) anos? O presente incidente que gerou este conflito de competência pode render uma ótima oportunidade para materializar um exemplo desta mudança de perfil, uma mostra da mudança de paradigma. E por quê? Porque até o momento se verifica, nos autos, um exemplo de justiça do passado, atrasada, onde o julgador não examina os autos com elevado espírito público e de servidor público, responsável pela qualidade e rapidez na prestação do serviço jurisdicional, colocando em 2º plano a formalidade do processo e elevando ao 1º plano o verdadeiro papel do Poder Judiciário como missão constitucional de fazer

justiça, de julgar, de forma rápida e eficaz, o conflito das partes cunhando uma justiça mais humanizada. E onde está então a modernidade, a especialização do juiz em processo civil especial, rápido, moderno, com efetividade, agilidade e eficiência? Está exatamente na possibilidade de, agora, a Turma Recursal, de forma rápida, célere, precisa, numa verdadeira intervenção cirúrgica, afirmar se há ou não, na hipótese, conflito de competência e, em caso positivo, julgá-lo à luz dos artigos 115 e 132 do CPC. Em linha de princípio, o conflito disciplinado no CPC se dá entre juízos e não entre magistrados. Seja na dúvida quanto a competência territorial, seja na dúvida quanto a competência funcional - *ratione materie et persone* - está em jogo conflito entre juízos, esse sim a ser solucionado e resolvido pelo Tribunal ou pela Turma, no caso dos JEC's. O conflito ou desentendimento entre magistrados que atuam no mesmo juizado, no mesmo juízo (órgão jurisdicional), não parece se enquadrar no regime previsto no art. 115 do CPC, já que é indiferente o desacordo entre dois magistrados que atuam no mesmo órgão jurisdicional, deve ser transparente para a parte, para o jurisdicionado. Registre-se que, tanto isto é verdade que o art. 118, I do CPC prevê que sejam formados autos apartados a partir de ofício do juiz suscitante (não se materializa nos próprios autos) e no art. 118, II, do CPC a parte é legitimada a suscitar o conflito. E por quê? Porque está em jogo, no real conflito entre órgão e juízos diversos, o postulado constitucional do juiz natural - art. 50, LIII da CF/88. No conflito ou desentendimento entre magistrados do mesmo órgão jurisdicional, não pode, de forma alguma, a solução que se fizer necessária, prejudicar a parte, atrasar ou postergar o julgamento do processo, já que o jurisdicionado é o destinatário da atividade fim do Poder Judiciário. O conflito ou desentendimento entre juízes deve ser resolvido em sede correicional (correição parcial) que tem como pressuposto subversão à ordem processual e que, à luz da Teoria Geral do Processo é remédio rápido, com prazo preclusivo de 5 dias. Transparente para a parte. Invisível para os jurisdicionados. Verificação e ajuste endógeno, aplicado pelo próprio Poder, sem a participação das partes, como exige o art. 18, II CPC e sem a participação do

MP, como advertem os artigos 82, 116 e 121 do CPC. Na doutrina de Rodrigues Pinto se colhe que: “. cabe correção contra qualquer ato tumultuário do processo, seja por má condução, com subversão da ordem processual, seja por exercício arbitrário da função judicante dentro do processo”. É assim, por exemplo, em processo equivalente, de igual forma célere, na Justiça do Trabalho, de onde a professora de Teoria Geral do Processo, Ada Peregrini Grinover, copiou o procedimento adotado pelo JEC, onde se prevê que, contra ato tumultuário do processo, cabe: Art. 13 do Regimento Interno da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho do Tribunal Superior do Trabalho: “a reclamação correicional referente à correção parcial em autos é cabível para corrigir erros, abusos e atos atentatórios à boa ordem processual e que importem em atentado a fórmulas legais do processo , quando para o caso não haja recurso ou outro meio processual específico “ e CLT, art. 709, II.” Caso contrário, o cenário do julgamento do conflito pela Turma Recursal pode, em tese, subverter a ordem e a lógica do papel do Judiciário, como é fácil e curial de se imaginar porque o incidente processado e julgado na Turma Recursal, mesmo em julgamento célere, poderá atrasar mais ainda a solução do processo. E por quê? Porque, a rigor, o processo já conta com um atraso de quase 03 anos, mas poderia e deveria ter sido julgado em audiência una de conciliação, convertida em AIJ, em 29 de outubro de 2009. Portanto, em que pese nosso entendimento de que descabe conflito negativo de competência entre juízes lotados no mesmo órgão jurisdicional, posição doutrinária e jurisprudencial minoritária, impõe-se o julgamento do conflito para se afirmar a competência da juíza suscitada, DRA. MAIRA VALERIA VEIGA DE OLIVEIRA porque, em se tratando de processo célere, informal, com concentração de atos em audiência una - artigos 27 a 29 da Lei 9.099/95, à luz do Enunciado 8.1 do Aviso 20/2004 da Consolidação dos Enunciados Jurídicos Cíveis, deveria o magistrado ter proferido sentença em audiência ou designado leitura de sentença, como adverte o Enunciado 10: “ SENTENÇA 10.1 VINCULAÇÃO DO JUIZ DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO (AIJ) AO JULGAMENTO DA LIIDE. O Juiz do Juizado Espe-

cial que concluir a Audiência de Instrução e Julgamento, mesmo que não haja colheita de prova oral, ficará vinculado ao julgamento da lide, observando-se apenas as exceções previstas no Art. 132, do C.P.C.” No mesmo sentido, jurisprudência afinada com essa moderna e instrumental visão do processo célere, se não vejamos: CONFLITO DE JURISDIÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE JUÍZES. APLICAÇÃO DO ART. 132, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Em razão do princípio da identidade física do Juiz e da nova redação do art, 132, do Código de Processo Civil, dada pela Lei nº 8.637/93, encontrando-se já encerrada a instrução e impossibilitado o julgamento simultâneo recomendado pela continência ou conexão, a simples remoção do Juiz que a tenha conduzido e concluído, não faz cessar sua vinculação, incumbindo-lhe proferir a sentença. Tipo da Ação: CONFLITO DE COMPETENCIA . Número do Processo: 2002.008.00077. Data de Registro: Órgão Julgador: DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL. Des. MARLAN MARINHO. Julgado em 01/04/2003. Conflito negativo de jurisdicao. Divergencia entre Juizes. Aplicacao do art. 132, do Codigo de Processo Civil. Em razao do principio da identidade física do Juiz e da nova redacao do art. 132, do Codigo de Processo Civil, dada pela Lei n. 8637/93, encontrando-se ja' encerrada a instruaao e impossibilitado o julgamento, a simples remocao do Juiz que a tenha conduzido e concluido, nao faz cessar sua vinculacao, incumbindo-lhe proferir a sentenca. Partes: J.D. DA 2a. VARA DE FAMILIA DA COM.DE PETROPOLIS TITULAR. J.D. DA 2a.VARA DE FAMILIA DA COM. DE PETROPOLIS VINCULADO Ementário: 26/2003 N. 1 - 02/10/2003. Tipo da Ação: CONFLITO DE COMPETENCIA. Número do Processo: 2002.008.00790. Comarca de Origem: PETROPOLIS Órgão Julgador: DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL. Votação : Unânime. Des. DES. MARLAN MARINHO. Julgado em 24/06/2003 Pelo exposto, diante do conflito suscitado, voto no sentido de declarar a competência da juíza suscitada para julgar o feito, DRA. MAIRA VALÉRIA VEIGA DE OLIVEIRA. Oficie-se as I, Juíza Suscitante e a I. Juíza suscitada com cópia da presente.

0000361-61.2012.8.19.9000- CONSELHO RECURSAL CÍVEL

Juiz(a) ANDRE LUIZ CIDRA - Julgamento: 21/03/2012

ESTADO DO RIO DE JANEIRO PODER JUDICIÁRIO 1ª TURMA RECURSAL CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº0000361-61.2012.8.19.9000 JUÍZA SUSCITANTE: CARLA SILVA CORRÊA JUÍZA SUSCITADA : MAIRA VALÉRIA VEIGA DE OLIVEIRA EMENTA - Conflito negativo de competência. Envio dos autos a magistrada que presidiu a audiência que foi efetivado após a sua transferência para outra comarca, em razão de remoção. Entendimento da suscitante de que a transferência não afastaria a sua competência para o julgamento. Questão que vem sendo reiteradamente julgada pelas Turmas Recursais, havendo entendimento uniformizado contido no Enunciado 10.1 que assim dispõe : “o Juiz do Juizado Especial que concluir a Audiência de Instrução e Julgamento, mesmo que não haja colheita de prova oral, ficará vinculado ao julgamento da lide, observando-se apenas as exceções previstas no Art. 132, do C.P.C.”. Irrelevância do fato de ter sido ou não colhida prova oral na audiência. Julgamento que pode ser decidido de plano por tratar-se de questão lastreada em jurisprudência dominante no microsistema dos JEC’S, ex vi do art. 120 p. único do CPC, prescindindo-se inclusive da formalidade de oitiva do Juiz suscitado, que de qualquer modo já se manifestou no sentido de sua desvinculação do processo. Por sua pertinência cita-se: “a audiência dos juízes em conflito não constitui providência obrigatória, podendo o relator dispensá-la se os autos estão devidamente instruídos com os elementos necessários” (STJ-2ª Seção, CC 403-0-BA-EDcl, Rel. Min. Antonio Torreão Braz). Destaque, ainda, para o art. 118 do RITJRJ de que os conflitos de competência serão julgados segundo as leis processuais, viabilizando o CPC o julgamento de plano. Conflito de competência que por força do que disciplina o art. 6º, § 1º, f, da Resolução Conselho da Magistratura nº 8 independe de inclusão em pauta para ser julgado. Necessidade de dar-se proeminência aos interesses do jurisdicionado que almeja o julgamento da lide, prestigiando-se em sua inteireza os princípios da oralidade,

celeridade, informalidade e economia processual que orientam todo o microsistema dos Juizados. Declaração da competência da Exma. Dr^a Juíza suscitada para proferir a sentença. Ante o exposto, na forma prevista no art. 46 da Lei 9.099/95, voto por reconhecer como competente para proferir a sentença a MM Juíza de Direito Dr^a Maira Valéria Veiga de Oliveira. Rio de Janeiro, 21 de março de 2012. ANDRÉ LUIZ CIDRA Juiz Relator

Assim, julgo improcedente a exceção de incompetência, determinando que o julgamento do feito seja feito pelo juízo suscitante.

Oficie-se aos Exm^{os} Juízos Suscitante e Suscitado dando ciência desta decisão, bem como dê-se vistas ao MP.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2013

MARCELLO RUBIOLI

JUIZ DE DIREITO

HONORÁRIOS – AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO – LEVANTAMENTO JUDICIAL DE NATUREZA ADMINISTRATIVA – DANOS MORAIS INEXISTENTES – PROVIMENTO. (RECURSO N° 0174889-08.2012.8.19.0001. JUÍZA KARENINA DAVID CAMPOS DE SOUZA E SILVA. JULGADO EM 13 DE DEZEMBRO DE 2012)

QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Divergência acerca do valor dos honorários de advogado contratados entre autora e réu. Percentual pactuado que consta vinte por cento por extenso e 30% em numerais. Sentença que fixa o valor em 30% por entender ser esta a praxe nos juizados especiais cíveis. Primeiramente, há que se observar que não há coisa julgada sobre a questão, tendo em vista que não se estabeleceu qualquer contraditório acerca desta divergência no processo que tramitou no V JEC (0067773-74.2011.8.19.0001) e que a autorização do levantamento foi ato judicial, mas de natureza administrativa, conforme se verifica de fls. 153. Percentual escrito por extenso que deve prevalecer, especialmente tendo-se em conta que a contratante é hipossuficiente perante o contratado especificamente em relação ao contato celebrado, sendo-lhe mais benéfico o percentual inferior e por inexistir qualquer prova no sentido de que a intenção das partes seria a de contratar o percentual superior (30%). Embora não se trate de típico contrato de adesão, mas dada sua natureza e evidente hipossuficiência do contratante em relação ao advogado, possível interpretá-lo na forma prevista no artigo 423 do Código Civil: “ Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente” Além disso, consta no contrato especificamente o percentual sobre o valor da condenação, sendo esta claramente de R\$4.000,00 (e seus acréscimos legais). Valor de astreintes que, observada a boa técnica, não se inclui especificamente no valor da condenação, razão pela qual não se inclui no cálculo dos honorários de sucumbência. Pela mesma razão, não

devem ser incluídas nos honorários contratados se os termos do contrato não preveem esta hipótese. Ademais, não há sequer prova de que a autora teria sido devidamente comunicada acerca do acréscimo relativo à multa cominatória de R\$6.500,00. Todavia, os fundamentos do pedido da autora nada falam acerca desta questão (base de cálculo em que incidem os honorários) e não trata ela deste aspecto, tendo-se como aceita a pretensão do réu de receber também honorários sobre o valor da multa coercitiva, embora no valor equivalente a 20% e excluídos os encargos moratórios, estes sim atacados pela autora e, de fato, indevidos por não ter havido prova da mora. Valor devido que, segundo a própria autora seria de R\$1.300,00 (20% sobre R\$6.500,00), conforme fl. 04. . Restituição da diferença entre o valor levantado e o valor que a autora reconhece ser devido ao réu que resulta em R\$ 2.607,48 e que deve ser feita de forma simples, por ausência de prova da má-fé do réu. Danos morais inexistentes, pois a questão restringe-se à discussão de cláusulas contratuais evidentemente equívocas no que se refere ao valor devido (seja no que se refere ao percentual, seja no que se refere à base de cálculo). Diante do exposto, dou provimento ao recurso para condenar o réu a restituir à autora R\$2.607,48. Sem ônus de sucumbência.

Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 2012.

KARENINA DAVID CAMPOS DE SOUZA E SILVA

JUÍZA RELATORA

FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - PROPAGANDA ENGANOSA - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE DECORAÇÃO DE SALÃO DE FESTAS E FORNECIMENTO DE COMESTÍVEIS E BEBIDAS - PROVIMENTO PARCIAL. (RECURSO: 0029991-96.2012.JUIZ FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO. JULGADO EM 13 DE NOVEMBRO DE 2012)

QUARTA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

*Contratação do serviço de decoração do salão de festas e fornecimento de comestíveis e bebidas para 200 convidados (fls.21 a 24) em 18/11/2010 no valor de R\$9.830,00. Propaganda enganosa, os serviços oferecidos pelo site da ré foram diferentes dos prestados no casamento dos autores. Falha na prestação dos serviços contratados. Pleito de indenização à título de danos morais e restituição de R\$3.276,67 à título de danos materiais. **Contestação** às fls.98 alegando ausência de danos materiais e im procedência dos danos morais. **Projeto de sentença** às fls.111 proferido no VII JEC e homologado pela juíza Flávia Capanema, condenando os réus a ressarcirem o valor de R\$3.276,67 a título de danos materiais e sem apenação a título de danos morais, já que foi atribuído à causa o valor correspondente, exatamente ao dano material. **Recurso do autor** às fls.116 com custas de R\$570,00 às fls. 126. **Provimento parcial do recurso** da parte autora para condenar os réus solidariamente a pagarem o valor de R\$6.000,00, com correção e juros do art. 407 do CC/02 a partir do acórdão nos termos do Resp. 903852 STJ, já que os consumidores contrataram e pagaram pelo serviço de decoração do salão de festas e fornecimento de comestíveis e bebidas, havendo falha na prestação dos serviços e propaganda enganosa, já que os serviços oferecidos pelo site dos réus foram diversos dos serviços prestados na festa de casamento dos autores. Sem honorários por se tratar de recurso com êxito.*

Pelo exposto, voto pelo provimento parcial do recurso da parte autora para condenar os réus a pagarem o valor de R\$6.000,00, com correção e juros do art. 407 do CC/02 a partir do acórdão nos termos do Resp 903852 STJ, de forma solidária pelos réus. Fica ainda intimado o sucumbente a pagar o valor da condenação no prazo de 15 (quinze) dias a partir da publicação do acórdão independentemente de nova intimação, sob pena de multa de 10% prevista no art. 475 “J” do CPC com redação da Lei 11232 de 22/12/2005 e nos termos do Comunicado nº. 6 do VIII Encontro de Juízes de Juizados e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro. Sem honorários por se tratar de recurso com êxito.

Rio de Janeiro, 13 de novembro de 2012.

FLÁVIO CITRO VIEIRA DE MELLO

JUIZ RELATOR

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO VEÍCULOS AUTOMOTORES. COLISÃO PELA TRASEIRA QUE INFORMA PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DE CULPA DO CONDUTOR QUE SEGUE ATRÁS. RECONHECIMENTO, EM SEDE RECURSAL, DE CULPA DO CONDUTOR RÉU PARA A ECLOSÃO DO EVENTO DANOSO, FALTANDO COM A OBSERVÂNCIA AO DEVER DE CUIDADO E CAUTELA. DANO MATERIAL QUE RESTOU DEVIDAMENTE COMPROVADO A PARTIR DOS DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS. DANO IMATERIAL, NO ENTANTO, QUE NÃO RESTOU CONFIGURADO, NÃO EXSURGINDO NOS ACIDENTES DE TRÂNSITO, EM REGRA, DANO EXTRAPATRIMONIAL INDENIZÁVEL, SALVO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS EM QUE OCORRA OFENSA A INTEGRIDADE CORPORAL QUE IMPORTE DOR E SOFRIMENTO. NO CASO EM COMENTO, NÃO HOUE EM FUNÇÃO DO ACIDENTE QUALQUER LESÃO FÍSICA AO AUTOR, ORA RECORRIDO. SUSTOS DECORRENTES DA COLISÃO, ABATIMENTOS MOMENTÂNEOS, TODAS ESTAS SITUAÇÕES FAZEM PARTE DA NORMALIDADE, NÃO ENSEJANDO DANO INDENIZÁVEL, SOB PENA DE TRANSMUDAR-SE A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE, VIABILIZANDO-SE A SUA APLICAÇÃO A TODAS AS CORRIQUEIRAS SITUAÇÕES DA VIDA MODERNA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA *RESTITUTIO IN INTEGRUM*. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (PROCESSO: 0005037-21.2008.8.19.0067. JUÍZA PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA. JULGADO EM 11 DE SETEMBRO DE 2012)

TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Trata-se de demanda proposta por **X** em face de **Y**, pleiteando indenização por danos morais e materiais, ao argumento de que trafegava na Linha Amarela (RJ) quando o veículo começou a fazer barulho na roda, o que a levou a parar o carro na faixa da direita com o alerta ligado. Salieta que saiu do veículo para averiguar o porquê dos ruídos, quando constatou que alguns parafusos das rodas estavam soltando e outros estavam

faltando. Informa que sinalizou a via com o triângulo para que seu esposo pudesse reparar o automóvel com uma chave de roda. Sucede que um motociclista, em alta velocidade, colidiu na traseira do veículo. Pontua que o condutor da motocicleta caiu e levantou-se aparentemente bem, ao passo que a mulher que estava na garupa da moto foi arremessada para o teto do carro da parte autora, permanecendo ali até a chegada da ambulância para atendimento médico. Em função do exposto, pede a devida condenação do réu a título de indenização pelos danos morais e materiais suportados. Anexa à exordial: 03 (três) orçamentos realizados às fls.08/10 em virtude das avarias do veículo; BRAT (Boletim de Registro de Acidentes de Trânsito) às fls.11/12 e “Termo de Declaração” da 24ª Delegacia de Polícia – Piedade/RJ às fls.13/14.

Audiência de Instrução e Julgamento à fl.40, tendo sido ofertada contestação oral, a parte ré declarou que os fatos não se passaram conforme o narrado pela demandante. A seu turno, o demandado aduz que trafegava com sua namorada na motocicleta e que, repentinamente, o veículo da autora freou em sua frente, não tendo o autor conseguido frear a ponto de evitar a colisão com o automóvel da parte autora. Pontua que, no momento do acidente já era mais de 21h e que chovia muito no local, o que dificultou ainda mais o procedimento de frenagem. Desta forma, opõe-se ao pleito autoral constante na peça vestibular, ressaltando que não resstaram consubstanciados os efetivos danos materiais nos documentos de fls.08/10, por se tratar de simples orçamentos, tampouco a ocorrência *in casu* dos alegados danos morais, não passando de meros aborrecimentos que não seriam passíveis de reparação.

Sentença à fl.42 que julgou improcedentes os pedidos formulados.

Recurso Inominado interposto pela Parte Autora às fls.45/53, sendo tempestivo e isento de preparo. Sem preliminares e, no mérito, pede a condenação da ré nos termos da inicial.

Não houve interposição de Contrarrazões Recursais.

É o relatório. Passo a D E C I D I R.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, recebo o Recurso Inominado interposto pela parte autora às fls.45/53.

Assim, não havendo preliminares a serem atacadas, passo a análise do mérito.

A respeitável sentença prolatada pelo douto juízo *a quo* a fl.42, com todas as vênias, merece ser parcialmente reformada pelos motivos e fundamentos expostos a seguir.

No caso ora sob exame, compulsando os documentos carreados aos presentes autos, verifica-se que houve falta de cautela e cuidado exigível ao condutor réu, ora recorrido, que trafegava em uma motocicleta, sobretudo em relação ao veículo que estava a sua frente, o que acabou por gerar o acidente em questão. Em outras palavras, houve inobservância do dever de cuidado objetivo ainda mais porque, segundo o depoimento pessoal do réu à fl.40, em sede de AIJ, no momento do acidente já “era mais de nove horas na (sic) noite e chovia muito”, o que exige uma atenção redobrada daquele que conduz veículos automotores, principalmente em vias de considerável movimentação e fluxo de meios de transporte, como no caso em tela (Linha Amarela/RJ). Inteligência exarada pelos Arts. 28 e 29, II do Código de Trânsito Brasileiro, abaixo transcritos:

“Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, **dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.**

Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:

(...)

II - o condutor deverá **guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas;**

(...)” (grifou-se)

Neste sentido é a jurisprudência do E. TJRJ, senão vejamos:

“[0003441-82.2008.8.19.0008](#) – APELAÇÃO – DES. MARCO AURELIO BEZERRA DE MELO - *Julgamento: 05/10/2010 - DECIMA SEXTA CAMARA CIVEL:*

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO DE VEÍCULOS. VEÍCULO QUE ATINGE A TRASEIRA DO OUTRO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA AUTORA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. O RÉU COLIDIU NA TRASEIRA DO VEÍCULO DA AUTORA AFIRMANDO QUE O CONDUTOR DO VEÍCULO DESTA TERIA PARADO DE FORMA INESPERADA. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL É NO SENTIDO DE QUE A PRESUNÇÃO DE CULPA É SEMPRE DAQUELE QUE BATE NA PARTE TRASEIRA DE OUTRO VEÍCULO, PELO QUE SE CONCLUI PELA OCORRÊNCIA DE CULPA CONTRA A LEGALIDADE POR PARTE DO SEGUNDO RÉU. **ISSO PORQUE CONSTITUI PRINCÍPIO ELEMENTAR DE CONDUÇÃO DE VEÍCULO A OBSERVÂNCIA DE DISTÂNCIA SUFICIENTE QUE POSSIBILITE QUALQUER MANOBRA RÁPIDA E BRUSCA DO CARRO QUE SEGUIE À FRENTE. O DANO MATERIAL RESTOU DEMONSTRADO ATRAVÉS DA COMPROVAÇÃO DE GASTOS POR PARTE DO FILHO DA AUTORA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO, EIS QUE NÃO HÁ NOS AUTOS PROVA DE AFRONTA A QUALQUER DIREITO DE PERSONALIDADE DA AUTORA.** RECURSO CONHECIDO. PARCIAL PROVIMENTO PARA CONDENAR OS RÉUS A PAGAREM À AUTORA O VALOR DE R\$ 3.000,00 A TÍTULO DE DANOS MATERIAIS.”

Ora, mesmo não sendo absoluta a presunção de culpa daquele que, em um acidente automobilístico, colide na traseira de outrem (presunção *juris tantum*), restou comprovada a culpa do demandado na dinâmica do evento danoso gerando, por conseguinte, o dever de indenizar, na esteira dos Arts. 186 e 927, ambos do Código Civil/2002. No entanto, tal dever de indenizar restringe-se apenas aos Danos Materiais comprovados pela parte autora. A autora, às fls.08/10, apresentou 03 (três) orçamentos distintos

com a indicação de peças e serviços necessários para o efetivo conserto das avarias em seu veículo decorrentes do acidente ora sob exame nos seguintes valores: o primeiro, no total de R\$ 2.930,00 (fl.08); o segundo, em R\$ 2.730,00 (fl.09); e o terceiro orçamento em R\$ 2.640,00 (fl.10). Assim, o valor a ser restituído, na forma simples, à parte autora a título de reparação pelos danos materiais causados deve corresponder ao menor orçamento apresentado, ou seja, o montante de R\$ 2.640,00 (dois mil, seiscentos e quarenta reais).

No tocante aos Danos Morais, entende esta Magistrada que não restaram configurados nos autos, não exsurgindo nos acidentes de trânsito, em regra, dano extrapatrimonial indenizável, salvo em situações excepcionais em que ocorra ofensa à integridade corporal que importe dor e sofrimento. No caso em comento, não houve em função do acidente qualquer lesão física à autora, ora recorrente. Sustos decorrentes da colisão, abatimentos momentâneos, todas estas situações fazem parte da normalidade, não ensejando dano indenizável, sob pena de transmutar-se a natureza da responsabilidade, viabilizando-se a sua aplicação a todas as corriqueiras situações da vida moderna. Prevalência do princípio da *restitutio in integrum*.

Assim sendo, V O T O por conhecer do recurso inominado da parte autora e pelo seu parcial provimento, reformando a r. sentença de fl. 42, com todas as vênias, a fim de JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido de indenização por danos materiais e condeno o réu a pagar à autora a quantia de R\$ 2.640,00 (dois mil, seiscentos e quarenta reais), com incidência de correção monetária desde a data da feitura do orçamento(fl.10) e juros moratórios desde o evento danoso, já que se trata de responsabilidade extracontratual. JULGO IMPROCEDENTE o pedido em relação à indenização por danos morais, conforme fundamentação supra. Sem custas e sem honorários advocatícios, porque não verificada a hipótese do art. 55 da Lei 9.099/95.

Rio de Janeiro, 11 de Setembro de 2012.

PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA

JUÍZA RELATORA

RECURSOS INOMINADOS – PROCEDIMENTO ESTÉTICO – DISCORDÂNCIA DO VALOR A SER PAGO – IMPEDIMENTO DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO ATÉ O PAGAMENTO – ALEGAÇÃO DE CARCÉRE PRIVADO – “INFORMAÇÃO SOBRE INVESTIGAÇÃO” – NÃO COMPETE AO JUÍZO CÍVEL A AFERIÇÃO DE AUTORIA E MATERIALIDADE DA POSSÍVEL PRÁTICA DE CRIME - NÃO CARACTERIZADO O DANO MORAL – PROVIMENTO DO RECURSO DO RÉU – DESPROVIMENTO DO RECURSAL AUTORAL. (PROCESSO: 1023780-58.2011.8.19.0002. JUÍZA PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA. JULGADO EM 24 DE JULHO DE 2012)

TERCEIRA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Trata-se de demanda na qual a parte autora alega que, no dia 12/07/2011, por volta das 20h30, acompanhou sua esposa no estabelecimento réu para que esta se submetesse a um procedimento estético na sobrancelha. Informa que o tratamento havia sido previamente agendado, momento em que teria sido informado que o referido tratamento custaria R\$ 80,00 (oitenta reais). Contudo, após a realização do procedimento, foi informado à esposa do autor que o custo seria no valor de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais). Aduz que discordou do valor a ser pago e que tanto a proprietária do estabelecimento quanto a recepcionista insistiram no valor majorado e que impediram a saída do demandante e de sua esposa do estabelecimento até o pagamento do valor. Salienta que foram mantidos em “cárcere privado” até a chegada do advogado do estabelecimento réu ao local. Narra que este teria compelido a esposa do autor a assinar nota promissória no valor cobrado pela ré, momento em que teriam sido liberados do local. Assim, pugna pela devida compensação dos danos morais experimentados. Anexa à inicial: Termo Circunstanciado (fls.10/12), Nota Fiscal de Serviços Eletrônica no valor de R\$ 950,00 (fl.13) e Nota Promissória não assinada (fl.14).

Termo de Audiência de Conciliação, Instrução e Julgamento às fls.16/17, com oitiva das partes e de informante.

Contestação à fl.18/26, pugnando pela improcedência dos pedidos formulados. Documentos acostados às fls.27/49.

Sentença às fls.53/55 que julgou procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento de R\$ 1.000,00 (mil reais), a título de indenização por danos morais, monetariamente corrigidos desde a sentença e acrescidos de 1% ao mês a partir da citação.

Recurso Inominado interposto pela parte Autora às fls.62/68, sendo o mesmo tempestivo e isento de preparo. Sem preliminares e, no mérito, pugna pela majoração do *quantum* indenizatório arbitrado na sentença.

Contrarrazões Recursais da Ré às fls.83/90, requer seja negado provimento ao presente Recurso.

Recurso Inominado interposto pela parte Ré às fls.91/98, pugnando a reforma do *decisum* ora sob exame e a condenação da parte autora em litigância de má-fé. Anexou documentos às fls.99/140, em especial “Informação sobre Investigação”, instruída com imagens às fls.102/111.

Não houve apresentação de Contrarrazões Recursais da parte autora em relação ao Recurso Inominado do Réu.

É o relatório. D E C I D O.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, recebo o recurso interposto pela parte autora às fls.62/68 e o recurso interposto pela parte ré às fls.91/98.

Assim, não havendo preliminares a serem atacadas, passo a análise do mérito.

A respeitável sentença prolatada pelo douto juízo *a quo* às fls.53/55, com todas as vênias, merece ser reformada pelos motivos e fundamentos expostos a seguir.

No caso ora sob exame, verifica-se não haver prova dos fatos constitutivos do direito autoral a ensejar indenização por danos morais por

conta da suposta ocorrência dos delitos tipificados como Cárcere Privado (art.148, CP), como sustenta a parte autora na peça vestibular, tampouco de Constrangimento Ilegal (art.146, CP). O mero Termo Circunstanciado não é, por si só, apto a conferir presunção de veracidade ao arcabouço fático alegado pela parte autora.

Igualmente não merece prosperar o argumento da sentença de que não foi impugnado especificamente pela ré o fato de terem sido o autor e sua esposa mantidos em cárcere privado. *A contrario sensu*, a ré impugnou, em sua peça de defesa, o alegado pela parte autora.

Ressalte-se, por oportuno, que não compete ao Juízo Cível a aferição de autoria e materialidade da possível prática de crime, o que compete, por conseguinte, ao Juízo Criminal.

O próprio documento (fls.102/111) juntado pela parte ré em sede de Recurso (fls.91/98), qual seja, “Informação sobre Investigação” lavrado pela 16ª Delegacia de Polícia Civil – Barra da Tijuca/RJ – ressalta que:

“(...)Verificando as imagens constantes do DVD anexado ao presente procedimento e após edição das imagens, verifica-se que aparentemente, a relação entre o advogado da empresa e o casal X e Z não transparece como sendo a de pessoas que tivessem envolvidas em qualquer tipo de constrangimento. (...)” (grifos do original)

Imperioso destacar que a retromencionada prova acostada no Recurso Inominado da Ré não se encontra preclusa, já que esta somente pode ser obtida e trazida aos presentes autos posteriormente à ACIJ, como se pode aferir a partir da data da referida Audiência às fls.16/17 (01/12/2011) e da lavratura da “Informação sobre Investigação” (15/12/2011). Inteligência do art. 397 do CPC.

A esse respeito, assim posiciona-se a respeitável jurisprudência do STJ:

“STJ. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JUNTADA DE DOCUMENTO COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE.

ART. 397 DO CPC. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte tem admitido a juntada de documentos que não os produzidos após a inicial e a contestação, em outras fases do processo, até mesmo na via recursal, desde que respeitado o contraditório e ausente a má-fé.

2. Não é absoluta a exigência de juntar documentos na inicial ou na contestação. A juntada de documentos em sede de apelação é possível, tendo a outra parte a oportunidade de sobre eles manifestar-se em contra-razões. O art. 397 do CPC assim dispõe: “É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.”

3. Recurso especial desprovido.” RECURSO ESPECIAL Nº 780.396 - PB (2005/0149978-1) RELATORA : MINISTRA DENISE ARRUDA. Julgado em: 23 de outubro de 2007. (grifos nossos)

Assim, entende esta Magistrada que não há danos morais a serem indenizados, eis que não restou comprovada, a partir de apurada e meticulosa análise dos presentes autos, a hipótese de qualquer atitude da ré que tenha transbordado o exercício regular de um direito seu (art.188, I, CC/02), não configurando, portanto, ato ilícito por parte demandada; razão pela qual exclui-se a condenação a título de danos morais arbitrados na sentença monocrática.

Não foi verificada também nenhuma das hipóteses consubstanciadas no art. 17 do CPC, não havendo que se falar, assim, em condenação às penas de litigância de má fé.

Isto posto, V O T O por conhecer ambos os recursos, do autor e do réu. No mérito, V O T O pelo provimento do Recurso Inominado interposto pelo Réu, reformando a sentença de fls. 53/55, com todas as vênias, para excluir, da sentença monocrática, a condenação arbitrada a título de danos morais, e julgar improcedentes os pedidos, na forma da funda-

mentação supra. Sem custas e sem honorários advocatícios, porque não verificada a hipótese do art. 55 da Lei 9.099/95.

Em relação ao Recurso Inominado interposto pelo Autor, **V O T O** por negar-lhe provimento, conforme fundamentação supra. Condenada a Parte Autora nas custas e honorários de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observado o art.12 da Lei 1.060/50.

Rio de Janeiro, 24 de Julho de 2012.

PALOMA ROCHA DOUAT PESSANHA

JUÍZA RELATORA

TRANSTORNOS EM VIAGEM AÉREA - AUSÊNCIA DE CAPACIDADE PARA SER PARTE NO JEC - PROVIMENTO. (RECURSO Nº 0205208-90.2011.8.19.0001. JUÍZA KARENINA DAVID CAMPOS DE SOUZA E SILVA. JULGADO EM 03 DE ABRIL DE 2012)

QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

Sentença que julga procedentes em parte os pedidos formulados e condena a ré, ora recorrente, ao pagamento de indenização por danos morais, decorrentes de transtornos em viagem aérea. Verifico, contudo, que há questão preliminar decidida pelo D. Juízo a quo que, ao meu ver, não poderia ter sido afastada. Conforme se extrai da própria petição inicial, o autor ajuizou a presente demanda representado por sua mãe. O nome desta passou a figurar na autuação do feito. A recorrente sustenta sua ilegitimidade ativa. Embora, no meu entendimento, não se trate exatamente de hipótese de ilegitimidade (pois o autor é parte legítima para litigar em face da ré, pois narra ser titular do direito material controvertido nos autos), mas sim ausência de capacidade para ser parte no JEC, certo é que o mérito desta ação não poderia ter sido julgado em ação movida pelo rito da lei 9.099/95, por expressa vedação legal. Uma vez constatado que o autor, que é parte na relação jurídica de direito material afirmada nos autos, é menor de impúbere, há impedimento para que ele integre a lide no Juizado Especial Cível, conforme artigo 8º da lei 9.099/95: “Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.” Ausência de capacidade de ser parte no JEC, que inexistente no juízo comum das Varas Cíveis. Observo que a mãe do autor, que o representa neste feito, já ajuizou demanda em nome próprio tendo como causa de pedir os mesmos fatos narrados na presente ação (fls. 202).. Assim sendo, dou provimento ao recurso da ré, e acolho a preliminar de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento

válido e regular do processo, para reformar a r. sentença e julgar extinto o processo sem exame do mérito, na forma do artigo 267, IV, do CPC. Sem ônus sucumbenciais.

Rio de Janeiro, 03 de abril de 2012

KARENINA DAVID CAMPOS DE SOUZA E SILVA

JUÍZA RELATORA

CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER EM PERDAS E DANOS – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO, QUE TEM COMO BASE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL, SOMENTE PODE SE PROCEDER POR SENTENÇA - CONCEDIDA A ORDEM. (MANDADO DE SEGURANÇA NO. 0000001-63.2011.8.19.9000. JUÍZA KARENINA DAVID CAMPOS DE SOUZA E SILVA. JULGADO EM 09 DE JUNHO DE 2011)

QUINTA TURMA RECURSAL CÍVEL

VOTO

A pretensão da impetrante é que seja recebido o recurso interposto contra decisão que pôs fim à parte da execução por ela promovida em face de X. A referida decisão converteu a obrigação de fazer em perdas e danos, fixando-as em R\$1.000,00 e afastou a incidência da multa diária fixada na r.sentença (fl. 69). O recurso não foi recebido pelo MM. Juiz impetrado, sob o fundamento de falta de previsão legal (fl. 87) Contra esta segunda decisão é que se impetrou o presente writ.

Litisconsorte passivo não se manifestou.

Informações prestadas pelo Exmo. Juiz titular do I JEC às fls. 98.

Parecer do Ministério Público, opinando pela concessão da ordem, tendo em vista que a decisão impugnada por via de recurso inominado negou seguimento a execução, “equiparando-se, pois, ao caráter sentencial conferido pelo art. 41, *caput*, da Lei n. 9.099/95” (fls. 107/108).

Necessário, pois, analisar a natureza da decisão (fls. 69) contra a qual a impetrante interpôs recurso.

Com base em título judicial, a impetrante promoveu execução, que sofreu limitação a partir da r.decisão cuja cópia encontra-se às fls. 69 deste mandado de segurança.

Primeiramente, verifico que a multa diária foi fixada em sentença,

transitada em julgado, e que foi limitada sua incidência ao máximo de 60 dias (fls. 44 deste *mandamus*).

Possível, evidentemente, a conversão de obrigação de fazer em perdas e danos, na forma do artigo 461, § 1º, do C.P.C., embora, a rigor, a conversão não exclua a multa diária já apurada até então, conforme dispõe o § 2º do citado artigo (c/c artigo 287 do C.P.C.). É certo ainda que, no caso dos autos, como já dito, a multa diária foi previamente limitada a R\$ 6.000,00 (conforme sentença proferida no processo de conhecimento)

Ainda que a questão seja discutível, entendo que a r. decisão de fl. 69 tem natureza de sentença, diante de seus efeitos, pois põe fim à pretensão do exequente, reduzindo-lhe alcance do título executivo judicial de que dispunha. A extinção da execução (ou parte dela, como foi o caso dos autos) há que ser feita por sentença (artigo 795 do CPC).

Note-se que, no caso em tela, não houve redução da multa diária ou suspensão de sua incidência com efeitos a partir da decisão judicial. Esta atingiu a multa diária já apurada, decorrente de sentença proferida em processo de conhecimento. Além disso, o valor das perdas e danos, em que convertida a obrigação de fazer, não apenas substituiu obrigação em si, mas englobou a multa diária, fazendo o montante desta desaparecer por completo. Assim, a meu ver, a extinção da execução, que tem como base título executivo judicial, somente pode se proceder por sentença (artigo 795 do CPC).

Observo, apenas, que não foi certificada a tempestividade do recurso ou analisada a gratuidade de justiça requerida no D. juízo impetrado.

Portanto, voto no sentido de ser concedida a ordem para que, após certificada a tempestividade do recurso interposto, e analisada a gratuidade de justiça requerida, seja o recurso recebido, e após o trâmite processual previsto, remetido ao Conselho Recursal.

Sem custas, diante da gratuidade concedida e sem honorários.

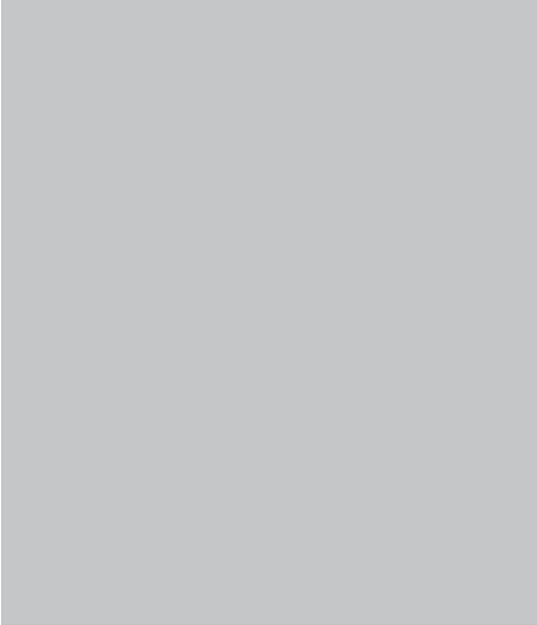
Rio de Janeiro, 09 de junho de 2011

KARENINA DAVID CAMPOS DE SOUZA E SILVA

JUÍZA DE DIREITO

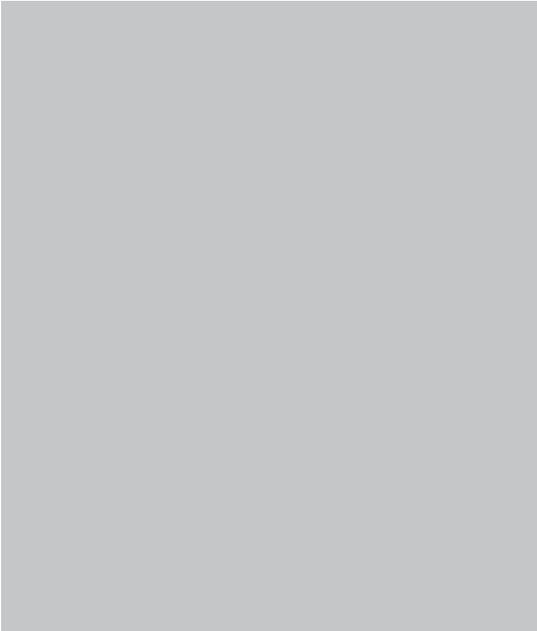


EMERJ



TURMAS RECURSAIS

◆ **CRIMINAIS** ◆





EMERJ

Colaboradores desta Edição

JUIZ ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO

TJERJ - SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL..... 275, 319, 332, 354 e 362

JUIZ MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA

TJERJ - SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL..... 300, 310, 329, 337 e 340

JUIZ MURILO KIELING

TJERJ - SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL..... 288, 292 e 296

JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI

TJERJ - PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL 281, 303, 307, 314, 343, 347, 351 e 359



EMERJ

Ementas

RECURSO. EXERCÍCIO ILEGAL DE ATIVIDADE. GUARDADOR DE VEÍCULOS. ATIPICIDADE. CONHECIMENTO DO RECURSO. NÃO PROVIMENTO. NUMA PRIMEIRA ANÁLISE, PODER-SE-IA CONCLUIR PELA TIPICIDADE DA CONDUTA DO AGENTE, TENDO EM VISTA QUE A DISCIPLINA LEGAL DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE NÃO TERIA SIDO OBSERVADA. TODAVIA, NÃO SE PODE DESCONSIDERAR, NA APRECIÇÃO DA TIPICIDADE DO ATUAR DO RECORRIDO, A CONFORMIDADE DA NORMA PENALIZADORA COM OS DITAMES CONSTITUCIONAIS. EMBORA SE ADMITINDO COMO RECEPCIONADO PELA CARTA MAGNA O PRECEITO CONTIDO NO ART. 47 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAS, SUA APLICAÇÃO DEVE SE DAR EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. POR TAL RAZÃO, A REPRESSÃO PENAL DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL SÓ SE JUSTIFICA QUANDO A INOBSERVÂNCIA DOS RESPECTIVOS REQUISITOS LEGAIS SE RELACIONEM COM A QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL. NÃO NOS PARECE QUE TAL OCORRA COM O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE GUARDADOR DE VEÍCULOS. TRATA-SE DE ATIVIDADE QUE NÃO REQUER FORMAÇÃO PROFISSIONAL, E TALVEZ MESMO POR ESTA RAZÃO SEJA TÃO PRATICADA POR AQUELES QUE NÃO ENCONTRAM COLOCAÇÃO NO MERCADO FORMAL DE TRABALHO. A REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE, PORTANTO, OSTENTA CARÁTER NITIDAMENTE ADMINISTRATIVO, MORMENTE LEVANDO-SE EM CONTA QUE É EXERCIDA EM LOGRADOUROS PÚBLICOS. NEM SE DIGA QUE O PODER PÚBLICO FICARIA IMPEDIDO DE REPRIMIR TAL ATIVIDADE, CASO NÃO VENHA A CONTAR COM O RESPALDO DA ESFERA PENAL. ORA, O PODER DE POLÍCIA INERENTE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PERMITE QUE SE IMPEÇA O EXERCÍCIO DE TAL ATIVIDADE, QUANDO ASSIM CONSIDERAR NECESSÁRIO O AGENTE ADMINISTRATIVO. DESTA FORMA, EM SENDO DESNECESSÁRIA A UTILIZAÇÃO DA ESTRUTURA DE REPRESSÃO PENAL PARA COIBIR TAL ATIVIDADE, É DE SE APLICAR O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA PARA AFASTAR A TIPICIDADE DO ATUAR. VALE DESTACAR QUE TAL POSTURA NÃO IMPORTA EM SE FAZER TÁ-

BULA RASA DA CONTRAVENÇÃO PENAL DE EXERCÍCIO ILEGAL DE ATIVIDADE, NA MEDIDA EM QUE ESTA CONTINUA APLICÁVEL QUANDO INOBSERVADO REQUISITO INERENTE À QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL. (RECURSO N° 0039369-75.2012.8.19.0066. JUIZ ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO. JULGADO EM 22 DE FEVEREIRO DE 2013. SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL) 275

DESACATO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES – AMBIENTE PRISIONAL – PROCESSO DISCIPLINAR – SEM COMPROVAÇÃO - PROVIMENTO. (PROCESSO N°. 0023621-45.2010.8.19.0204. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 24 DE JANEIRO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL)281

APELAÇÃO – VISITAÇÃO DE FILHO MENOR – DESCUMPRIMENTO - ALEGAÇÃO DE ACORDO AMIGÁVEL ENTRE O GENITOR E O MENOR - MERA, AINDA QUE RELEVANTE, FRUSTRAÇÃO DE UMA DATA DE VISITA – PROVIMENTO. (APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0000157-45.2011.8.19.0078. JUIZ MURILO KIELING. JULGADO EM 30 DE NOVEMBRO DE 2012. SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL) 288

APELAÇÃO - EXERCÍCIO IRREGULAR DA PROFISSÃO - PROFISSÃO NÃO SE CONFUNDE COMO O OFÍCIO - EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE “FLANELINHA” - DESPROVIMENTO. (APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0018792-76.2012.8.19.0066. JUIZ MURILO KIELING. JULGADO EM 30 DE NOVEMBRO DE 2012. SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL) 292

APELAÇÃO – PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL - ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA – ANTECEDENCIA CRIMINAL - NECESSIDADE DE TUTELA DA INCOLUMIDADE PÚBLICA – DESPROVIMENTO. (APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0002429-31.2011.8.19.0007. JUIZ MURILO KIELING. JULGADO EM 28 DE SETEMBRO DE 2012. SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL) 296

APELAÇÃO - JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. POSSE DE DROGA PARA USO PESSOAL. CONFISSÃO REALIZADA EM SEDE POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE RETRATAÇÃO DA CONFISSÃO EM JUÍZO. PREVALÊNCIA DA CONFISSÃO SOBRE A REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA SOBRE OS EFEITOS DAS DROGAS, NOS TERMOS DO ART. 28, I, DA LEI 11.343/2006. SENTENÇA BEM FUNDAMENTADA QUE DEVE SER MANTIDA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO APELO. (APELAÇÃO Nº0012131-12.2009.8.19.0026. JUIZ MARCELO CASTRO ANÁ-TOCLES DA SILVA FERREIRA. JULGADO EM 27 DE AGOSTO DE 2012. SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL).....300

ATIVIDADE DE GUARDAR VEÍCULOS – CONDUTA ATÍPICA – AUSÊNCIA DA ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO OU DEFENSOR PÚBLICO - ANULAÇÃO DE TRANSAÇÃO PENAL. (PROCESSO Nº. 0018575-33.2012.8.19.0066. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 22 DE AGOSTO DE 2012. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL)..... 303

ARTIGO 58 DO DECRETO-LEI 3688/41 – CONDUTA TÍPICA -INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – PROVIMENTO. (PROCESSO Nº. 0003995-18.2011.8.19.0006. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 19 DE AGOSTO DE 2012. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL)..... 307

CRIME CONTRA O IDOSO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA LEI 9.099/95 DENTRO DE SUA COMPETÊNCIA. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DE TAIS BENEFÍCIOS NA ADI Nº 3.096/DF, NOS CRIMES CUJA PENA MÁXIMA ABSTRATA NÃO ULTRAPASSE QUATRO ANOS. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PRELIMINAR PARA COMPOSIÇÃO CIVIL E PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL, POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DA DECISÃO DO STF. FUNDAMENTAÇÃO POSTERIOR, BEM DEPOIS DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, QUE NEGA OS BENEFÍCIOS COM ALEGAÇÃO DE GRAVIDADE DOS FATOS E DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA A ACUSADA, COM

DATA DE 10 DE FEVEREIRO DE 2011, BEM POSTERIOR AO REGISTRO DA OCORRÊNCIA DESSES AUTOS, 25 DE MARÇO DE 2010. EVIDENTE PREJUÍZO DA DEFESA, POR AUSÊNCIA DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS, SEM FUNDAMENTAÇÃO, NO MOMENTO OPORTUNO. NULIDADE TAMBÉM PELA AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PRELIMINAR, ONDE SERIA POSSÍVEL A COMPOSIÇÃO CIVIL, INDEPENDENTE DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO, PARA ANULAR O PROCESSO ATÉ O MOMENTO DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR, COM CUMPRIMENTO DO RITO DA LEI 9.099/95, DEVENDO SER PROPOSTA OU FUNDAMENTADA A NEGAÇÃO DA PROPOSTA DOS BENEFÍCIOS COM ANÁLISE JUDICIAL DE EVENTUAL APLICAÇÃO DO ARTIGO 28 DO CPP. **(APELAÇÃO Nº 0171223-67.2010.8.19.0001. JUIZ MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA. JULGADO EM 27 DE ABRIL DE 2012. SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL)..... 310**

DESACATO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO – NÃO COMPROVAÇÃO NOS AUTOS - DECRETO ABSOLUTÓRIO SE IMPÕE – PROVIMENTO. **(PROCESSO Nº. 0023621-45.2010.8.19.0204. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 12 DE ABRIL DE 2012. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL)..... 314**

RECURSO. LESÃO CORPORAL CULPOSA DE TRÂNSITO. RENÚNCIA DA VÍTIMA. FALTA DE PERMISSÃO OU HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CONHECIMENTO DO RECURSO. PROVIMENTO. REPUTA-SE TEMPESTIVO O RECURSO PORQUANTO A DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE TRANSAÇÃO PENAL, PROFERIDA EM CARÁTER CONDICIONAL, NÃO PODE SER REPUTADA COMO SENTENÇA. A CIÊNCIA POSTERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA ACEITAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL, SEM MANIFESTAÇÃO DE OPOSIÇÃO, SUPRE A AUSÊNCIA DO DEFENSOR PÚBLICO NA AUDIÊNCIA PRELIMINAR. A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA RENÚNCIA AO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA DAS LESÕES CORPORAIS CULPOSAS NO TRÂNSITO, SE ESTENDE AO CRIME DE DIREÇÃO SEM HABILITAÇÃO

ABSORVIDO PELO PRIMEIRO. (RECURSO N° 0140673-97.2008.8.19.0021. JUIZ ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO. JULGADO EM 27 DE JANEIRO DE 2012. SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL)..... 319

INJÚRIA. AÇÃO PENAL PRIVADA. QUEIXA-CRIME QUE DESATENDE AO ART. 44 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INGRESSO DA DEFENSORIA PÚBLICA APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL. DECISÃO DE REJEIÇÃO QUE SE CONFIRMA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. (APELAÇÃO N° 0076774-20.2010.8.19.0001. JUIZ MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA. JULGADO EM 27 DE JANEIRO DE 2012. SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL)..... 329

HABEAS CORPUS. DECLÍNIO EM RAZÃO DO CONCURSO MATERIAL DE DELITOS. O CONCURSO DE CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO NÃO AFASTA A COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. NÃO CONCESSÃO DA ORDEM. O SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FOI IMPLANTADO POR MANDAMENTO CONSTITUCIONAL. A APRECIÇÃO DAS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO CONSTITUI ATRIBUIÇÃO DO SISTEMA NA ESFERA CRIMINAL. A TRANSAÇÃO PENAL CONSTITUI MEDIDA DESPENALIZADORA A SER OFERECIDA NOS CASOS SUBMETIDOS AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. AFASTAR A COMPETÊNCIA DE TAL ÓRGÃO JUDICIAL, NA HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL, CONFIGURA INOBSERVÂNCIA AO REGRAMENTO CONSTITUCIONAL DO SISTEMA. A INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA DO PRECEITO CONTIDO ART. 119 DO CÓDIGO PENAL PERMITE CONCLUIR, NA HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL DE INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, PELA COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. ENTENDIMENTO PACÍFICO DOS MAGISTRADOS QUE ATUAM NO SISTEMA DOS JUIZADOS, CONSOLIDADO EM ENUNCIADOS DE ÂMBITO ESTADUAL E NACIONAL. (HC N° 0001430-65.2011.8.19.9000. PROCESSO DE ORIGEM: 0021563-54.2010.8.19.0209. JUIZ ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO. JULGADO EM 11 DE NOVEMBRO DE 2011. SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL)..... 332

PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PROPOSTA COM AUSÊNCIA DAS APELAN-
 TES. AUSENTE O PREJUÍZO. CITAÇÃO POR HORA CERTA. NECESSIDA-
 DE DO CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NA LEI PROCESSUAL CIVIL, O
 QUE NÃO OCORREU. ANULAÇÃO DO PROCESSO COM RELAÇÃO À
 APELANTE J., COM RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO
 DA PRETENSÃO PUNITIVA. MÉRITO, COM RELAÇÃO À OUTRA APE-
 LANTE. SENTENÇA QUE SE CONFIRMA PELOS PRÓPRIOS FUNDA-
 MENTOS. PREJUDICADA A ALEGAÇÃO DE CONTINUIDADE DELITIVA,
 JÁ QUE A PENA FOI FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, SEM CONCURSO
 MATERIAL. CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO
 PARA ANULAR O PROCESSO COM RELAÇÃO À APELANTE J., POR VÍ-
 CIO NA CITAÇÃO POR HORA CERTA, RECONHECENDO-SE DE OFÍCIO
 A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA COM RELAÇÃO À MESMA.
 COM RELAÇÃO À APELANTE M., NEGADO PROVIMENTO DO RECURSO
 CONFIRMANDO-SE A SENTENÇA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
**(APELAÇÃO Nº 0027144-58.2007.8.19.0208. PROCESSO DE ORIGEM:
 0021563-54.2010.8.19.0209. JUIZ MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA
 SILVA FERREIRA. JULGADO EM 14 DE OUTUBRO DE 2011. SEGUNDA
 TURMA RECURSAL CRIMINAL) 337**

VIAS DE FATO. ARGÜIÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. MANIFESTAÇÃO FORMAL DA VÍTIMA EM SEDE POLICIAL. AINDA QUE SE ENTENDA NECESSÁRIA A PRESENÇA DA CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE, ESTA EXISTIU. AUSÊNCIA DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOABILIDADE PELA EXISTÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. PROVA ANALISADA CORRETAMENTE COM RELAÇÃO AO MÉRITO, TANTO NA CONDENAÇÃO PELA CONTRAVENÇÃO PENAL QUANTO NA ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE DESACATO. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DOS RECURSOS. **(APELAÇÃO Nº 0371098-52.2009.8.19.0001. JUIZ MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA. JULGADO EM 23 DE SETEMBRO DE 2011. SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL)..... 340**

HABEAS CORPUS DE OFÍCIO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - FALTA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO - DESPROVIMENTO. (PROCESSO Nº. 0204213-14.2010.8.19.0001. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 20 DE SETEMBRO DE 2011. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL)..... 343

ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL – ANTECEDENTES - NÃO OFERECIMENTO DO SURSIS – PROVAS BEM APRECIADAS NO JUÍZO SENTENCIANTE – PROVIMENTO PARCIAL. (PROCESSO Nº. 0204213-14.2010.8.19.0001. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 20 DE SETEMBRO DE 2011. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL)..... 347

EXERCÍCIO ILEGAL DE PROFISSÃO OU ATIVIDADE – CONDUTA ATÍPICA - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – MANUTENÇÃO. (PROCESSO Nº. 0183125-46.2012.8.19.0001. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 10 DE AGOSTO DE 2011. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL) 351

RECURSO. POSSE DE ENTORPECENTES. ATO DE CITAÇÃO VÁLIDO. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES DO RÉU. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ARTIGO 28, § 3º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. (RECURSO Nº 0000312-58.2009.8.19.0065. JUIZ ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO. JULGADO EM 22 DE JULHO DE 2011. SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL) 354

ARTIGO 147 DO CÓDIGO PENAL - PRESCRIÇÃO DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - CABÍVEIS OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS – DESPROVIMENTO. (PROCESSO Nº. 0049377-57.2009.8.19.0021. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 10 DE JUNHO DE 2011. PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL) 359

APELAÇÃO. PORTE DE ARMA BRANCA. AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUCTA, POR AUSÊNCIA DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NÃO FORMULADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RÉU QUE ADMITE CUMPRIR PENA. PREJUÍZO NÃO CARACTERIZADO. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. CONHECIMENTO DO RECURSO. PROVIMENTO. (**APELAÇÃO Nº 0138129-65.2009.8.19.0001. JUIZ ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO. JULGADO EM 15 DE ABRIL DE 2011. SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL**) 362

RECURSO. EXERCÍCIO ILEGAL DE ATIVIDADE. GUARDADOR DE VEÍCULOS. ATIPICIDADE. CONHECIMENTO DO RECURSO. NÃO PROVIMENTO. NUMA PRIMEIRA ANÁLISE, PODER-SE-IA CONCLUIR PELA TIPICIDADE DA CONDUTA DO AGENTE, TENDO EM VISTA QUE A DISCIPLINA LEGAL DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE NÃO TERIA SIDO OBSERVADA. TODAVIA, NÃO SE PODE DESCONSIDERAR, NA APRECIÇÃO DA TIPICIDADE DO ATUAR DO RECORRIDO, A CONFORMIDADE DA NORMA PENALIZADORA COM OS DITAMES CONSTITUCIONAIS. EMBORA SE ADMITINDO COMO RECEPCIONADO PELA CARTA MAGNA O PRECEITO CONTIDO NO ART. 47 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIAS, SUA APLICAÇÃO DEVE SE DAR EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. POR TAL RAZÃO, A REPRESSÃO PENAL DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL SÓ SE JUSTIFICA QUANDO A INOBSERVÂNCIA DOS RESPECTIVOS REQUISITOS LEGAIS SE RELACIONEM COM A QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL. NÃO NOS PARECE QUE TAL OCORRA COM O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE GUARDADOR DE VEÍCULOS. TRATA-SE DE ATIVIDADE QUE NÃO REQUER FORMAÇÃO PROFISSIONAL, E TALVEZ MESMO POR ESTA RAZÃO SEJA TÃO PRATICADA POR AQUELES QUE NÃO ENCONTRAM COLOCAÇÃO NO MERCADO FORMAL DE TRABALHO. A REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE, PORTANTO, OSTENTA CARÁTER NITIDAMENTE ADMINISTRATIVO, MORMENTE LEVANDO-SE EM CONTA QUE É EXERCIDA EM LOGRADOUROS PÚBLICOS. NEM SE DIGA QUE O PODER PÚBLICO FICARIA IMPEDIDO DE REPRIMIR TAL ATIVIDADE, CASO NÃO VENHA A CONTAR COM O RESPALDO DA ESFERA PENAL. ORA, O PODER DE POLÍCIA INERENTE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PERMITE QUE SE IMPEÇA O EXERCÍCIO DE TAL ATIVIDADE, QUANDO ASSIM CONSIDERAR NECESSÁRIO O AGENTE ADMINISTRATIVO. DESTA FORMA, EM SENDO DESNECESSÁRIA A UTILIZAÇÃO DA ESTRUTURA DE REPRESSÃO PENAL PARA COIBIR TAL ATIVIDADE, É DE SE APLICAR O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA PARA AFASTAR A TIPICIDADE DO ATUAR. VALE DESTACAR QUE TAL POSTURA NÃO IMPORTA EM SE FAZER TÁBULA RASA DA CONTRAVENÇÃO PENAL DE EXERCÍCIO ILEGAL DE ATIVIDADE, NA MEDIDA EM QUE ESTA CONTINUA APLICÁVEL QUANDO

INOBSERVADO REQUISITO INERENTE À QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL. (RECURSO N° 0039369-75.2012.8.19.0066. JUIZ ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO. JULGADO EM 22 DE FEVEREIRO DE 2013)

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público contra decreto que extinguiu o procedimento sem exame do mérito, por considerar atípica a conduta imputada ao Autor do fato no cotejo com a descrita no artigo 47 do Decreto-Lei n.º 3.688/41.

A decisão atacada ressalta a desnecessidade de qualificação profissional para o exercício da função de guardador de veículos, bem como o preenchimento de requisitos para seu desempenho.

Ressalta a inexistência de lei que regulamente a profissão de “flanelinha”.

O ilustre membro do *Parquet*, em suas razões, argumenta que a atividade é regulamentada por lei federal e estadual, exigindo o registro dos trabalhadores na Delegacia de Polícia da área onde exercerão suas atividades, de modo a garantir a segurança da coletividade.

Destaca que, de outro modo, o Estado enfrentará questões como a perda de receita e diminuição na arrecadação tributária; enfraquecimento de sindicatos e associações; prejuízos para os guardadores regulamentados; e insegurança para a sociedade, sujeita a sofrer abuso do guardador clandestino.

Postula, por fim, o prosseguimento regular do feito, para que o Autor do fato se manifeste acerca da proposta de transação penal formulada.

Em contrarrazões, a defesa alega que a exigência da lei federal regulamentadora do desempenho da atividade de guardar carros em via pública,

impondo registro na Delegacia Regional do Trabalho, não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Argui a irrelevância penal da conduta, vez que inexistente a exigência de qualificação técnica para o exercício da atividade, descaracterizando a ofensa a bem jurídico.

Destaca que a atividade de guardador de veículos é fruto da exclusão social, caracterizando o perfil da população que atua em dita função o desprovimento de recursos e oportunidades para o alcance de trabalho digno.

Defende que a lei federal dispõe acerca de normas de natureza administrativa, não justificando a intervenção do Direito Penal, em observância ao princípio da intervenção mínima.

Parecer do Ministério Público junto à Turma Recursal opina pelo conhecimento e provimento do recurso, ressaltando que o *decisum* do Juízo *a quo* revogaria norma penal incriminadora, o que é vedado ao julgador.

Argui, ainda, que o exercício livre de determinadas atividades profissionais não é absoluto, vez que legislação infraconstitucional pode restringi-lo, respeitados os princípios de proporcionalidade e razoabilidade.

VOTO

Inicialmente, cabe transcrever a conduta prevista no art. 47 da Lei das Contravenções Penais, a fim de se delimitar a sua abrangência:

Art. 47 – “Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício”.

Sustenta o Ministério Público que o atuar do Autor do fato se enquadraria no tipo acima descrito, na medida em que exercia atividade econômica sem atender aos requisitos legais.

Atuava o Recorrido como guardador de veículos sem que, em princípio, contasse com autorização administrativa para tanto.

O Recorrente se reportou em suas razões à regulamentação do exercício da atividade, chegando mesmo a apontar os motivos que, a seu juízo, justificariam tal regramento.

Numa primeira análise, poder-se-ia concluir pela tipicidade da conduta do agente, tendo em vista que a disciplina legal do exercício da atividade não teria sido observada.

Todavia, não se pode desconsiderar, na apreciação da tipicidade do atuar do Recorrido, a conformidade da norma penalizadora com os ditames constitucionais.

Consoante leciona Fernando Capez¹ *os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente robotizada dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto.*

Tal postura foi adotada pelo *decisum* recorrido cuja manutenção está a se impor.

Embora se admitindo como recepcionado pela Carta Magna o preceito contido no art. 47 da Lei de Contravenções Penais, sua aplicação deve se dar em conformidade com o princípios constitucionais.

Por tal razão, a repressão penal do exercício de atividade profissional só se justifica quando a inobservância dos respectivos requisitos legais se relacionem com a qualificação profissional.

O exercício ilegal da medicina, por exemplo, exige reprimenda penal, tendo em vista que a atividade requer capacitação profissional específica.

Não nos parece, contudo, que tal ocorra com o exercício da atividade de guardador de veículos.

Trata-se de atividade que não requer formação profissional, e talvez

¹ Curso de Direito Penal, vol. 1, 11^a. ed., pg. 9.

mesmo por esta razão seja tão praticada por aqueles que não encontram colocação no mercado formal de trabalho.

A regulamentação da atividade, portanto, ostenta caráter nitidamente administrativo, mormente levando-se em conta que é exercida em logradouros públicos.

É certo que o noticiário dá conta de numerosos casos de extorsão praticados por guardadores de veículos.

Todavia, tais condutas devem ser objeto de repressão específica, não se justificando que todos aqueles que exercem a atividade, ainda que informalmente, no mais das vezes como meio de subsistência, possam ser objeto de reprimenda penal.

Nem se diga que o Poder Público ficaria impedido de reprimir tal atividade, caso não venha a contar com o respaldo da esfera penal.

Ora, o poder de polícia inerente à Administração Pública permite que se impeça o exercício de tal atividade, quando assim considerar necessário o agente administrativo.

Desta forma, em sendo desnecessária a utilização da estrutura de repressão penal para coibir tal atividade, é de se aplicar o princípio da intervenção mínima para afastar a tipicidade do atuar do Recorrido.

Neste sentido, o ensinamento de Nilo Batista, citado por Fernando Capez ²: *da intervenção mínima decorre, como corolário indistacável, a característica de subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito. Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal*

² Curso de Direito Penal, 11ª. ed., vol. 1, pgs. 19/20.

a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do direito, e atuando somente em último caso (ultima ratio).

Vale destacar que tal postura não importa se fazer tábula rasa da contravenção penal de exercício ilegal de atividade, na medida em que esta continua aplicável quando inobservado requisito inerente à qualificação profissional.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e não provimento do recurso, mantendo-se a sentença absolutória, pelos próprios fundamentos, bem como por aqueles tecidos no presente voto.

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2013.

ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO

JUIZ RELATOR

DESACATO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DAS SUAS FUNÇÕES – AMBIENTE PRISIONAL – PROCESSO DISCIPLINAR – SEM COMPROVAÇÃO - PROVIMENTO. (PROCESSO Nº. 0023621-45.2010.8.19.0204. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 24 DE JANEIRO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação ofertada por X, devidamente qualificado nos autos, patrocinado pela **DEFENSORIA PÚBLICA**, impugnando a sentença condenatória de fls. 69/70, que julgou procedente a denúncia e condenou o réu apelante, como incurso nas penas do artigo 331 do Código Penal, fixada a pena acima do mínimo legal, sob fundamento de ser o réu reincidente, em 07 (sete) meses de detenção, no regime semiaberto. O juízo deixou de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, também sob o fundamento de ser o réu reincidente.

Denúncia às fls. 2/2a, imputando ao acusado a prática do delito do artigo 331 do Código Penal (desacato), pelos seguintes fatos:

“... No dia 17 de agosto de 2010, por volta das 08h00min, na Estrada Y, no interior da P, área do fórum regional de Bangu, o denunciado, de forma livre e consciente, desacatou o Agente Penitenciário de nome Z no exercício de sua função, tendo aduzido as seguintes palavras ofensivas e depreciativas: “SEU ARROMBADO – VOU TE MATAR NA CADEIA OU NA RUA – VOU TE FUDER SEU VIADO FILHO DA PUTA”.

Na ocasião dos fatos o denunciado, em alto tom, humilhou, faltou com respeito e redundou em vexame do agente penitenciário em razão de sua função pública, ao proferir as citadas palavras ofensivas, quando a vítima efetuava a contagem dos internos ...”.

Termo Circunstanciado, às fls. 02b/03.

Certidão de antecedentes do réu, às fls.07/08, e fls. 15/18.

Por incabível transação penal e suspensão condicional do processo, ante os antecedentes criminais do réu, foi designada AIJ, que teve curso conforme assentada de fls. 29, quando foi recebida a denúncia, ouvidas as duas testemunhas arroladas (fls.30 e 31) e interrogado o denunciado (fls. 32/33).

F.A.C do acusado às fls. 14/20.

Comunicação do resultado do processo disciplinar sobre os mesmos fatos da denúncia, em que o acusado foi penalizado com isolamento e rebaixamento do índice (fls. 41).

Alegações finais do Ministério Público às fls. 58/62, requerendo a procedência da denúncia com a condenação do acusado.

Alegações finais da Defesa às fls. 63/66, requerendo a absolvição do acusado, ante a fragilidade da prova produzida nos autos, bem como a atipicidade da conduta do réu.

Sentença recorrida às fls. 69/71, condenando o réu na forma da denúncia.

Apelação às fls. 75, com razões às fls. 76/82, requerendo: a) seja o réu absolvido, ante a precariedade do conjunto probatório ou pela atipicidade da conduta; b) caso assim não se entenda, que seja desconsiderada a reincidência, com a fixação da pena base em seu mínimo legal, fixando-se o regime aberto e deferindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contrarrazões às fls. 85/89, requerendo o conhecimento e provimento parcial do recurso, apenas reparando-se a fixação da pena, por não existir comprovação nos autos de ser o réu efetivamente reincidente, apesar de já condenado anteriormente.

Promoção da Defensoria Pública junto à Turma Recursal às fls. 89, v., ratificando as razões recursais.

Promoção do Ministério Público junto à Turma Recursal às fls. 91/96, pugnano pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, por presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Quanto ao mérito, vê-se dos autos que os fatos teriam ocorrido dentro de unidade prisional, no momento em que seria realizada a contagem dos presos; que na oportunidade o acusado, presidiário, teria desacatado a vítima, agente penitenciário, quando este exercia suas funções, ao proferir as seguintes palavras ofensivas e depreciativas: “SEU ARROMBADO – VOU TE MATAR NA CADEIA OU NA RUA – VOU TE FUDER SEU VIADO FILHO DA PUTA”.

Na denúncia foram arroladas como testemunhas a vítima e um outro agente penitenciário, que ao serem ouvidos em juízo confirmaram serem verdadeiros os fatos da denúncia.

Relatou a vítima Z, em juízo, que “... que no dia anterior aos fatos efetuou junto com a equipe de segurança um procedimento de revista na galeria do acusado, onde este estava preso; que tal procedimento causou uma certa revolta aos internos; que no dia seguinte, ou seja, dia dos fatos narrados na denúncia, o depoente efetuava uma contagem de presos na cela onde estava o denunciado e sem motivo algum o denunciado começou a dizer para o depoente “que não gostava dele; que na rua era o “bam, bam, bam” e a qualquer momento iria pegar o depoente, tendo proferido as seguintes palavras: “Seu arrombado – vou te matar na cadeia ou na rua – vou te fuder viado filho da puta” ... que é procedimento de rotina a revista na galeria dos presos; que as revistas ocorridas desde aquela ocasião estavam sendo feitas de modo mais minucioso, em razão das informações recebidas pelos agentes penitenciários; que no momento em que são realizadas as revistas os presos são retirados da galeria onde está sendo feito o procedimento ... que em seguida os presos retornam às suas galerias; que em razão da revista nenhuma sanção foi aplicada ao acusado, nem qual-

quer problema; que em nenhum momento foram reduzidos direitos dos presos em razão de objetos ou drogas encontradas no momento em que foram feitas as revistas nas galerias; **que não houve nenhuma discussão antes do acusado proferir as palavras proferidas na denúncia**; que o acusado aparentava estar um pouco nervoso, mas parecia totalmente consciente do que fazia ..." (fls. 31).

A testemunha arrolada na denúncia, agente F, relatou em juízo que assistiu aos fatos da denúncia; que no dia anterior teria sido realizado procedimento de revista geral na galeria onde o réu estava preso, não sabendo informar se teria sido encontrado algum objeto ilícito na cela do réu, pois o plantão do depoente iniciou-se apenas no dia seguinte; **que no dia dos fatos, no final do confere, alguns presos foram indagar do agente penitenciário Z sobre a revista do dia anterior**, e nesse momento o denunciado iniciou a agressão, proferindo as palavras ofensivas constantes da denúncia; que o único preso que se dirigiu de forma desrespeitosa ao agente Z foi o denunciado; que o denunciado foi conduzido para o isolamento sem causar qualquer problema; que a revista geral foi feita em um dia e a contagem dos internos somente no dia seguinte, quando todos já haviam retornado a sua galeria; que não sabe informar o horário em que foi feita a geral porque não estava de plantão no dia; **que o acusado estava bem exaltado no momento em que proferiu as palavras ofensivas ...** (fls. 30).

O réu, ao ser interrogado em juízo, negou a prática do delito que lhe é imputado, relatando que não são verdadeiros os fatos da denúncia; que a revista geral foi feita às 17:00h do dia anterior àquele narrado na denúncia; **que os internos foram colocados na galeria A2 na parte descoberta e no dia estava chovendo; que a revista geral demorou muito, o que gerou uma insatisfação nos presos, principalmente porque um deles passava mal; que alguns presos começaram a reclamar da demora, quando então foi chamado o agente penitenciário Z, que é chefe da Unidade, abaixo do Diretor, o qual disse que "não ia retornar merda nenhuma e que só retornaria quando ele quisesse"**; que a revista geral somente terminou por volta das 22:00h, quando os presos foram então levados de volta à galeria de origem; que quando os presos retornaram às suas celas verificaram que seus pertences estavam jogados no chão e alguns estavam quebrados; que os presos

por esse motivo não aceitaram retornar às suas celas; que veio então um senhor, do qual não sabe declinar o nome, que prometeu resolver tudo no dia seguinte ... **que no dia seguinte, no momento em que estava sendo feito o procedimento de contagem (o confere) os presos disseram que não iriam permitir a contagem porque eles não haviam sido liberados de suas celas; que nesse momento o agente penitenciário Z entrou na galeria rindo e debochando, que gerou uma revolta dos presos de outras celas, que iniciaram alguns xingamentos; que quando o agente Z chegou próximo à cela do interrogando, pediu a este que acalmasse os presos da sua comunidade, pois o interrogando era o representante de todos os presos vindos da Rocinha; que o interrogando disse que não tinha como fazer a contagem porque os presos não haviam sido liberados de suas celas; que o interrogando travou discussão com o agente Z e em seguida disse que não queria arranjar confusão porque o agente Z não gostava dele (interrogando); que por tal razão o agente Z disse ao interrogando que ele iria responder por tudo o que estava acontecendo, retirando-o da cela e levando-o para o isolamento; que ficou no isolamento 34 dias; que foi agredido fisicamente por funcionário do agente Z...”.**

Assim, vê-se que acusado e vítima fornecem versões diversas sobre a mecânica dos fatos, negando o acusado que tivesse cometido o delito que lhe é imputado, informando, no entanto, que de fato teve discussão com a vítima, em razão desta querer que o réu agisse para acalmar os presos da sua comunidade, que estavam revoltados com a maneira pela qual teria sido realizada revista geral no dia anterior, com os presos por várias horas aguardando sob a chuva o retorno para suas celas, sendo que um inclusive passava mal, sendo que ao retornarem teriam encontrado seus pertences jogados no chão e quebrados.

A vítima, diferentemente, disse que não houve nenhuma discussão antes de o acusado proferir as palavras proferidas na denúncia; que na data dos fatos realizava uma contagem de presos na cela onde estava o acusado e, sem motivo algum, o denunciado começou a dizer as palavras descritas na denúncia; que o acusado aparentava estar um pouco nervoso. Confirmou, entretanto, que o procedimento de revista na galeria do acusado, no dia anterior, causou uma certa revolta nos internos ...

A única testemunha arrolada e ouvida em juízo, outro agente penitenciário, apesar de dizer que seriam verdadeiros os fatos da denúncia, relatou que na data dos fatos, ao final do confere (contagem dos internos), alguns internos foram indagar ao agente penitenciário Z sobre a revista do dia anterior e que nesse momento o acusado teria proferido as palavras descritas na denúncia; que o acusado estava bem exaltado quando proferiu as palavras ofensivas.

Dessa forma, vê-se que essa única testemunha ouvida, apesar de agente penitenciário, fornece versão dos fatos em grande parte consistente com o depoimento do réu, já que informa que no momento da ocorrência internos estariam indagando ao agente penitenciário vítima sobre a revista ocorrida no dia anterior, e que o acusado estava bem exaltado. Afasta, assim, a versão fornecida pela vítima, no sentido de que realizava a contagem dos presos e, sem motivo algum, o denunciado teria proferido as palavras constantes da denúncia.

Assim, tenho que a prova produzida nos autos, especialmente quanto à mecânica dos fatos e a ter o denunciado agido com o dolo necessário à prática do delito imputado, é frágil para fundamentar um decreto condenatório, sendo que a dúvida razoável, neste momento processual, deve ser interpretada necessariamente a favor do réu.

Ocorre que os fatos ocorreram em ambiente prisional, com a tensão inerente à triste e dura realidade humana lá vivenciada, não se podendo afastar a realidade desigual existente entre réu presidiário e vítima agente penitenciário.

Assim, mesmo que tenham sido proferidas as palavras descritas na denúncia, apesar de claramente reprováveis, da prova produzida nos autos não se afere ter o acusado efetivamente agido com o dolo necessário à configuração do delito que lhe é imputado, podendo de fato terem sido ditas em momento de nervosismo e irritação, em meio a discussão e como infeliz manifestação de indignação e revolta. Vê-se que inclusive a única testemunha, agente penitenciário, informa que no momento dos fatos outros internos questionavam a vítima sobre a forma da ocorrência da revista geral ocorrida na véspera, e que o réu estava muito exaltado.

O fato de o réu ter confessado administrativamente ter proferido ameaça, desacompanhado de advogado, no processo disciplinar, não afasta tal conclusão, vislumbrando-se inclusive do teor de seu depoimento a intenção de livrar os demais companheiros presos de qualquer penalidade.

Não vieram aos autos notícias de que o réu tenha mau comportamento na prisão, sendo que pelos fatos destes autos já sofreu sanção administrativa, consistente em isolamento e rebaixamento de índice (fls. 41).

Assim sendo, por não ter sido comprovado nos autos, de forma segura e estreme de dúvidas, ter o réu cometido o delito que lhe é imputado, com o dolo que lhe é inerente, penso que o decreto absolutório se impõe.

Isto posto, e tendo em vista tudo o que dos autos consta, meu voto é pelo provimento do recurso, absolvendo-se o réu, com fundamento no disposto no artigo 386, VII do Código de Processo Penal.

Rio de Janeiro, 24 de janeiro de 2013.

SANDRA SANTARÉM CARDINALI

JUÍZA RELATORA

APELAÇÃO – VISITAÇÃO DE FILHO MENOR – DESCUMPRIMENTO - ALEGAÇÃO DE ACORDO AMIGÁVEL ENTRE O GENITOR E O MENOR - MERA, AINDA QUE RELEVANTE, FRUSTRAÇÃO DE UMA DATA DE VISITA – PROVIMENTO. (APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0000157-45.2011.8.19.0078. JUIZ MURILO KIELING. JULGADO EM 30 DE NOVEMBRO DE 2012)

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pela acusada X (fls. 74/81) em face da r. sentença de fls. 64/67, proferida pela ilustrada Juíza de Direito do Juizado Especial Adjunto Criminal da Comarca de Armação dos Búzios, que julgando procedente a pretensão punitiva estatal, **condenou-a como incurso nas sanções do art. 330 do Código Penal, à pena de 15 (quinze) dias de detenção e 15 (quinze) dias-multa**, no valor unitário mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no pagamento de 01 (um) salário mínimo, ou seja, R\$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais), em favor de Y, pai do menor Z. A denúncia narra os seguintes fatos:

“No dia 03 de setembro de 2010, por volta das 16h, na sede do Conselho Tutelar, situada na Avenida José Bento Ribeiro Dantas, bairro Portal da Ferradura, nesta comarca, a denunciada de forma livre e consciente, desobedeceu à ordem legal de funcionário público, qual seja, a sentença judicial de homologação do acordo de visitação de seu filho menor, prolatada pelo Exmo. Juiz de Direito da 2ª Vara desta Comarca (fl. 05/06). Para tanto, a denunciada, devidamente ciente do teor da sentença que definiu a visitação de seu filho menor Z pelo pai, que se daria no primeiro fim-de-semana de cada mês, buscando-o na sede do Conselho Tutelar da comarca às 16h de sexta-feira e devolvendo-o às 20h do domingo, desobedeceu, dolosamente, tal ordem legal, uma vez que não compareceu ao Conselho Tutelar no dia

*em que deveria entregar seu filho ao pai, conforme informação do pai do menor às fls. 03 e da Conselheira Tutelar N às fls. 07/08. Desta forma, foi objetiva e subjetivamente típica e reprovável sua conduta, não havendo qualquer discriminante a justificá-la, estando, por conseguinte, **incurso nas penas previstas no art. 330 do Código Penal.**”*

Irresignada, a acusada X apela da sentença, ao argumento, em síntese, de que a mesma deve ser reformada posto que baseada unicamente na acusação da vítima secundária, Y, ex-marido da acusada, subsistindo, ainda, grave cerceamento de defesa, eis que insistiu na oitiva do menor, tendo sido ignorado pelo Juízo, ante a menoridade do menor, ressaltando, todavia, que na data dos fatos o menor possuía 13 anos de idade e na audiência, já contava com 15 anos.

Argumenta que a oitiva do menor mostra-se como prova essencial ao esclarecimento dos fatos, pois a visitação não ocorreu em razão de acordo amigável entre o genitor e o menor, tendo este contactado o pai por telefone e pedido para ser dispensado da visita, pois iria ao cinema com amigos, o que foi aceito pelo pai, porém este não confirmou em Juízo o que combinara com o filho. A par disso, sugeriu que o Ministério Público postulasse a quebra do sigilo telefônico dos celulares da Apelante, do menor e do seu genitor, de forma a confirmar que o menor e seu pai falaram no dia anterior ao da visitação.

Aduz, ainda, que a própria Apelante em seu depoimento afirma que esta e o pai do menor, corroborado com o testemunho da Conselheira Tutelar, não se falam, nem mesmo sobre assuntos relacionados à criação do menor, e os contatos entre os pais sempre foi ou através do menor ou do Conselho Tutelar.

Nesta esteira, pugna a Apelante para que seja conhecido e provido o presente recurso para, reformando a sentença, absolvê-la das imputações que lhe são lançadas e, subsidiariamente, pela anulação da sentença, ante o cerceamento de defesa.

Às fls. 89/93, são depositadas as contrarrazões do Ministério Público, pugnando pelo conhecimento e improvimento do apelo.

Às fls. 95/98, é lançado parecer ministerial, pugnando pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Eis, o relatório. Passo ao voto.

VOTO

A primeira questão relevante incide sobre a natureza do pacto, elemento gerador da obrigação das partes. Nesse sentido, é possível visualizar que a sentença é de natureza homologatória, resultante de um acordo firmado entre as partes no que concerne a guarda e a regulamentação de visitação.

Os percalços, embora não devam funcionar como elementos integrativos de qualquer dissidência familiar ou como rotina, merecem sempre um olhar de forma mais abrangente e contextualizada, de modo que um episódio não deva ser examinado isoladamente.

No caso concreto, o distanciamento já funciona como elemento problemático, notadamente, quando a visitação está mensurada em uma vez por mês e o menor, já adolescente, com certa independência.

Há dizeres que florescem da instrução, no sentido de que o cumprimento da visitação não é completamente religioso, havendo casos de ser desmarcada a presença do visitante, como afirmado pelo Conselho Tutelar.

Por outro lado, sob o aspecto puro da tipicidade não se pode compreender uma frustração do pacto homologado, a caracterizar descumprimento de cláusula de acordo, como crime de desobediência, notadamente, quando as repercussões devem ser tratadas no próprio juízo de família, como a modificação de cláusula, sanção civil ou mesmo a reversão da guarda. A impropriedade, portanto, é se invocar a justiça criminal para tratar como crime uma mera, ainda que relevante, frustração de uma data de visita ao filho adolescente, notadamente, quando, também, incide dú-

vida acerca de uma prévia combinação entre o visitante e o visitando, justamente naquela data.

Sob tais fundamentos, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para absolver a autora do fato, com arrimo no artigo 386, III, do CPC.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2012.

MURILO KIELING

JUIZ DE DIREITO

RELATOR

APELAÇÃO - EXERCÍCIO IRREGULAR DA PROFISSÃO - PROFISSÃO NÃO SE CONFUNDE COMO O OFÍCIO - EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE “FLANELINHA” - DESPROVIMENTO. (APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0018792-76.2012.8.19.0066. JUIZ MURILO KIELING. JULGADO EM 30 DE NOVEMBRO DE 2012)

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** (fls. 37/41) em face da r. sentença de fls. 34, proferida pelo ilustrado Juiz de Direito do I Juizado Especial Criminal da Comarca de Volta Redonda, que julgou extinto o feito, sem exame do mérito, por atipicidade da conduta lançada contra os imputados (art. 47 do Decreto-lei 3.688/41 – exercício ilegal da profissão) – “flanelinha”. O Termo Circunstanciado narra os seguintes fatos:

“Relata o COMUNICANTE, que estava em patrulhamento quando receberam determinação de que procedessem até a rua cinco, próximo ao mercadinho do bairro B, pois no CIOSP estariam chegando reclamações de que neste local havia pessoas trabalhando como “flanelinhas”; Que, tais pessoas não quiseram de identificar ou vir a esta UPAJ; Que, no local identificaram os nacionais X e Y e constataram que, de fato, ambos estavam trabalhando como “flanelinhas”; Que, diante dos fatos, conduziram ambos para esta DP para fins de registro.”

Irresignado, o Ministério Público apela da sentença, pugnando pela sua reforma, ao argumento de que existe lei regulamentando o exercício da “profissão de flanelinha”, mencionando a lei federal n.º 6.242/75, cujo art. 1º assevera o seguinte: “O exercício da profissão de guardador e

lavador autônomo de veículos automotores, em todo o território nacional, depende de registro na Delegacia Regional do Trabalho Competente”.

Aduz o Apelante, que a lei estadual n.º 2.077/1993, por seu turno, que regulamente esta mesma matéria no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, exige que o registro dos trabalhadores na delegacia de polícia da área onde exercerão suas atividades, inclusive, para os guardadores autônomos de veículos (ou não sindicalizados).

Sustenta, ainda, que mencionadas leis trazem a previsão de necessidade de disciplina municipal apenas para o caso de lavadores de veículos, na forma do art.4º da lei 6.242/75, e quando se tratar de logradouro estadual, na forma do art. 2º da lei 2.077/93. Daí, entender o Apelante que existe previsão legal para o exercício da atividade de “flanelinha”, a configurar a tipicidade da conduta perpetrada pelos autores do fato.

Por essas razões, pugna o Apelante pelo conhecimento e provimento do apelo para reformar a sentença monocrática e determinar o prosseguimento do feito.

Às fls. 55/67, são depositadas as contrarrazões dos Apelados X e Y, prestigiando a sentença guerreada.

Às fls. 72/75, é lançado parecer ministerial, pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação.

Eis o relatório. Passo ao voto.

VOTO

Na esfera do Código Penal, compreende-se como crime de exercício irregular da profissão em 03 (três) hipóteses: o exercício da medicina, arte dentária ou farmacêutica. A propósito, vale sublinhar norma penal incriminadora inserida no capítulo contra a Saúde Pública.

A substância da lei das contravenções penais absorve todas as demais hipóteses de exercício ilegais de profissões.

Importa observar que o comando normativo se refere ao exercício de uma profissão. Na dicção das construções pretorianas afetas ao direito penal, a profissão não se confunde como o ofício. A distinção reside na dimensão da intelectualidade, pois na profissão, para o direito penal, a atividade intelectual sobrepuja a atividade física, como o advogado, o engenheiro, o arquiteto, o psicólogo e tantos outros profissionais.

No que concerne à atividade econômica, a construção normativa penal não pode ser ampliada como uma espécie de antídoto à própria incúria administrativa, no que se refere à regulamentação dos estacionamentos em áreas públicas.

Se o agente legitimado está impedido de trabalhar em razão de ameaça ou outras práticas nefastas, a hipótese exige uma outra espécie de combate, assim como nas hipóteses de condutas extorsionárias.

Uma pessoa tomando conta de automóvel na rua não pode ter a conduta assentada no exercício ilegal de uma atividade. Exercício ilegal de atividade exige uma elementar: econômica. Estabelecimento comercial sem alvará, ou qualquer outra prática não obediente às condições que a lei exige para o seu exercício.

A existência da lei federal 6.242/75, a propósito, assinada pelo então Presidente Ernesto Geisel, não parece apta a transformar a simples atividade de um flanelinha de rua em profissional qualificado.

Observe-se que a Constituição Federal, art. 5º, XIII, assevera como garantia fundamental que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Isso significa que o trabalho é livre, que a lei não pode limitar o seu exercício, salvo nos casos em que são indispensáveis as qualificações profissionais específicas. Ora, qual a qualificação profissional necessária para ser lavador ou guardador de carro?

Não é necessário frequentar a faculdade ou fazer um curso. Sequer é necessário ser alfabetizado. Daí, a existência de lei regulamentadora, na perspectiva do direito penal não se pode conceber tal atividade como uma profissão. A propósito, imagina-se o gasista da esquina, o pintor, o electricista

“quebra galho”, marceneiro e tantos outros que integram o cotidiano da vida de relação.

Assim, não se pode buscar um ajustamento, a ponto de conceber o flanelinha como profissão regulamentada para resolver problemas no convívio social que, como sabido, nascem da própria desorganização administrativa.

Apenas para a real caracterização da impropriedade, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, declarou a inconstitucionalidade de uma norma que exigia o diploma para o exercício da profissão de jornalista. Se não há exigência para ser jornalista, o que dizer da exigência para ser flanelinha.

Observo que o elemento fundamental reside justamente na natureza da atividade, pois nem de longe, guardar veículos em via pública pode ser concebido como uma profissão, como um arquiteto, psicólogo, advogado, dentre outras.

Sob tais fundamentos, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2012.

MURILO KIELING

JUIZ DE DIREITO

RELATOR

APELAÇÃO – PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL - ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA – ANTECEDENCIA CRIMINAL - NECESSIDADE DE TUTELA DA INCOLUMIDADE PÚBLICA – DESPROVIMENTO. (APELAÇÃO CRIMINAL N.º 0002429-31.2011.8.19.0007. JUIZ MURILO KIELING. JULGADO EM 28 DE SETEMBRO DE 2012)

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta por X (fls. 128/136), em face da r. sentença de fls. 117/127, proferida pelo ilustrado Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal da Comarca de Barra Mansa, que julgando procedente a pretensão punitiva estatal, **condenou-o** a pena de 02 (dois) meses de prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora por dia de condenação, como incurso nas sanções do artigo 28 da Lei 11.343/2006, observando-se o disposto no § 5º do mencionado artigo, bem como o disposto no artigo 46, § 3º do Código Penal. A denúncia narra os seguintes fatos:

“No dia 26 de janeiro de 2011, por volta das 19 horas e 50 minutos, na Rua B, Centro, nesta Comarca, o denunciado, com vontade livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, trazia consigo, para consumo pessoal, 0,7g (sete decigramas) da substância entorpecente cloridrato de cocaína, vulgarmente conhecida como “crack”, consistente em três pedras na cor amarela clara, estando cada uma envolta por papel do tipo alumínio, conforme atestaram o laudo prévio de fl. 08 e laudo definitivo que será oportunamente juntado aos autos. Policiais militares, em patrulhamento pelo local, avistaram o denunciado X em atitude suspeita, momento em que decidiram abordá-lo. Na abordagem, os policiais encontraram na boca de L a substância entorpecente apreendida, tendo este confessado que usaria a droga juntamente com Y e Z, os quais o aguardavam

na casa deste. Assim agindo, o denunciado praticou a conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/06”.

O Apelante argui a preliminar de nulidade do processo, desde a audiência de instrução e julgamento, ao argumento de que o representante do Ministério Público deixou de oferecer proposta de transação penal e de suspensão condicional do processo, fundamentando-se no fato de o acusado possuir anotações, sem resolução final de mérito e, em homenagem ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, tais anotações, não podem desfavorecer o Apelante.

No mérito, sustenta a atipicidade da conduta, entendendo que o consumo pessoal de substância entorpecente, proibida ou permitida, insere-se na seara privada do indivíduo, encontrando-se sob a tutela das garantias constitucionais da privacidade e da intimidade, não sendo legítimo à sociedade questionar *manu militari* tal opção, mesmo porque a autolesão não configura fato penalmente relevante.

Nesta esteira, requer o Apelante seja recebido o presente recurso, acolhendo-se a preliminar arguida, para anular a sentença monocrática, determinando-se o encaminhamento do feito ao Procurador Geral de Justiça, para que se pronuncie acerca do cabimento da formulação de eventual proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo e, em sendo ultrapassada, no mérito, requer a reforma da sentença para absolvê-lo, ante a atipicidade da conduta imputada e, subsidiariamente, para que seja aplicada ao Apelante somente a pena de advertência.

Por fim, formula prequestionamento visando eventual manejo de recursos extraordinário ou especial, sejam analisadas as questões relacionadas às eventuais violações aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como do art. 93, inciso IX, da CRFB e às normas contidas na Lei 9.099/95, bem como ao princípio da lesividade (artigo 98, inciso I, da CRFB).

Às fls. 138/141, são depositadas as contrarrazões do Ministério Público, pugnando pelo não provimento do recurso.

Às fls. 143/147, já no ambiente deste colegiado, o ilustrado defensor público com atuação junto a esta Turma, oferece aditamento às razões de recurso, para reiterar a tese defensiva, sustentando que o tipo legal do art. 28 da Lei 11.343/06 ofende ao princípio da inviolabilidade à vida privada e a intimidade, pugnando, por isso, pela reformar da sentença guerreada, ante a atipicidade da conduta imputada ao Apelante.

Às fls. 149/155, é lançado parecer ministerial, pugnando pelo conhecimento e improvimento do apelo.

Eis, o relatório. Passo ao voto.

VOTO

A preliminar arguida, de nulidade do processo, não merece acolhimento, eis que o representante do Ministério Público fundamentou as razões pelo não oferecimento de proposta de transação penal, bem como pelo não oferecimento de suspensão condicional do processo, por não fazer jus o acusado a tais benefícios, por constar em sua folha de A (fls. 55/58) anotações de furto e roubo, este último com emprego de arma de fogo, respondendo, ainda, no mesmo juízo, pela mesma prática delituosa inculpada no artigo 28 da lei de drogas, onde em audiência de instrução e julgamento, seu defensor assim se manifesta (fls. 80): “o denunciado admite ser usuário e busca tratamento adequado, já tendo tomado as devidas providências a respeito. Requer, portanto, o benefício da lei”.

Quanto ao mérito, melhor sorte não possui o Apelante.

O delito previsto pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 é de perigo presumido ou abstrato, possuindo aplicabilidade em nosso sistema repressivo.

O princípio da insignificância não pode ser utilizado para neutralizar, praticamente *in genere*, uma norma incriminadora. Se esta visa às condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo tóxico para exclusivo uso próprio é porque alcança, justamente, aqueles que portam (usando ou não) pequena quantidade de drogas, como no caso, 0,7g (sete decigramas) de cloridrato de cocaína, na forma conhecida como “crack”, visto que dificilmente

alguém adquire, guarda ou traz consigo, para exclusivo uso próprio, grandes quantidades de tóxicos. A própria resposta penal guarda proporcionalidade, pela Lei Penal Especial, porquanto a privação da liberdade, sequer terá cabimento.

Acoimar de ruim o sistema legal e deixar de aplicar a regra legal expressa traduz uma espécie de atividade legiferante transversa, em contrariedade ao próprio ordenamento jurídico.

Um equívoco acreditar que a posse de substância entorpecente estaria legitimada pelo direito de inviolabilidade da vida privada. Há muito já se consolidou que o homem não é punido pela lesão que causa a si mesmo, em razão do uso de droga, mas sim, pela necessidade de tutela da incolumidade pública. Todo portador de drogas gera um risco à sociedade, observado o risco que impõe à saúde pública ao trazer consigo o material tão devastador e corruptivo do corpo e da alma.

Sob tais fundamentos, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Rio de Janeiro, 28 de setembro de 2012.

MURILO KIELING

JUIZ DE DIREITO

RELATOR

APELAÇÃO - JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. POSSE DE DROGA PARA USO PESSOAL. CONFISSÃO REALIZADA EM SEDE POLICIAL. INEXISTÊNCIA DE RETRATAÇÃO DA CONFISSÃO EM JUÍZO. PREVALÊNCIA DA CONFISSÃO SOBRE A REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA PENA DE ADVERTÊNCIA SOBRE OS EFEITOS DAS DROGAS, NOS TERMOS DO ART. 28, I, DA LEI 11.343/2006. SENTENÇA BEM FUNDAMENTADA QUE DEVE SER MANTIDA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO APELO. **(APELAÇÃO Nº0012131-12.2009.8.19.0026. JUIZ MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA. JULGADO EM 27 DE AGOSTO DE 2012).**

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Trata o presente de apelação interposta pela acusação, às folhas 82/84, em que pugna pela reforma da sentença condenatória da lavra do Juízo do Juizado Especial Adjunto Criminal e da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Itaperuna/RJ, de folhas 79/81, (frente e verso), que gerou a condenação do apelado à pena de advertência sobre os efeitos das drogas, pela conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/06, ou seja, uso de entorpecente.

Sustenta o Ministério Público que a Magistrada, embora tenha acertado na condenação, não agiu com acerto ao estipular a compensação entre a reincidência e a confissão no presente caso, falhando na dosimetria da pena; que nenhuma dúvida existe na condição de reincidente do apelado, conforme teor de folhas 10/11 e 59/61; que não há que se falar em compensação entre a agravante genérica de reincidência e a atenuante genérica da confissão espontânea, uma vez que a alegada confissão não existiu nos autos, conforme se infere do interrogatório de folha 49, ocasião em que o apelado preferiu fazer uso do silêncio constitucional; que, em razão do exposto, o *Parquet* requereu que o recurso seja conhecido e, no mérito, provido, a fim de que seja considerada a circunstância agravante genérica da reincidência para efeito de fixação de sua pena.

A Defesa, em contrarrazões de folhas 86/89, sustenta que a sentença deve ser mantida pelos próprios fundamentos, aduzindo que o Juízo *a quo* foi claro no sentido de que a confissão extrajudicial (folha 03) serviu de fundamento complementar à condenação (folhas 80/81); que a Magistrada seguiu o melhor entendimento no sentido de que se a confissão extrajudicial foi efetivamente utilizada para embasar a condenação, a atenuante de confissão espontânea deve ser aplicada, em atenção ao princípio da individualização da pena; que foram trazidos à colação vários julgados do Superior Tribunal de Justiça, que corroboram com a tese defensiva.

O Ministério Público em atuação junto à Turma Recursal, em seu parecer de folhas 99/102, oficia pelo provimento do recurso para que seja aplicada a pena de prestação de serviços à comunidade, esclarecendo que a pena de advertência não atende ao princípio da individualização da pena, em razão da reincidência específica; que a pena aplicada não é suficiente para reprovação e prevenção do delito praticado.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta pela acusação, às folhas 82/84, em que requer a a reforma da sentença condenatória da lavra do Juízo do Juizado Especial Adjunto Criminal e da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Itaperuna/RJ, para que seja modificada a pena aplicada pela prática da conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/06, ou seja, uso de entorpecente, levando-se em conta a reincidência específica.

Compulsando os autos, notadamente o teor da sentença de folhas 79/81, verifica-se que esta não merece qualquer reparo em sua dosimetria, uma vez que o sistema trifásico foi obedecido plenamente, tendo a Magistrada seguido o melhor entendimento jurisprudencial.

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o valor da confissão, conforme Informativo 618 sustentou, dada a relevância da confissão espontânea, que o juiz deve, inclusive, reconhecê-la de ofício. Asseverou, ainda, que o legislador infraconstitucional, no art. 68, do Código Penal, ao determinar que o juiz percorra, na segunda fase da dosimetria, as circuns-

tâncias legais, consistentes nas agravantes e atenuantes, pretendeu enfatizar que o réu que confesse o crime se distingue daquele que dificulta a prestação jurisdicional e até não demonstra qualquer arrependimento, sendo uma atenuante de caráter objetivo, que independe de qualquer subjetivismo do julgador.

Nesta senda, há que se destacar que a confissão realizada em sede policial, ou seja, de modo extrajudicial, serviu como um dos sustentáculos à condenação, devendo na hipótese dos autos preponderar sobre a reincidência, até porque não houve retratação da confissão em juízo, mas tão somente uso do direito constitucional ao silêncio.

Ademais, a própria Lei 11.343/2006 não estabelece qualquer gradação na aplicação das penas previstas no art. 28, incisos I a III, podendo-se presumir que a pena mais branda seria a advertência sobre os efeitos das drogas, o que não levaria inexoravelmente ao raciocínio de que, na hipótese de reincidência, deveria ser aplicada a prestação de serviços à comunidade ou medida educativa.

Por derradeiro, como a Douta Magistrada se valeu do princípio do livre convencimento motivado, inserto no art. 93, IX, da Carta Republicana, tendo contato direto com as provas coligidas e atenta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não merece qualquer reparo a dosimetria realizada.

Assim, voto pelo não provimento do apelo, mantendo-se a sentença pelos próprios fundamentos.

Rio de Janeiro, 27 de agosto de 2012.

MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA

JUIZ RELATOR

ATIVIDADE DE GUARDAR VEÍCULOS – CONDUTA ATÍPICA – AUSÊNCIA DA ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO OU DEFENSOR PÚBLICO - ANULAÇÃO DE TRANSAÇÃO PENAL. (PROCESSO N°. 0018575-33.2012.8.19.0066. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 22 DE AGOSTO DE 2012)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Cuida-se de **HABEAS CORPUS** com pedido liminar para suspender o curso da ação penal distribuída sob o nº. 0012907-77/2011, em trâmite perante a autoridade coatora, até o julgamento do presente HC e, no mérito, requerendo a concessão da ordem para anular a transação penal aceita pelo paciente X, bem como o trancamento do procedimento quanto a ambos os pacientes; que é imputada aos acusados a prática da contravenção prevista no artigo 47 do Decreto-Lei 3688/41 (exercício ilegal de profissão ou atividade), por terem exercido em datas e horários que não se podem precisar, mas notadamente no dia 20 de maio de 2011, a profissão de guardadores de automóveis sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício.

Alega o impetrante, em síntese, que seria atípica a conduta dos pacientes; que a concessão ou denegação da licença trata-se de mero ato administrativo; que a atividade de “flanelinha” não demanda conhecimento técnico ou habilidade específica; que a norma do artigo 47 do Decreto-lei 3688/41 tem como destinatários aqueles que visam a ludibriar a população, fazendo-a acreditar que ostentam certo conhecimento técnico que, na verdade, inexistente; que por óbvio não é o caso dos pacientes que, segundo a acusação, limitava-se à singela atividade de guardar veículos na data apontada na denúncia; acresce, ainda, que não se pode olvidar que a infração penal consistente no exercício ilegal de profissão é dita habitual, motivo pelo qual para sua configuração necessária seria a sua prática reiterada.

Decisão às fls. 09, na qual concedi a liminar requerida.

Informações às fls. 12/15, com juntada de documentos às fls. 16/28, informando que foi oferecida proposta de transação penal aos autores do fato, tendo sido aceita pelo autor do fato X, sendo que o autor do fato Y não compareceu à audiência para o oferecimento da transação penal; que foi oferecida denúncia em face dos dois autores do fato, ora pacientes, uma vez que o autor do fato X não comprovou o cumprimento da TP aceita, até a data da denúncia; que o autor do fato X comprovou posteriormente nos autos o cumprimento integral da TP, tendo sido extinta a sua punibilidade de acordo com o artigo 84, parágrafo único da Lei 9099/95; que até a presente data não foram apresentados pelos pacientes os documentos exigidos por lei para a concessão do registro.

Promoção do Ministério Público, em atuação junto às Turmas Recursais, às fls. 30/33, opinando pela não concessão da ordem.

VOTO

Primeiramente, dos documentos juntados às informações da autoridade apontada como coatora, vê-se, às fls. 22/23, o termo de audiência preliminar, na qual o autor do fato, X, aceitou o benefício da transação penal, dizendo que desejava ser assistido pela Defensoria Pública, sem, no entanto, ver-se qualquer assinatura de Defensor Público que comprovasse estar o mesmo devidamente assistido tecnicamente ao aceitar o benefício. Nula, assim, a transação penal aceita sem a assistência de advogado ou Defensor Público.

Vê-se ainda dos autos, que os pacientes foram detidos e denunciados pela prática da contravenção do artigo 47 da Lei das Contravenções Penais, qual seja o exercício ilegal de profissão ou atividade, por estarem exercendo a profissão de guardadores de automóveis, sem o regular credenciamento junto à Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, nos termos da Lei nº 6242/75.

Não consta dos autos que qualquer dos autores do fato detidos estivesse praticando algum outro delito que pudesse decorrer da atividade de

“flanelinha” por eles exercida, qual seja extorsão, ameaça, furto, etc.

Os diplomas normativos que regulamentam o trabalho de guardador de veículos, no entanto, não fazem qualquer exigência acerca de qualificação técnica profissional, requerendo apenas o registro do trabalhador.

Assim, a jurisprudência majoritária dos Tribunais é segura ao entender atípica a conduta narrada nos autos, já que o exercício da atividade de guardador e lavador de veículos automotores, sem licença, registro ou inscrição na Prefeitura, configuraria apenas infração administrativa, cabendo ao Poder Público, no regular exercício do Poder de Polícia, fiscalizar e reprimir qualquer abuso.

Nesse sentido, vê-se acórdão desta Primeira Turma Recursal, nestes termos:

0032000-10.2009.8.19.0042 (2011.700.026833-0)

Juiz Relator MARCEL LAGUNA DUQUE ESTRADA

... VOTO Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo recorrente contra decisão que rejeitou a denúncia em face dos recorridos com relação ao crime previsto no art. 47, do Decreto-lei n. 3.688/41, pelo exercício da atividade de “flanelinha”. A r. sentença merece ser mantida, porquanto, de fato, não há nos autos notícias de que os autores do fato estivessem importunando ou causando transtornos a quem quer que seja, nem muito menos coagindo ou ameaçando motoristas. Nestas circunstâncias, a mera conduta de se colocar à disposição para tomar conta de automóveis, sem exigir pagamento (seja mediante ameaça ou não), não pode configurar ilícito passível de sanção criminal. Não havendo provas nos autos de maiores ofensas a qualquer bem jurídico penalmente tutelado, é de se prestigiar o decisum que rejeitou a pretensão punitiva. Por tais razões, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso. Rio de Janeiro, 27 de maio de 2011. MARCEL LAGUNA DUQUE ESTRADA, JUIZ RELATOR

Assim, meu voto é pela concessão da Ordem, anulando-se a transação penal aceita pelo paciente X, sem a assistência de advogado ou Defensor Público, bem como determinando o trancamento da ação penal em face dos pacientes, por atipicidade da conduta.

Rio de Janeiro, 22 de agosto de 2012.

SANDRA SANTARÉM CARDINALI

JUÍZA RELATORA

ARTIGO 58 DO DECRETO-LEI 3.688/41 – CONDOTA TÍPICA -INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – PROVIMENTO. (PROCESSO N°. 0003995-18.2011.8.19.0006. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 19 DE AGOSTO DE 2012)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação ofertada por X, devidamente qualificado nos autos, através da Defensoria Pública, impugnando a sentença de fls. 18/19, v., proferida pelo Juízo do JECRIM da Comarca de Barra do Piraí, que julgou procedente a pretensão deduzida na inicial e condenou o apelante, pela prática do delito previsto no artigo 58 do Decreto-Lei 3688/41 (jogo do bicho), fixando-lhe a pena de 04 meses e dez dias de prisão simples e multa de 50 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, consubstanciada na prestação de serviços à comunidade.

Denúncia às fls. 2a/2b.

Registro de ocorrência às fls. 02/03.

Auto de apreensão e apresentação às fls. 08/09.

Laudos de exame de constatação de jogo de azar, às fls. 10.

Certidão de antecedentes do réu, às fls. 12.

Designada AIJ, a mesma teve curso conforme assentada de fls. 17/19, tendo o Ministério Público dito que deixava de ofertar os benefícios legais da transação penal e suspensão condicional do processo, ante a ausência do réu, apesar de citado e intimado. Foi decretada a revelia do réu e recebida a denúncia, tendo sido ouvidas as duas testemunhas presentes, constando os depoimentos da mídia juntada às fls. 20. As alegações finais foram ofertadas oralmente, tendo o Ministério Público e a Defesa pugna-do pela absolvição do réu, nos termos do disposto no artigo 386, VII do

Código de Processo Penal, ante a fragilidade da prova dos autos. Pelo Juízo, foi proferida a sentença condenatória recorrida, entendendo devidamente comprovadas a materialidade e autoria do delito imputado ao réu na inicial.

Apelação às fls. 21, com razões às fls. 22/27, requerendo a absolvição do acusado, ante a atipicidade da conduta a ele imputada, na forma do artigo 386, III, do CPP e, subsidiariamente, a absolvição por insuficiência de provas da autoria e materialidade, com fulcro no artigo 386, VII, também do CPP.

Contrarrazões às fls. 29/31, requerendo o Ministério Público o conhecimento e procedência do recurso, a fim de absolver o apelante com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Promoção da Defensoria Pública, junto a esta Turma Recursal, pugnando pelo reconhecimento de nulidade do feito, por ter sido oferecida denúncia sem fundamentação quanto ao não oferecimento dos benefícios da transação penal e suspensão condicional do processo, sendo que apenas na AIJ teria sido dito da impossibilidade do oferecimento ante a ausência do réu; que também seria incabível a conversão da pena privativa de liberdade de 04 meses de prisão simples em prestação de serviços à comunidade, desrespeitado o artigo 93- IX da Constituição Federal.

Promoção do Ministério Público junto à Turma Recursal às fls. 35/40, pugnando pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, para absolver o acusado das imputações constantes da denúncia, ante a precariedade das provas dos autos.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, por presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Quanto ao mérito, tenho que a tese da atipicidade da conduta descrita na inicial, com aplicação do princípio da adequação social, deve ser afastada. A conduta consistente em anotação do jogo do bicho continua a ser

típica, por prevista no ordenamento jurídico, sendo que se vê atualmente o Estado envidando esforços ainda maiores para reprimir o chamado “jogo do bicho” e a rede criminosa do mesmo advinda. Constitui entendimento majoritário seguro dos Tribunais e das Turmas Recursais no sentido da tipicidade da conduta.

Assiste razão ao recorrente e ao Ministério Público, no entanto, quanto ao cabimento da absolvição do réu, ante a fragilidade da prova produzida nos autos, devendo a dúvida ser necessariamente interpretada a favor do réu, neste momento processual.

Como reconhecido pelo próprio Ministério Público às fls. 39, as testemunhas ouvidas em juízo não descreveram, de forma harmônica e segura, a mecânica dos fatos, e nem se recordaram do apelante. O fato de uma das testemunhas ter reconhecido como sua a assinatura constante do depoimento prestado em sede policial não altera tal conclusão.

Assim sendo, entendo que não se encontra nos autos o juízo de certeza necessário a um decreto condenatório.

Como ressaltado pelo Ministério Público junto a esta Turma Recursal às fls. 40, os demais argumentos defensivos, em especial quanto a nulidades no feito, restam prejudicados ante o cabimento do juízo absolutório do recorrente. Isto posto e, tendo em vista tudo o que dos autos consta, meu voto é pelo provimento do recurso, absolvendo-se o réu, com fundamento no disposto no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal.

Rio de Janeiro, 19 de agosto de 2012.

SANDRA SANTARÉM CARDINALI

JUÍZA RELATORA

CRIME CONTRA O IDOSO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA LEI 9.099/95 DENTRO DE SUA COMPETÊNCIA. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DE TAIS BENEFÍCIOS NA ADI Nº 3.096/DF, NOS CRIMES CUJA PENA MÁXIMA ABSTRATA NÃO ULTRAPASSE QUATRO ANOS. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PRELIMINAR PARA COMPOSIÇÃO CIVIL E PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL, POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DA DECISÃO DO STF. FUNDAMENTAÇÃO POSTERIOR, BEM DEPOIS DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, QUE NEGA OS BENEFÍCIOS COM ALEGAÇÃO DE GRAVIDADE DOS FATOS E DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA A ACUSADA, COM DATA DE 10 DE FEVEREIRO DE 2011, BEM POSTERIOR AO REGISTRO DA OCORRÊNCIA DESSES AUTOS, 25 DE MARÇO DE 2010. EVIDENTE PREJUÍZO DA DEFESA, POR AUSÊNCIA DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS, SEM FUNDAMENTAÇÃO, NO MOMENTO OPORTUNO. NULIDADE TAMBÉM PELA AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PRELIMINAR, NA QUAL SERIA POSSÍVEL A COMPOSIÇÃO CIVIL, INDEPENDENTE DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO, PARA ANULAR O PROCESSO ATÉ O MOMENTO DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR, COM CUMPRIMENTO DO RITO DA LEI 9.099/95, DEVENDO SER PROPOSTA OU FUNDAMENTADA A NEGAÇÃO DA PROPOSTA DOS BENEFÍCIOS COM ANÁLISE JUDICIAL DE EVENTUAL APLICAÇÃO DO ARTIGO 28 DO CPP. **(APELAÇÃO Nº 0171223-67.2010.8.19.0001. JUIZ MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA. JULGADO EM 27 DE ABRIL DE 2012)**

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela Defesa contra sentença da lavra do Douto Juízo do I Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital/RJ, de folhas 591/601, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando a acusada na pena do artigo 99 da Lei 10741/2003 em

dois meses de detenção e dez dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída pela pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade.

A Defesa requer, em suas razões recursais, de folhas 614/641, preliminarmente a anulação do processo para aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9099/95, a reforma da sentença para absolvição da acusada por atipicidade, a reforma da sentença para absolvição da acusada por insuficiência de provas e por fim, a reforma da sentença para aplicação tão somente da pena pecuniária.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às folhas 727/728. Com relação à preliminar, sustenta que a Apelante não faz jus aos benefícios da Lei 9099/95 em virtude da gravidade dos fatos e por responder a processo perante a 37ª Vara Criminal da Comarca da Capital. No mérito, sustenta a sentença condenatória nos seus termos.

Nesta Turma Recursal, o Ministério Público apresentou parecer, às folhas 734/740, pelo conhecimento e improvimento do recurso, sustentando serem incabíveis as medidas despenalizadoras. No mérito sustenta a condenação, sustentando ainda a pena aplicada.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela Defesa contra sentença condenatória em crime contra idoso. A Defesa apresenta liminar de nulidade consistente na ausência de proposta das medidas despenalizadoras, bem como pelo descumprimento de procedimento previsto na Lei 9099/95.

O fato é registrado em 25 de março de 2010. Não houve designação de Audiência Preliminar. A denúncia é oferecida em 14 de fevereiro de 2011. Em despacho às fl. 250, decide-se pelo não cabimento da proposta de transação penal ou de composição civil ou de suspensão condicional do processo, em virtude do decidido na ADI nº 3096/DF.

O que se decide nesta ADI é pela não aplicação dos benefícios da Lei 9099/95, nos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade seja superior a dois anos e não ultrapasse a quatro anos.

Na audiência de Instrução e Julgamento, quando é recebida a denúncia (fl. 302 e 303), ratifica-se o entendimento de que a decisão do Supremo se aplicava ao presente caso, não havendo proposta quer de transação penal, quer de suspensão condicional do processo. Há várias assentadas de Audiências de Instrução e Julgamento, posteriores à primeira, e numa delas (fl. 502/503), o Ministério Público se manifesta acerca dos benefícios despenalizadores, afirmando que deixa de apresentar proposta de transação penal e suspensão condicional do processo, tendo em vista “tratar-se de crime grave cometido contra idoso e de estar a acusada respondendo a processo criminal perante o Juízo da 37ª Vara Criminal”. Não há decisão judicial sobre este tema naquela oportunidade. A denúncia mencionada está à fl. 229/231 dos autos, refere-se a crime que faz parte do mesmo conjunto de fatos do presente processo, ou seja, indução de pessoa idosa sem discernimento a outorgar procuração, e é datada de 10 de fevereiro de 2011, ou seja, quase um ano após o registro de ocorrência destes autos.

Entendo que há nulidade, uma vez que não houve audiência preliminar, sem justificativa legal. A fundamentação apresentada para ausência de proposta das medidas despenalizadoras, apresentada na época, a decisão do Supremo Tribunal Federal, é inaplicável aos crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a dois anos. Entendo que a justificativa posterior, bem depois do recebimento da denúncia, não tem o poder de sanar a nulidade, até porque quando do momento oportuno para a Audiência Preliminar, não havia denúncia oferecida no outro processo. É evidente que não se pode admitir, com todas as vênias, recusa de proposta fundamentada na gravidade dos fatos, pois tal recusa fere o disposto na Lei e se harmoniza com a equivocada interpretação da decisão da Suprema Corte.

Também deve ficar registrado ser possível composição civil mesmo quando a ação é pública incondicionada, quando há vítima direta, conforme Enunciado 99 do Fonaje.

ENUNCIADO 99 - Nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal (Nova redação, aprovada no XXIII Encontro – Boa Vista/RR).

Assim, voto pelo conhecimento e provimento do recurso, para anular o processo até o início, ou seja, a fase de Audiência Preliminar, para que seja seguido o rito da Lei 9099/95, designando-se Audiência Preliminar para tentativa de composição civil e apresentação de proposta de transação penal ou fundamentação para sua não apresentação, devendo ser apreciada, na hipótese de não apresentação, a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Rio de Janeiro, 27 de abril de 2012.

MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA

JUIZ RELATOR

DESACATO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO – NÃO COMPROVAÇÃO NOS AUTOS - DECRETO ABSOLUTÓRIO SE IMPÕE – PROVIMENTO. (PROCESSO Nº. 0023621-45.2010.8.19.0204. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 12 DE ABRIL DE 2012)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação ofertada por X, devidamente qualificado nos autos, patrocinado pela DEFENSORIA PÚBLICA, impugnando a sentença condenatória de fls. 54/55, que julgou procedente a denúncia e condenou o réu apelante como incurso nas penas do artigo 331 do Código Penal, fixada a pena em 06 (seis) meses de detenção, convertida em duas penas restritivas de direito, consistentes em duas prestações de serviços à comunidade ou entidades públicas, nos termos do disposto no artigo 44 do Código Penal, condenado ainda o réu ao pagamento das despesas processuais.

Denúncia às fls. 2a/2b, imputando ao acusado a prática do delito do artigo 331 do Código Penal (desacato), pelos seguintes fatos:

“... No dia 14 de março de 2010, por volta de 09h44min, na “Ponte da Vargem Grande”, no bairro Vargem Grande, em via pública, nesta Comarca, o denunciado, consciente e voluntariamente, desacatou policiais militares no exercício de suas funções.

Na ocasião, policiais militares faziam patrulhamento de rotina, quando foram solicitados a comparecer no aludido lugar a fim de conterem um tumulto. Ao chegarem ao local não havia mais tumulto, sendo certo, porém, que ao passarem em frente ao bar em que o denunciado se encontrava, este faltou com o respeito dos policiais militares, na medida em que os “mandou tomar no cu” ...”.

Registro de ocorrência às fls. 02/03.

Certidão de antecedentes do réu, às fls.07/08, e fls. 15/18.

Por incabível transação penal e suspensão condicional do processo, ante os antecedentes criminais do réu, foi designada AIJ, que teve curso conforme assentada de fls.32/33, quando foi recebida a denúncia, ouvidas as duas testemunhas arroladas (fls.34 e 35) e interrogado o denunciado (fls. 36).

F.A.C do acusado às fls. 38/43.

Alegações finais do Ministério Público às fls. 44/47, requerendo a procedência da denúncia com a condenação do acusado.

Alegações finais da Defesa às fls. 48/52, requerendo a absolvição do acusado, ante a fragilidade da prova produzida nos autos.

Sentença recorrida às fls. 54/55, condenando o réu na forma da denúncia.

Apelação às fls. 67, com razões às fls. 63/73, requerendo: a) seja o réu absolvido; b) caso assim não se entenda, seja-lhe aplicada a pena de multa, fixando-se o valor do dia-multa no mínimo legal; c) subsidiariamente, seja substituída a pena privativa de liberdade por apenas uma pena restritiva de direitos.

Contrarrazões às fls. 75/82, requerendo o conhecimento e improcedência do recurso, mantendo-se a decisão impugnada.

Promoção do Ministério Público junto à Turma Recursal às fls. 84/89, pugnano pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, por presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Quanto ao mérito, ante a fragilidade da prova produzida nos autos, tenho que o recurso deva ser provido, de forma a absolver-se o réu da imputação que lhe é feita nos presentes autos.

Apesar dos fatos terem ocorrido nas proximidades de um bar aberto, segundo a testemunha Y, ninguém foi arrolado como testemunha, nem mesmo funcionários do estabelecimento, já que os demais frequentadores aparentavam estar embriagados (fls. 35).

Dessa forma, foram arrolados como testemunhas na denúncia, apenas os dois policiais vítimas diretas que teriam detido o acusado.

Da leitura que se faça dos depoimentos prestados por essas únicas duas testemunhas, vê-se que os mesmos não são harmônicos, seguros e uniformes, quanto à mecânica dos fatos e o atuar doloso do réu, de forma a poder ser fundamentado um decreto condenatório.

A testemunha Z relatou em juízo que “... estavam na patamo, em ronda, quando receberam comunicação sobre um tumulto na localidade que precisava ser contido; procedendo ao local, não identificaram o tumulto noticiado, que já havia se dissipado; contudo, ao passarem de viatura em baixa velocidade, procurando pelo tumulto, perceberam o réu muito exaltado, aparentemente bêbado; o depoente não ouviu o xingamento, mas uma das pessoas na patamo ouviu quando o réu proferiu o xingamento “vai tomar no cu” e que “essa turma é um bando de filhos da puta”; não ouviu os xingamentos porque estava com armamento, sentado atrás do banco do motorista, enquanto o réu estava do outro lado da viatura; que não se recorda se o réu estava dentro ou fora do bar, mas ele certamente estava no bar; que em razão do xingamento foram abordar o réu ... que não se recorda se o réu comentou o motivo do xingamento ou não; que o depoente não se recorda se o réu falou sobre a autoria do xingamento, tendo confessado ou negado sua prática; que não se recorda se o bar onde estava o réu estava aberto ou não, e se havia outras pessoas no bar ou não ... que observou que o réu estava aparentemente bêbado; o réu exalava cheiro de bebida ... que o depoente pessoalmente não escutou os xinga-

mentos, mas sabe que alguém ouviu e foi discutido dentro da viatura se os xingamentos foram voltados para a guarnição ou não ...” (fls. 34/34,v).

Já a segunda testemunha ouvida, Y, policial militar que também participou da diligência, relatou em juízo que “... o depoente e o colega Z estavam na viatura ... que ouviram quando o réu proferiu o xingamento “vai tomar no cu”; que os dois policiais ouviram o xingamento porque o réu falou alto, mas não chegou a gritar ... que o réu nada falou sobre a autoria do xingamento, não tendo confessado nem negado sua prática ... durante o trajeto até a delegacia de polícia, o réu ficou reclamando, mas o depoente não ouviu outros xingamentos ... que o bar estava aberto ... que não observou se o réu estava bêbado, apesar de exalar cheiro de bebida ...” (fls. 35/35,v.).

O réu, ao ser interrogado em juízo, negou a prática do delito que lhe é imputado, informando que de fato teve confusão com outro homem no bar, tendo essa pessoa inclusive “sacado uma faca para tentar esfaquear o depoente”; que depois que a briga foi separada, o depoente saiu de dentro do bar e ficou na rua fazendo toda sorte de xingamentos em relação à pessoa que tinha tentado feri-lo, mas a guarnição, que estava tentando procurar o tumulto, achou que os xingamentos eram para eles; que o dono do bar, V, tentou dizer para eles que o depoente estava alterado de bebida e xingando o agressor, mas os policiais não deram ouvidos ... (fls. 36/36,v).

Dessa forma, vê-se de forma clara que a prova produzida não confirmou de maneira segura a mecânica dos fatos, bem como que o réu tenha efetivamente agido com o dolo necessário a desacatar os policiais. Ao contrário, o depoimento do policial Z em grande medida confirma a versão dos fatos fornecida pelo acusado, já que relatou que na viatura chegaram os policiais a discutirem se os xingamentos (que a testemunha disse não ter pessoalmente ouvido) foram voltados para a guarnição ou não.

Assim sendo, por não ter sido comprovado nos autos, de forma segura e estreme de dúvidas, ter o réu cometido o delito que lhe é impu-

tado, com o dolo que lhe é inerente, penso que o decreto absolutório se impõe. A dúvida, nesse momento processual, deve ser interpretada a favor do réu.

Isto posto, e tendo em vista tudo o que dos autos consta, meu voto é pelo provimento do recurso, absolvendo-se o réu, com fundamento no disposto no artigo 386, VII do Código de Processo Penal.

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2012.

SANDRA SANTARÉM CARDINALI

JUÍZA RELATORA

RECURSO. LESÃO CORPORAL CULPOSA DE TRÂNSITO. RENÚNCIA DA VÍTIMA. FALTA DE PERMISSÃO OU HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CONHECIMENTO DO RECURSO. PROVIMENTO. REPUTA-SE TEMPESTIVO O RECURSO PORQUANTO A DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE TRANSAÇÃO PENAL, PROFERIDA EM CARÁTER CONDICIONAL, NÃO PODE SER REPUTADA COMO SENTENÇA. A CIÊNCIA POSTERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA ACEITAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL, SEM MANIFESTAÇÃO DE OPOSIÇÃO, SUPRE A AUSÊNCIA DO DEFENSOR PÚBLICO NA AUDIÊNCIA PRELIMINAR. A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA RENÚNCIA AO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA DAS LESÕES CORPORAIS CULPOSAS NO TRÂNSITO, SE ESTENDE AO CRIME DE DIREÇÃO SEM HABILITAÇÃO ABSORVIDO PELO PRIMEIRO. **(RECURSO N° 0140673-97.2008.8.19.0021. JUIZ ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO. JULGADO EM 27 DE JANEIRO DE 2012)**

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pela defesa técnica contra decreto que declarou extinta a punibilidade do Autor do fato em razão do cumprimento de transação penal, na forma dos artigos 76, §§ 4º e 6º, e 84, parágrafo único, da Lei 9.099/95, em procedimento que versa sobre a prática, em tese, do delito tipificado no artigo 309 da Lei 9.503/97.

Salienta que houve renúncia da vítima ao direito de representação, no que tange à lesão corporal culposa de trânsito.

A defesa pugna pela desconstituição da transação penal homologada e a extinção da punibilidade do fato descrito no Termo Circunstanciado, nos termos do artigo 74 da Lei 9.099/95, observado o princípio da especialidade, consoante entendimento jurisprudencial uniformizado da 5ª e 6ª

Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta, outrossim, que a hipótese em apreço é da competência do Juízo singular, consoante disposição do artigo 303, parágrafo único, em conjugação com o artigo 302, parágrafo único, inciso I, ambos da Lei 9.503/97.

Argumenta o Ministério Público com atribuição no juízo *a quo* que o recurso não merece provimento, vez que intempestivo.

Aduz que a Defensoria Pública foi cientificada da sentença que homologou a transação penal mais de um ano antes da interposição do remédio jurídico previsto no artigo 76, § 5º, da Lei 9.099/95.

Argui que a defesa técnica carece de interesse de agir, tendo interposto o recurso contra a vontade do titular do direito, a Autora do fato, que não foi cientificada da existência da apelação.

Em aditamento, a Defensoria Pública que atua nesta Turma Recursal ressalta que não restou comprovado nos autos ter sido a Autora do fato assistida por advogado ou pela Defensoria Pública na audiência preliminar em que aceitou a proposta de transação penal, caracterizando ofensa ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa.

Observa que também não consta prova da presença do Ministério Público naquele ato.

Parecer do Ministério Público junto à Turma Recursal considera que a arguição de nulidade desde a audiência preliminar merece ser acolhida, por ofensa ao disposto no artigo 72 da Lei 9.099/95.

Opina, no mérito, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Reputa que o delito de lesão corporal de trânsito perpetrado por autor sem habilitação não absorve a infração penal descrita no artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro, este de natureza subsidiária e procedido por ação penal pública incondicionada.

Destaca que o crime de direção sem habilitação é de menor potencial ofensivo, sendo competente para o julgamento do feito o Juizado Especial

Criminal, em relação ao delito remanescente, haja vista a renúncia da vítima ao direito de representação no que concerne ao crime do artigo 303 da Lei 9.503/97.

VOTO

Inicialmente, cumpre apreciar as questões suscitadas pelo Ministério Público, quando do oferecimento de suas contrarrazões, no tocante ao juízo de admissibilidade do recurso.

Nesta análise, reputa-se, de logo, tempestivo o recurso porquanto a decisão de fls. 20, em que pese intitulada como tal, não pode ser tida por sentença, mormente em se considerando ter sido proferida em caráter condicional.

Na medida em que a validade do *decisum* restou condicionada ao cumprimento da obrigação assumida quando da aceitação da proposta de transação penal, não pode ser o ato judicial interpretado como de caráter terminativo.

Na realidade, deve ser reputado como sentença o ato de fls. 31, decisão que desafiou a interposição do recurso que ora se aprecia.

Por outro lado, não merece acolhida a alegação de nulidade processual pelo fato de o Autor do Fato não ter contado com assistência jurídica quando da aceitação da proposta de transação penal.

Com efeito, no ato em que tomou conhecimento da proposta de transação penal ofertada pelo Ministério Público, não contou o Autor do Fato com assistência de profissional da área jurídica.

Todavia, a Defensoria Pública, consoante manifestação de fls. 20, tomou ciência da referida aceitação, circunstância que, s.m.j., supre a falta de assistência quando da apresentação da proposta.

Ora, se tal aceitação fosse prejudicial ao transator, sob o prisma técnico, a Defensoria Pública, por certo, teria adotado as providências cabíveis.

Não se pode olvidar, por fim que, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, o reconhecimento de qualquer nulidade exige a demonstração do prejuízo decorrente, consoante previsão contida no par. 1º. do art. 65 da Lei no. 9099/95.

No caso em exame, possível prejuízo não restou demonstrado, tendo em vista que a parte contou com defesa técnica no procedimento, que não manifestou oposição à aceitação da proposta de transação penal.

Ora, no caso em exame, destaque-se, o transator honrou a obrigação assumida quando da aceitação da transação penal.

Deste modo, reputa-se afastada a arguição preliminar de nulidade.

Contudo, a Defensoria Pública, quando da interposição do recurso, postula a aplicação do princípio da especialidade, sustentando que o delito previsto no artigo 309 foi absorvido pelo de lesão corporal culposa de trânsito, o que acarretaria a extinção da punibilidade, independentemente de aceitação da transação penal, em razão da renúncia da vítima.

Impende, para o deslinde da controvérsia, a análise do pleito, à luz da melhor doutrina, considerando não o princípio da especialidade, como sustentado pela defesa técnica, mas o da consunção.

Neste âmbito, convém citar a lição de Cezar Roberto Bitencourt¹:

“Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, **há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta.** Na relação consuntiva, os fatos não se apresentam em relação de gênero e espécie, mas de *minus* e *plus*, de continente e conteúdo, de todo e parte, de inteiro e fração.

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral, 13ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p.201.

“Por isso, o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano. A norma consuntiva constitui fase mais avançada na realização da ofensa a um bem jurídico, aplicando-se o princípio *major absorbet minore*. [...] A norma consuntiva exclui a aplicação da norma consunta, por abranger o delito definido por esta. Há consunção, quando o crime-meio é realizado como uma fase ou etapa do crime-fim, onde vai esgotar seu potencial ofensivo, sendo, por isso, a punição somente da conduta criminosa final do agente.”

Leciona Fernando Capez², quando da análise do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo:

“Há que ressaltar que a Lei n. 9.503/97 criou diversos crimes que se caracterizam por uma situação de perigo (dano potencial) e que ficarão absorvidos quando ocorrer o dano efetivo (lesões corporais ou homicídio culposo na direção de veículo automotor). É o caso dos crimes de embriaguez ao volante, participação em corrida não autorizada (racha), direção de veículo sem habilitação, entrega da direção a pessoa não habilitada e excesso de velocidade em determinados locais (arts. 306, 308, 309, 310 e 311).” (grifos nossos)

Nesse sentido, ementa de julgado da Turma Recursal Criminal deste Tribunal de Justiça:

2011.700.013209-1 -

Juiz(a) JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO - Julgamento: 25/03/2011 -

Impetrante: Defensor Público Paciente: Fabiano Barcellos Coa-

² CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, legislação penal especial, volume 4, 3ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p.295/296.

tor: *Jecrim Duque de Caxias HABEAS CORPUS. PENAL. FALTA DE HABILITAÇÃO E LESÕES CORPORAIS CULPOSAS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. ART. 309 E ART. 303, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTB. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DAS VÍTIMAS. ABSORÇÃO DO PRIMEIRO DELITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE RESULTANDO EM ARQUIVAMENTO QUANTO À FALTA DE HABILITAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 1. A questão já se acha pacificada nas Cortes Superior e Suprema, não havendo controvérsia no sentido de que o crime de lesão corporal culposa absorve o delito de direção sem habilitação. 2. A direção sem habilitação serve como causa de aumento de pena para o crime de lesões. 3. Extinta a punibilidade do agente pela decadência do direito de representação da vítima das lesões implica em necessário arquivamento do feito com relação ao crime de direção sem habilitação, absorvido pelo primeiro. 4. Configura constrangimento ilegal a manutenção de procedimento por infração de menor potencial ofensivo inviável, com a submissão do denunciado a processo natimorto. 5. Ordem concedida. ACÓRDÃO VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos do Habeas Corpus nº 291-78, ACORDAM os Juízes de Direito da Turma Recursal Criminal do Sistema dos Juizados Especiais em conceder a ordem para determinar o trancamento do procedimento penal de menor potencial ofensivo, nos termos do voto do relator. Sem custas. Rio de Janeiro, 25 de março de 2011. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO JUIZ DE DIREITO RELATOR Trata-se de Habeas Corpus pretendendo trancamento de procedimento por crime de menor potencial ofensivo previsto no art. 309 do CTB. Alega-se absorção do crime previsto no art. 309 pelo crime de lesões culposas e que, tendo havido renúncia à representação, implicando em extinção da punibilidade, não haveria como se prosseguir com o procedimento em relação ao crime absorvido. A matéria é exclusivamente de direito, razão pela qual se dispensa informações. A vítima do crime de lesões não exerceu seu direito de representação formalmente, o que inabilita o Ministério Público a propor transação penal com relação a este crime, pretendendo subsistir a direção sem habilitação. Consoante reiterada jurisprudência do STF e do STJ há absorção do*

crime de direção sem habilitação pelo crime de lesões corporais culposas em acidente de trânsito, já que o próprio Código de Trânsito trata aquela infração como mera causa de aumento de pena para o crime de lesões. Neste sentido, cito o voto da Exm^a Ministra LAURITA VAZ, no HABEAS CORPUS Nº 25.082 - SP (2002/0139747-3): “A questão não comporta mais controvérsia nas Cortes Superiores, que já pacificaram o entendimento de que o crime de lesão corporal culposa (art. 303 do CTB) absorve o delito de direção sem habilitação (art. 309 do CTB), funcionando este como causa de aumento de pena (art. 303, parágrafo único, do CTB). Destarte, extinta a punibilidade do agente em face da expressa renúncia da vítima ao direito de representação pelo delito de lesão corporal, também fica extinta a punibilidade com relação ao crime de direção sem habilitação, menos grave, porquanto absorvido. Confira-se: “HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CRIMES DE DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM A DEVIDA HABILITAÇÃO E LESÕES CORPORAIS CULPOSAS. ARTS. 303, PARÁGRAFO ÚNICO; E 309 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - CTB. ABSORÇÃO. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. Por meio do disposto no art. 309 do CTB, pretendeu o legislador punir não apenas o fato de dirigir sem habilitação, mas, também, a efetivação por parte do agente do perigo de dano, que, no caso, foi produzido pelo agente quando, ao conduzir veículo sem estar habilitado, causou lesão corporal culposa em terceiro (art. 303, parágrafo único, do CTB). Extinta a punibilidade em face da renúncia expressa da vítima ao direito de representar contra o paciente pelo crime de lesão corporal culposa na direção de veículo, qualificada pela falta de habilitação, configura-se constrangimento ilegal a continuidade da persecução criminal instaurada contra ele pelo crime menos grave de direção inabilitada, absorvido que fora por aquele, de maior gravidade. Entendimento assentado pela Primeira Turma no HC nº 80.041, Relator Ministro Octavio Gallotti. Habeas corpus deferido para trancar a ação penal.” (STF - HC 80422/MG, Primeira Turma, acórdão unânime, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 02/03/2001.) “HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRA-

SILEIRO. CRIME DO ART. 309. ABSORÇÃO PELO DO ART. 303. FALTA DE REPRESENTAÇÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. O agente que causa lesão corporal a outrem, ao dirigir veículo, em via pública, sem habilitação, responde pelo delito de lesão corporal culposa, com o aumento de pena pela falta de habilitação (CTB, art. 303 parágrafo único c/c art. 302 parágrafo único, inciso I). O fato de dirigir sem habilitação fica absorvido pelo delito de lesão corporal. Não caracteriza, a espécie, o crime autônomo de dirigir sem habilitação (CTB, art. 309). Se a vítima não oferecer a necessária representação pelo delito de lesão, desaparecem ambos os fatos, pelo princípio da consunção. Tranca-se a ação penal. Habeas Corpus deferido.” (STF - HC 80436/MG, Segunda Turma, acórdão unânime, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ de 24/11/2000.) “HABEAS-CORPUS. CRIME DE LESÕES CORPORAIS CULPOSAS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO, QUALIFICADO PELA FALTA DE HABILITAÇÃO, E DE DIRIGIR SEM HABILITAÇÃO (ARTS. 303, PAR. ÚNICO, E 309 DO CTB): CONSUNÇÃO. 1. O crime mais grave de lesões corporais culposas, qualificado pela falta de habilitação para dirigir veículos, absorve o crime menos grave de dirigir sem habilitação (artigos 303, par. único, e 309 do Código de Trânsito Brasileiro). 2. O crime de lesões corporais culposas é de ação pública condicionada à representação da vítima por expressa disposição legal (artigos 88 e 91 da Lei nº 9.099/95). 3. Na hipótese em que a vítima não exerce a faculdade de representar, ocorre a extinção da punibilidade do crime mais grave de lesões corporais culposas, qualificado pela falta de habilitação, não podendo o paciente ser processado pelo crime menos grave de dirigir sem habilitação, que restou absorvido. Precedentes de ambas as Turmas. 4. Habeas-corpus conhecido e deferido para determinar o trancamento da ação penal.” (STF - HC 80298/MG, Segunda Turma, acórdão unânime, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 01/12/2000.) “CRIMINAL. HC. DELITO DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL CULPOSA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DIREÇÃO SEM HABILITAÇÃO ABSORVIDO PELO DELITO MAIS GRAVOSO. ORDEM CONCEDIDA. I - Tendo sido declarada extinta a punibilidade do paciente do delito descrito no art. 303 do CTB, por ausência

de representação da vítima, não há de se falar em subsistência do delito do art. 309 - dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação, que restou absorvido pelo de maior gravidade. II - Hipótese em que deve ser restabelecida a decisão que declarou extinta a punibilidade do paciente do delito de direção sem habilitação. III - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (HC 22651/SP, Quinta Turma, acórdão unânime, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 29/09/2003.) “PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. LESÃO VEÍCULO AUTOMOTOR. DIREÇÃO INABILITADA. LESÃO CORPORAL. FALTA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. (ARTIGOS 303, PARÁGRAFO ÚNICO, E 309 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). 1. Extinta a punibilidade do réu acusado da prática do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, por ausência de representação da vítima, não há que se falar em ação penal pelo cometimento do delito de direção inabilitada, que, no caso, fica absorvido por aquele. 2. Precedentes. 3. Ordem concedida.” (HC 16771/MG, Sexta Turma, acórdão unânime, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ de 05/11/2001.) Cito, ainda, a ementa da ilustre relatora: HABEAS CORPUS. PENAL. LESÕES CORPORAIS CULPOSAS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. FALTA DE HABILITAÇÃO. ART. 303, PARÁGRAFO ÚNICO, E ART. 309 DO CTB. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DAS VÍTIMAS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 1. A questão não comporta mais controvérsia nas Cortes Superiores, que já pacificaram o entendimento de que o crime de lesão corporal culposa (art. 303 do CTB) absorve o delito de direção sem habilitação (art. 309 do CTB), funcionando este como causa de aumento de pena (art. 303, parágrafo único, do CTB). Destarte, extinta a punibilidade do agente em face da expressa renúncia da vítima ao direito de representação pelo delito de lesão corporal, também fica extinta a punibilidade com relação ao crime de direção sem habilitação, menos grave, porquanto absorvido. 2. Ordem concedida. (HC 25.082/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2004, DJ 12/04/2004, p. 222) Diante do exposto, reconhecendo-se a firmeza da orientação das Cortes Superior e Suprema, concede-se a

ordem para TRANCAR o procedimento penal, devendo ser providenciado no juízo de origem a baixa e comunicações de praxe. Sem custas em razão de gratuidade deferida constitucionalmente. Dê-se ciência e comunique-se ao juízo impetrado por fax. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO JUIZ DE DIREITO RELATOR (grifos nossos)

Destarte, impõe-se o reconhecimento da absorção do crime do artigo 309 da Lei 9.503/97 pelo de lesões corporais culposas de trânsito, e, considerando a renúncia da vítima, a extinção da punibilidade.

Ante o exposto, considerando as razões tecidas, voto pelo conhecimento e provimento do recurso para julgar extinta a punibilidade em razão da renúncia ao direito de representação.

Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 2012.

ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO

JUIZ RELATOR

INJÚRIA. AÇÃO PENAL PRIVADA. QUEIXA-CRIME QUE DESATENDE AO ART. 44 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INGRESSO DA DEFENSORIA PÚBLICA APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL. DECISÃO DE REJEIÇÃO QUE SE CONFIRMA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. **(APELAÇÃO Nº 0076774-20.2010.8.19.0001. JUIZ MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA. JULGADO EM 27 DE JANEIRO DE 2012).**

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Trata o presente de recurso de apelação contra decisão de rejeição de queixa-crime por descumprimento do disposto no artigo 44 do Código de Processo Penal.

O apelante ingressou com a referida queixa-crime por suposto crime de injúria, através de advogado, com procuração sem menção expressa do fato criminoso. Foi determinada a regularização da representação processual (fl.16). Há renúncia do advogado e ingresso da Defensoria Pública.

Uma vez que não foi regularizada a representação e a inicial não foi assinada pela parte autora, a queixa-crime foi rejeitada (fl.63).

O apelante alega em síntese que a forma não pode se sobrepor ao conteúdo; que o patrono do querelante renunciou aos poderes no prazo decadencial; que a Defensoria Pública passa a assistir o querelante e que a Defensoria Pública atua independente de mandato. Apresenta prequestionamento por violação ao princípio da razoabilidade.

Em suas contrarrazões, a defesa requer que seja negado provimento ao presente, mantendo-se integralmente a sentença atacada.

O Ministério Público, perante o juizado, pugnou pela manutenção da decisão, por entender que não foi cumprido o disposto na Lei Processual

Penal com relação à procuração e que a Defensoria Pública ingressa nos autos depois do prazo decadencial, não podendo ser alegada a desnecessidade de mandato como argumento para suprir nulidade já concretizada.

Perante esta Turma Recursal, o *parquet* opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo por entender que a falha na procuração não foi suprida no prazo decadencial.

VOTO

Cuida o presente de apelação interposta pelo querelante contra decisão de fl. 63 que rejeitou queixa-crime, por descumprimento do disposto no artigo 44 do Código de Processo Penal.

A hipótese é de queixa-crime cuja procuração não menciona o fato criminoso, desatendendo ao disposto na legislação processual penal. A regra processual penal vigente e aplicável aos Juizados Especiais Criminais é de necessidade de procuração com poderes especiais, que obedeça aos requisitos supracitados.

Não houve correção no prazo decadencial. Após, ingressa a Defensoria Pública, assistindo o Querelante. Apesar da desnecessidade de mandato, o ingresso da Defensoria Pública se dá após o transcurso do prazo decadencial e a nulidade existente não é sanada, até pela própria impossibilidade temporal.

Apesar do princípio da informalidade, previsto na Lei 9.099/95, entendendo que o requisito previsto no Código de Processo Penal, quanto à procuração nas ações penais privadas deve ser cumprido. A flexibilização do princípio processual em favor do ofendido fere direitos do possível ofensor. Ademais, a ação penal privada reveste-se de caráter excepcional, à medida que permite ao particular deflagrar a ação penal em desfavor de outrem. Por ser exceção, há de atender a todos os requisitos processuais, sob pena de rejeição. Entendo ainda não haver, na hipótese, qualquer ofensa ao princípio da razoabilidade.

Assim, voto no sentido de ser mantida a decisão de rejeição da queixa-crime, ou seja, conhecendo-se e não provendo-se o recurso, na forma do artigo 82, § 5º da Lei 9.099/95.

Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 2012

MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA

JUIZ RELATOR

HABEAS CORPUS. DECLÍNIO EM RAZÃO DO CONCURSO MATERIAL DE DELITOS. O CONCURSO DE CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO NÃO AFASTA A COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. NÃO CONCESSÃO DA ORDEM. O SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FOI IMPLANTADO POR MANDAMENTO CONSTITUCIONAL. A APRECIÇÃO DAS INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO CONSTITUI ATRIBUIÇÃO DO SISTEMA NA ESFERA CRIMINAL. A TRANSAÇÃO PENAL CONSTITUI MEDIDA DESPENALIZADORA A SER OFERECIDA NOS CASOS SUBMETIDOS AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. AFASTAR A COMPETÊNCIA DE TAL ÓRGÃO JUDICIAL, NA HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL, CONFIGURA INOBSERVÂNCIA AO REGRAMENTO CONSTITUCIONAL DO SISTEMA. A INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA DO PRECEITO CONTIDO ART. 119 DO CÓDIGO PENAL PERMITE CONCLUIR, NA HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL DE INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, PELA COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. ENTENDIMENTO PACÍFICO DOS MAGISTRADOS QUE ATUAM NO SISTEMA DOS JUIZADOS, CONSOLIDADO EM ENUNCIADOS DE ÂMBITO ESTADUAL E NACIONAL. (HC Nº 0001430-65.2011.8.19.9000. PROCESSO DE ORIGEM: 0021563-54.2010.8.19.0209. JUIZ ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO. JULGADO EM 11 DE NOVEMBRO DE 2011)

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado com o objetivo de se obter, liminarmente, a suspensão da tramitação do procedimento.

Pugna-se, no mérito, a concessão da ordem para determinar à Autoridade Coatora o declínio de sua competência em favor de uma das Varas Criminais da Comarca da Capital.

Liminar não concedida por esta Turma Recursal, por não vislumbrar ameaça ao direito de locomoção do paciente, vez que a matéria suscitada poderia ser objeto de duplo grau de jurisdição.

O IX Juizado Especial Criminal do Fórum Regional da Barra da Tijuca informa que se trata de infração de menor potencial ofensivo sujeita ao JECRIM, e que a apreciação da viabilidade da acusação deve aguardar o momento propício, ou seja, a realização da audiência de instrução e julgamento, cuja realização se encontra na dependência da manifestação das testemunhas que possuem privilégio legal.

Parecer do Ministério Público junto à Turma Recursal opina pela concessão da ordem.

VOTO

A hipótese é de *habeas corpus* postulando o declínio de competência, em favor de uma das Varas Criminais da Comarca da Capital, de procedimento que versa sobre crimes descritos nos artigos 331 do Código Penal e 236 da Lei nº 8.069/90, no qual figura como Autor do fato o Paciente.

O Impetrante pleiteia a concessão da ordem para declínio de competência, em razão de o somatório das penas máximas abstratamente cominadas aos delitos imputados exceder o limite de dois anos.

O Juízo impetrado prestou informações no sentido de que a apreciação da viabilidade da acusação deveria aguardar a realização da audiência de instrução e julgamento, reconhecendo sua competência.

O artigo 98, inciso I, da Carta Magna estabeleceu um modelo novo de Justiça, baseado no consenso, e provido de institutos despenalizadores para as hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo.

A Lei no. 9.099/95, na qualidade de norma infraconstitucional regulamentadora do sistema de juizados especiais, deve ser interpretada em conformidade com a Lei Maior, de maneira a não impedir a efetividade do sistema criado.

Desse modo, não há como se admitir que a prática, em concurso material, de condutas que, isoladamente, deveriam ser apreciadas no juizado especial criminal, possa afastar a competência de tal órgão judicial.

S.m.j., em se adotando tal entendimento, o sistema dos juizados especiais, no desenho que lhe foi traçado pela Carta Magna estaria sendo esvaziado, tendo em vista que infrações de menor potencial ofensivo passariam a ser apreciadas por órgãos judiciais de outro perfil.

Ademais, o Autor do Fato estaria sendo privado da transação penal, importante medida despenalizadora implantada em nosso ordenamento para as infrações de menor potencial ofensivo.

Ainda que se recorra a analogia, como mecanismo de integração da ordem jurídica, também se conclui pela competência do juizado especial criminal em casos que tais.

No caso em testilha, deve-se promover a aplicação analógica do dispositivo do Código Penal que disciplina a prescrição, em seguida transcrito:

Artigo 119 – “No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.”

Desse modo, se para o cálculo da prescrição as infrações penais são consideradas isoladamente, para a aplicação de medidas despenalizadoras também assim deverão ser avaliadas.

Importante mencionar, a respeito do tema, o ensinamento de Fernando da Costa Tourinho Filho¹:

“... no sentido de que as penas abstratamente cominadas, no concurso de crimes, não podem ser somadas para criar obstáculo à transação. Devem ser consideradas isoladamente, a exemplo, aliás, do que ocorre com a extinção da punibilidade em face do disposto no art. 119 [..].”

“Hoje, em face da nova redação dada ao art. 60 da Lei n. 9.099/95 e da inclusão do parágrafo único, não poderá restar dúvida: no caso de concurso material, as infrações devem ser consideradas isoladamente.” (grifo nosso)

¹ Tourinho Filho, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 722

Convém mencionar, a respeito do tema, o enunciado aprovado no FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais:

Enunciado 120 – “O concurso de infrações de menor potencial ofensivo não afasta a competência do Juizado Especial Criminal, ainda que o somatório das penas, em abstrato, ultrapasse dois anos.

No mesmo sentido, o entendimento uniformizado pelos magistrados que atuam nos Juizados Especiais Criminais de nosso Estado:

6. Na hipótese do concurso material de infrações de menor potencial ofensivo, não deve ser levado em consideração o somatório das penas máximas para efeito de aplicação da Lei 9009/95 – (I EJTR)”

Vale destacar, ademais, que se trata de interpretação pacificada pelas Turmas Recursais Criminais do Estado do Rio de Janeiro, em sua atual composição.

Nesse diapasão, vale transcrever a seguinte ementa de julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

HABEAS CORPUS 0039163-36.2010.8.19.0000 – 09/09/2010

PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL

Relator: DES. CLAUDIO LUIS BRAGA DELL ORTO

HABEAS CORPUS. – DESOBEDIÊNCIA E DESACATO. – Paciente denunciado como incurso nas penas dos arts. 330 e 331 n/f do art. 69, todos do CP. – DECISÃO QUE DECLINOU DA COMPETÊNCIA DO JECRIM PARA VARA CRIMINAL. – Incidência do princípio da lesividade ou ofensividade: realização de tipos penais que tutelam o mesmo bem jurídico. Violação de deveres com a Administração Pública praticada por cidadão cuja condição pessoal indica que não haverá aplicação de resposta penal su-

perior ao limite máximo de dois anos de privação de liberdade que delimita o espaço de consenso do Juizado Especial Criminal. **Infrações penais de menor potencial ofensivo abrangidas pelo modelo de justiça consensual ou integradora. – Crime de desacato ao qual se comina pena de multa alternativa à privação de liberdade. – Deslocamento da competência para o sistema criminal comum, mesmo diante do cúmulo material de infrações, que não se mostra compatível com o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana e com o objetivo fundamental de construção de uma sociedade justa. (arts. 1º, III e 3º, I da CRFB).** – Interpretação analógica da norma derivada do artigo 119 do Código Penal: as infrações penais de menor potencial ofensivo poderão ser consideradas isoladamente para fins de determinação da competência do Juizado Especial Criminal, em respeito à norma constitucional contida no artigo 98, I da CRFB. - REVOGAÇÃO DA DECISÃO – RETORNO DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. – CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

Ante o exposto, considerando as razões tecidas e a observância do princípio do juiz natural pelo Juízo impetrado, voto pela denegação da ordem.

Rio de Janeiro, 11 de novembro de 2011.

ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO

JUIZ RELATOR

PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PROPOSTA COM AUSÊNCIA DAS APELAN-
TES. AUSENTE O PREJUÍZO. CITAÇÃO POR HORA CERTA. NECESSIDA-
DE DO CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NA LEI PROCESSUAL CIVIL, O
QUE NÃO OCORREU. ANULAÇÃO DO PROCESSO COM RELAÇÃO À
APELANTE J., COM RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO
DA PRETENSÃO PUNITIVA. MÉRITO, COM RELAÇÃO À OUTRA APE-
LANTE. SENTENÇA QUE SE CONFIRMA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMEN-
TOS. PREJUDICADA A ALEGAÇÃO DE CONTINUIDADE DELITIVA,
JÁ QUE A PENA FOI FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, SEM CONCURSO
MATERIAL. CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO
PARA ANULAR O PROCESSO COM RELAÇÃO À APELANTE J., POR VÍ-
CIO NA CITAÇÃO POR HORA CERTA, RECONHECENDO-SE DE OFÍCIO
A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA COM RELAÇÃO À MESMA.
COM RELAÇÃO À APELANTE M., NEGADO PROVIMENTO DO RECUR-
SO, CONFIRMANDO-SE A SENTENÇA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMEN-
TOS. **(APELAÇÃO Nº 0027144-58.2007.8.19.0208. PROCESSO DE ORI-
GEM: 0021563-54.2010.8.19.0209. JUIZ MARCELO CASTRO ANÁTOCLES
DA SILVA FERREIRA. JULGADO EM 14 DE OUTUBRO DE 2011)**

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela Defesa contra sen-
tença da lavra do Douto Juízo do V Juizado Especial Criminal da Comarca
da Capital/RJ, de folhas 143/146, que julgou procedente a pretensão puniti-
va estatal, condenando as acusadas na pena do artigo 65 da Lei de Contra-
venções Penais em 10 (dez) dias-multa.

A Defesa requer, em suas razões recursais, de folhas 159/163, prelimi-
narmente o reconhecimento da nulidade do processo pela ausência de pro-
posta de suspensão condicional do processo e, com relação à acusada X, a

nulidade da citação por hora certa por descumprimento do previsto em lei. No mérito, sustenta que não existem provas suficientes para a condenação, uma vez que as testemunhas não se recordam dos fatos descritos na denúncia, e por fim sustenta, alternativamente, o crime continuado em relação aos fatos descritos nos dois processos que são julgados simultaneamente (2008.208.012461-9 e 2007.800.183418-0) ao invés do concurso material.

O Ministério Público apresentou contrarrazões, às folhas 167/170, em que pugna pela manutenção da sentença por seus próprios fundamentos, sustentando que não assiste razão ao apelante. Com relação às preliminares, sustentou que a proposta de suspensão não foi realizada porque houve revelia, logo ausente qualquer prejuízo; que a citação por hora certa está correta porque evidente a tentativa de ocultação da ré, que foi assistida por Defensor Público, logo, ausente o prejuízo também. No mérito, sustenta que a prova é suficiente para embasar a condenação e com relação à continuidade delitiva entende que a pena foi fixada no mínimo legal, não tendo ocorrido aumento pelo cúmulo material, restando prejudicado o pedido da defesa neste aspecto.

Nesta Turma Recursal, o Ministério Público apresentou parecer, às folhas 172/177, pelo conhecimento e não provimento do recurso, sustentando que não há nulidade na decretação de revelia, uma vez que a citação por hora certa cumpriu o previsto em Lei e que a proposta de suspensão não foi realizada em função da revelia. No mérito, sustenta a condenação, sustentando ainda a ausência de continuidade delitiva.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pela Defesa contra sentença da lavra do Douto Juízo do V Juizado Especial Criminal da Comarca da Capital/RJ, de folhas 143/146, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando as acusadas na pena do artigo 65 da Lei de Contravenções Penais em 10 (dez) dias-multa.

A Defesa apresenta duas preliminares de nulidade. A primeira refere-se a ausência de proposta de Suspensão Condicional do Processo. Uma

vez que as apelantes não compareceram à Audiência de Instrução e Julgamento, oportunidade em que é apresentada a proposta, não foi possível apresentação, não havendo prejuízo. Assim, entendo que esta preliminar deve ser rejeitada.

A segunda preliminar refere-se à citação por hora certa da apelante X. Entendo ser possível a citação por hora certa em sede de Juizado Especial Criminal após o advento da Lei 11719/2008, que modificou a redação do artigo 362 do Código de Processo Penal. Entretanto, se faz necessário o cumprimento do disposto no artigos 227 a 229 do Código de Processo Penal. No caso dos autos, não foi cumprido o disposto no artigo 229 do Código de Processo Civil, ou seja, não houve comunicação à ré por carta ou outro meio. Assim, voto pelo acolhimento desta preliminar, anulando-se a citação desta ré e pelo tempo decorrido (os fatos são de outubro de 2008), reconhecendo-se a prescrição da pretensão punitiva com relação à mesma, em virtude do disposto no artigo 109 VI do Código Penal.

Com relação ao mérito, no que se refere à apelante Y, entendo que a sentença deve ser confirmada pelos próprios fundamentos, já que a perturbação é confirmada pelas vítimas e pelas testemunhas, que mesmo não se recordando de detalhes, mencionam o incomodo dos vizinhos e os ruídos.

Quanto à continuidade delitiva, tal argumento está prejudicado, uma vez que não houve aumento pelo concurso material.

Assim, voto pelo conhecimento e parcial provimento do recurso para anular o processo com relação à apelante X, por vício de citação, reconhecendo-se, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva em relação à mesma, confirmando-se a sentença condenatória com relação à apelante Y, pelos seus próprios fundamentos.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2011.

MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA

JUIZ RELATOR

VIAS DE FATO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. MANIFESTAÇÃO FORMAL DA VÍTIMA EM SEDE POLICIAL. AINDA QUE SE ENTENDA NECESSÁRIA A PRESENÇA DA CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE, ESTA EXISTIU. AUSÊNCIA DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOABILIDADE PELA EXISTÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. PROVA ANALISADA CORRETAMENTE COM RELAÇÃO AO MÉRITO, TANTO NA CONDENAÇÃO PELA CONTRAVENÇÃO PENAL QUANTO NA ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE DESACATO. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DOS RECURSOS. (APELAÇÃO Nº 0371098-52.2009.8.19.0001. JUIZ MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA. JULGADO EM 23 DE SETEMBRO DE 2011).

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Tratam os presentes de recursos de apelação contra sentença que absolveu a ré por crime de desacato e condenou a ré pela contravenção penal de vias de fato.

O Ministério Público recorreu da decisão de improcedência alegando que o crime de desacato restou comprovado pelo depoimento das testemunhas, em especial de X. Sustenta que eventual nervosismo da ré não descaracteriza o crime de desacato e que as agressões verbais foram proferidas após tentativa de acalmar e acomodar a acusada.

Em contrarrazões, a Defesa sustenta a decisão absolutória em virtude do estado de descontrole da autora do fato, não havendo clareza quanto à intenção de desacatar.

Em seu recurso, a Defesa requer a reforma da decisão condenatória pela contravenção penal de vias de fato, alegando, preliminarmente, ser necessária a representação na referida contravenção penal, uma vez que

a mesma tem caráter subsidiário com relação ao crime de lesão corporal, para o qual é exigida tal condição de procedibilidade. Apresenta questionamento de violação ao princípio da razoabilidade, em virtude da ausência de exigência de representação para a mencionada contravenção penal. No mérito, sustenta que a prova é frágil e que a narrativa da vítima é de que levou vários socos na cabeça, o que não se harmoniza com a descrição de ausência de lesões e de vias de fato.

O Ministério Público, em contrarrazões, sustenta a condenação, entendendo que houve representação da vítima, estando assim afastada a preliminar e, no mérito, entende que a autoria restou comprovada através dos depoimentos prestados em Audiência.

O Ministério Público, perante a Turma Recursal, oficiou pelo conhecimento e provimento do recurso do Ministério Público e pelo conhecimento e improvimento do recurso defensivo.

VOTO

Tratam os presentes de recursos de apelação contra sentença que absolveu a ré por crime de desacato e condenou a ré pela contravenção penal de vias de fato.

Em virtude da preliminar, analiso primeiro o recurso defensivo.

Sustenta a Defesa, em inteligente tese, que é necessária a representação na contravenção penal de vias de fato, por ser necessária tal condição de procedibilidade no crime de lesão corporal, tendo aquela caráter subsidiário em relação ao crime. Do ponto de vista sistêmico, é necessária uma análise conjunta das infrações penais, sendo lógico exigir-se representação para a mencionada contravenção. De fato se faz urgente uma reforma da chamada Lei de Contravenções Penais, tanto pelo surgimento dos Juizados Especiais Criminais, como pelo surgimento dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que provocaram uma revolução na aplicação dos novos institutos despenalizadores, “ressuscitando” as contravenções penais os primeiros e uma grande contradição com relação às contravenções penais com vítimas mulheres os segundos,

merecendo modificação. Entretanto, no caso em exame, houve representação da vítima, conforme consta às fl. 04. Assim, entendo que não houve qualquer prejuízo, não havendo nulidade, nem ofensa ao princípio da razoabilidade.

No mérito, a defesa requer a absolvição pela contravenção penal pela insuficiência probatória, e o Ministério Público requer a condenação pelo desacato.

Entendo que a sentença apreciou o prova corretamente. As agressões são descritas pela vítima e confirmadas por duas testemunhas, devendo ser mantida a condenação.

Com relação ao crime de desacato, também houve perfeição na análise probatória. A acusada, segundo descrevem as testemunhas, estava desequilibrada, não atuou de forma reflexiva e nem se dirigiu especificamente às vítimas, devendo ser mantida a condenação.

Dessa forma, voto pelo conhecimento dos recursos, pela rejeição da preliminar defensiva por ausência de prejuízo e pelo não provimento dos recursos, mantendo-se a sentença pelos próprios fundamentos.

Rio de Janeiro, 23 de setembro de 2011.

MARCELO CASTRO ANÁTOCLES DA SILVA FERREIRA

JUIZ RELATOR

HABEAS CORPUS DE OFÍCIO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - FALTA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO - DESPROVIMENTO. (PROCESSO N.º. 0204213-14.2010.8.19.0001. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 20 DE SETEMBRO DE 2011)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação, interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO**, impugnando a decisão de fls. 35, do Exmo. Juiz do IV JECRIM da Capital, que concedeu *habeas corpus* de ofício, determinando o trancamento do presente procedimento criminal, por atipicidade da conduta descrita, consistente em urinar em via pública por ocasião das festividades do Carnaval; que a 2ª Turma Recursal já concedeu ordem de *habeas corpus* e determinou o trancamento de procedimento criminal do mesmo IV JECRIM, entendendo atípica a conduta por ausência de dolo de ofender os costumes e a ordem pública.

Termo Circunstanciado às fls. 02/06.

Promoção do Ministério Público às fls. 08, ofertando transação penal aos acusados.

Designada audiência preliminar, comparecerem em juízo apenas os autores do fato X, Y, Z e W, que aceitaram o benefício da transação penal, devidamente acompanhados de Advogado.

Foram juntados aos autos comprovantes de cumprimento da transação penal pelos quatro acusados que compareceram e aceitaram o benefício, como se vê às fls. 22,26, 27 e 33.

Decisão impugnada às fls. 35, determinando o trancamento do procedimento criminal, por atipicidade da conduta descrita e imputada aos acusados.

Apelação do Ministério Público às fls. 36, com razões às fls. 37/39.

Promoção do MINISTÉRIO PÚBLICO às fls. 42, requerendo quanto aos autores do fato X, Q, W e Y, que cumpriram acordo de transação penal, a decretação da extinção da punibilidade. Quanto aos demais, requerendo a intimação para oferecimento de contrarrazões ao recurso do Ministério Público.

Decisão às fls. 42, homologando a TP e julgando extinta a punibilidade pelo cumprimento.

Contrarrazões de apelação às fls. 63/76, requerendo seja negado provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, por ser atípica a conduta imputada.

Promoção do Ministério Público às fls. 78,v., ratificando as contrarrazões apresentadas, bem como requerendo a desconstituição da transação penal aceita, cumprida e homologada às fls. 42, após ter sido trancada a ação penal por atipicidade da conduta.

Promoção do Ministério Público às fls. 80/83, pugnando pelo conhecimento e provimento do apelo.

VOTO

Analisando-se os autos, tenho que o recurso deva ser conhecido, já que presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Quanto ao mérito, no entanto, penso que o mesmo deva ser improvido, mantendo-se a decisão impugnada.

O entendimento jurisprudencial majoritário tem sido no sentido da atipicidade da conduta descrita nos autos, conforme decisão proferida pela 2ª Turma Recursal retratada às fls. 71/73.

Entendo, no entanto, que a hipótese enseja a análise caso a caso, de forma a se verificar a existência ou não do atuar doloso do réu, como entendimento uniforme expresso pelos Juizes das Turmas Recursais, em nosso último encontro.

Na hipótese dos autos, entretanto, ainda que afastada a alegação de atipicidade da conduta, tenho que o trancamento da ação penal deva ser mantido, por falta de suporte probatório mínimo de ter agido os réus com o dolo, ainda que eventual, de praticar o delito que lhe é imputado, que tem como elemento subjetivo a intenção de ofender o pudor público.

A conduta de urinar em via pública não se confunde com a exposição gratuita e deliberada do órgão genital. Tal conduta tem por objetivo o atendimento a necessidade fisiológica premente, sendo que, em via de regra, seus autores procuram ocultar de alguma forma o órgão genital.

Na hipótese dos autos, quando da lavratura do Termo Circunstanciado, foi relatado apenas que “trata-se de ato obsceno, fato ocorrido na noite de hoje nas ruas de Copacabana. Relatou o comunicante que durante a Operação Choque de Ordem, 10 indivíduos foram detidos urinando na via pública”. Não foi esclarecido em que local, horário e circunstâncias de fato atuavam os acusados, se tentavam se esconder ou se agiam à frente de qualquer pessoa que passasse pelo local; se o local era movimentado e iluminado, e se de fato, pela maneira como agiam os réus, estes poderiam por à vista de terceiros seus órgãos genitais; se houve testemunhas e, caso positivo, se houve reclamação quanto ao atuar dos réus, etc.

Vê-se inclusive que não consta do termo circunstanciado a qualificação completa e regular de todos os acusados, bem como que tenha sido colhido depoimento dos mesmos em sede policial. Sequer se vê depoimento formalmente prestado pelo policial comunicante dos fatos, e que teria sido o responsável pelo encaminhamento dos envolvidos à Delegacia de Polícia.

Dessa forma, patente a ausência de justa causa para o prosseguimento do procedimento criminal.

Assim, meu voto é pelo improvimento do recurso, mantendo-se inalterada a decisão recorrida, de trancamento da ação penal, quanto aos apontados autores do fato que não aceitaram o benefício da transação penal, e patrocinados pela Defensoria Pública (F, Z, R, D, P e M), ainda que por fundamento diverso, qual seja a ausência de justa causa.

Quanto aos acusados regularmente identificados, X, Q, W e Y, que compareceram em juízo e aceitaram o benefício da transação penal, devidamente acompanhados de Advogado, tendo inclusive já cumprido o benefício regularmente homologado às fls.42 e julgada extinta a punibilidade pelo cumprimento, incabível a desconstituição da transação penal devidamente aceita, homologada e cumprida, como requerido pela Defensoria Pública junto a esta Turma Recursal. Como entendimento seguro das Turmas Recursais, deve ser privilegiada a vontade manifestada livremente pela parte, devidamente assistida de Advogado, que aceitou e cumpriu a TP, sem qualquer impugnação regularmente ofertada por seu patrono indicado nos autos. Trata-se a transação penal de benefício legal cuja aceitação ou não deve ser decidida pelo apontado autor do fato, devidamente assistido de Advogado, aquilatando intimamente, ante os fatos ocorridos e noticiados nos autos, sobre se deve ou não assumir o ônus de ver instaurado contra si procedimento criminal.

Rio de Janeiro, 20 de setembro de 2011.

SANDRA SANTARÉM CARDINALI

JUÍZA RELATORA

ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL – ANTECEDENTES - NÃO OFERECIMENTO DO SURSIS – PROVAS BEM APRECIADAS NO JUÍZO SENTENCIANTE – PROVIMENTO PARCIAL. (PROCESSO N°. 0204213-14.2010.8.19.0001. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 20 DE SETEMBRO DE 2011)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação, interposta por X, devidamente qualificado nos autos, através da **DEFENSORIA PÚBLICA**, *impugnando a sentença de fls. 126/130, do JECRIM de BARRA MANSA, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o recorrente pela prática da conduta ilícita tipificada no artigo 331 do Código Penal (desacato), à pena de 01 (UM) ano de reclusão, no regime aberto, substituída pela restritiva de direito, qual seja, prestação de serviços à comunidade, por igual prazo de detenção, pelos seguintes fatos expostos na denúncia de fls. 02-a/02-b:*

“... No dia 28 de novembro de 2008, por volta das 12h10min, Rua Y, em frente ao nº. 853, Boa Sorte, Barra Mansa, nesta comarca, o denunciado, com vontade livre e consciente, desacatou funcionário público no exercício de sua função, quais sejam, os Policiais Militares, Z e Q, dizendo-lhes “Vocês policiais militares são todos ladrões” ...”.

Termo Circunstanciado às fls. 03/06

Promoção do Ministério Público às fls. 20/21, ofertando proposta de transação penal ao acusado.

Designada audiência preliminar, a mesma teve curso conforme asentada de fls.25, onde o réu não aceitou o benefício da transação penal, tendo dito que não desacatou os policiais, sendo que, na realidade, foi agredido por eles.

F.A.C do acusado às fls. 26/30, com registros anteriores.

Promoção do Ministério Público às fls. 39, oferecendo denúncia e aduzindo que o autor do fato ostenta condenação criminal, conforme fl.32, não possuindo conduta social adequada, não fazendo jus à transação penal e suspensão condicional do processo.

Designada audiência de instrução e julgamento, a mesma teve curso conforme assentada de fls.53/54, quando recebida a denúncia e ouvidas as testemunhas, bem como interrogado o acusado, em termos apartados (fls.55/640).

Fichas disciplinares dos policiais vítimas, às fls. 75/77, com registro de penalidades.

Alegações finais das partes às fls. 89/92 e 114/123.

Sentença condenatória recorrida, às fls. 126/13º, retificada, em deferimento de embargos declaratórios, às fls. 133.

Apelação às fls. 136/149, impugnando o não oferecimento do *SURDIS* ao acusado. Quanto ao mérito, alegando a fragilidade probatória e requerendo a absolvição. Ao final, é ainda requerida, subsidiariamente, a redução da pena imposta.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 153/155, pugnando pelo improvimento do recurso.

Promoção da Defensoria Pública, junto à Turma Recursal, às fls. 159/160, aditando as razões recursais, requerendo a fixação da pena de multa.

Parecer do Ministério Público, junto à Turma Recursal, às fls. 162/168, pugnando pelo conhecimento e pelo não provimento do recurso.

VOTO

Analisando-se os autos, tenho que o recurso deva ser conhecido, já que presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Incabível a preliminar arguida requerendo a anulação da sentença condenatória e aplicação do art. 28 do CPP, por o Ministério Público não ter oferecido o benefício da suspensão condicional do processo ao acusado. O não oferecimento do benefício foi regularmente fundamentado pelo Ministério Público ante os antecedentes do réu, que já sofreu condenação criminal anterior, não fazendo assim jus a tal benefício.

Quanto ao mérito, penso que a sentença impugnada bem apreciou a prova dos autos, devendo ser mantido o decreto condenatório.

Incabível a alegação de fragilidade da prova produzida nos autos, já que as vítimas diretas, policiais militares Z e Q, prestaram depoimentos em juízo de forma harmônica e uniforme, confirmando a veracidade dos fatos descritos na denúncia e descrevendo com segurança a mecânica do ocorrido.

A testemunha C sob o compromisso da verdade, sem que tenha qualquer ligação com os policiais envolvidos, já que também sofria revista no momento dos fatos, confirmou em juízo a veracidade dos fatos da denúncia, nestes termos: “... que os fatos narrados na inicial são verdadeiros; que estava sendo abordado pelo policial Z quando o policial Q abordou o veículo do acusado; que o acusado saltou do carro nervoso, alterado, dizendo que estava com pressa; que a filha do acusado estava junto no carro; que houve uma discussão entre o acusado e o policial Z, pois o acusado o tempo todo reclamava que estava com pressa e queria ir embora; que o acusado foi liberado e quando estava indo em direção ao seu veículo, virou-se na direção dos policiais e disse “ Vocês, policiais, são todos ladrões”; que a filha do acusado saiu do local antes que ele proferisse a ofensa e fosse preso ...” (fls. 59).

Assim, a versão dos fatos fornecida pelo réu, de que não teria proferido a ofensa que lhe é imputada, restou isolada nos autos, sendo que as lesões pretensamente por ele sofridas não restaram comprovadas na prova pericial.

Assim, a prova dos autos foi bem apreciada pelo juízo sentenciante, devendo ser mantida a decisão condenatória.

Quanto à fixação da pena, entretanto, penso que o recurso deva ser provido.

Apesar de nada constar da sentença acerca do afastamento da pena de multa, preceito secundário do artigo 331 do Código Penal, da fundamentação exposta para fixação da pena acima do mínimo vê-se de forma clara que o juízo entendeu incabível a mera fixação da pena de multa. De fato, ante os antecedentes do réu, com condenação criminal anterior, acertado o afastamento da pena de multa, por insuficiente na hipótese dos autos.

Fundamentou, entretanto o juízo, a pena privativa de liberdade em 01 (um) ano de detenção, dobro da pena mínima prevista, “considerando que o réu não é primário e possui antecedentes criminais, conforme FAC de fls. 25/30 e 65/69 e esclarecimento de fls. 32”.

Ocorre que, como se vê nos autos, o delito foi praticado pelo réu com o dolo que lhe é inerente, sendo que as duas condenações anteriores transitaram em julgado há mais de 10 (dez) anos. Assim, e tendo em vista a natureza e circunstâncias do delito em julgamento, atendendo-se às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, entendo elevada a fixação da pena-base no dobro do mínimo legal. Dessa forma, tenho que a pena deva ser reduzida para 08 (oito) meses de detenção, no regime aberto, tornada definitiva tal pena ante a ausência de causas modificativas.

Incabível a conversão da pena privativa de liberdade superior a 6 (seis) meses em pena de multa (artigo 60, §2º do Código Penal). Assim, com fulcro no disposto no artigo 44 do Código Penal, deve ser a pena privativa de liberdade substituída por medida restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária a uma instituição beneficente cadastrada em juízo, no valor de 01 (um) salário-mínimo.

Assim, meu voto é pelo provimento parcial do recurso, apenas no que concerne à fixação da pena, na forma acima exposta.

Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 2012.

SANDRA SANTARÉM CARDINALI

JUÍZA RELATORA

EXERCÍCIO ILEGAL DE PROFISSÃO OU ATIVIDADE – CONDUTA ATÍPICA - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – MANUTENÇÃO. (PROCESSO N.º 0183125-46.2012.8.19.0001. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 10 DE AGOSTO DE 2011)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação do Ministério Público às fls. 46/50, impugnando a decisão de fls. 43/45 do Exmo. Juiz do **VIII JECRIM DA CAPITAL**, que rejeitou a denúncia de fls. 02ª/02b, em razão da atipicidade da conduta da apelada, determinando o arquivamento do feito.

Denúncia às fls. 02ª/02b, ofertada pelo Ministério Público em face de X, imputando-lhe a prática da contravenção penal prevista no artigo 47 do Decreto- lei 3.688/41 (exercício ilegal de profissão ou atividade), por duas vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, por ter a denunciada exercido profissão de corretor de imóveis nos dias 21.09.2011 e 11.11.2911, sem possuir o certificado técnico em transação imobiliária e sem estar inscrita no Conselho Regional de Corretores de Imóveis (CRECI), descumprindo as exigências estabelecidas na Lei nº 6.530/78.

Termo Circunstanciado, às fls. 03/04.

Certidão de conclusão pela acusada de Curso de Técnico em Transações Imobiliárias, às fls. 10, datada de 26 de abril de 2012.

Assentada de audiência preliminar às fls. 24, onde consta estar a acusada assistida por Defensor Público, apesar deste não ter assinado a assentada, tendo restado consignado que pela Defensoria Pública teria sido dito que a autora do fato não iria aceitar proposta de transação penal.

Decisão recorrida às fls. 43/44, rejeitando a denúncia ofertada pelo Ministério Público, por atipicidade da conduta da ré.

Apelação às fls. 46/50, requerendo a modificação da decisão que rejeitou a denúncia, com a determinação de prosseguimento do feito e designação de audiência de instrução e julgamento, ocasião na qual seria ofertado à denunciada o benefício da suspensão condicional do processo.

Contrarrrazões às fls. 53/63, requerendo a manutenção da decisão recorrida, por seus próprios fundamentos.

Promoção da Defensoria Pública junto à Turma Recursal, aditando as contrarrrazões para arguir a nulidade da audiência preliminar, por a Defensoria Pública não ter estado presente, haja vista a ausência de sua assinatura.

Parecer do Ministério Público junto à Turma Recursal às fls. 69/73, pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso, com reforma da sentença, de modo que a instrução possa ser realizada, inclusive com renovação da proposta de transação penal, já que não se vê assinatura de Defensor Público na assentada de audiência preliminar, quando a autora do fato rejeitou o benefício legal.

VOTO

Analisando-se os autos, tenho que o recurso deva ser conhecido, por presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Quanto à preliminar de nulidade arguida, tenho que deva ser rejeitada. Apesar de não constar da assentada da audiência preliminar a assinatura do Defensor Público, vê-se que restou consignado expressamente que a autora do fato estava acompanhada de Defensor Público e que pela Defensoria Pública teria sido dito que a acusada não tinha interesse em aceitar transação penal. Assim, poderia ser regularizada a assentada, caso necessário, com a baixa dos autos ao JECRIM origem para regularização e lançamento da assinatura faltante.

Não deve ser decretada nulidade sem prejuízo. Na hipótese dos autos o Juízo rejeitou a denúncia, entendendo atípica a conduta da ré. Assim, caso mantida a decisão, prejuízo algum teve a mesma. Caso modificada,

determinando-se a continuidade do feito e designação de AIJ, nessa oportunidade cabível será a renovação da proposta de transação penal, ante a sistemática dos Juizados Especiais.

Quanto ao mérito, entendo que o recurso deve ser improvido, mantendo-se a decisão recorrida inalterada, por seus próprios fundamentos.

A jurisprudência majoritária dos Tribunais é segura ao entender atípica a conduta narrada nos autos, já que o exercício da atividade de corretor de imóveis, sem registro ou inscrição no Conselho Regional de Corretores de Imóveis - CRECI, configuraria apenas infração administrativa, não havendo tipicidade penal.

O Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento da Representação nº 930 (Ministro Rodrigues Alckmin), decidiu que as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações, capacitações técnicas profissionais imprescindíveis para o exercício seguro da atividade.

Nesse sentido já decidi a Turma Recursal deste Estado, na Apelação nº 00304943-33.2010.8.19.0001 – Relator Dr. Joaquim Domingos de Almeida Neto, cuja ementa inclusive se vê transcrita na decisão recorrida.

Assim sendo, meu voto é pela manutenção da decisão recorrida, por seus próprios fundamentos.

Rio de Janeiro, 10 de agosto de 2011.

SANDRA SANTARÉM CARDINALI

JUÍZA RELATORA

RECURSO. POSSE DE ENTORPECENTES. ATO DE CITAÇÃO VÁLIDO. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES DO RÉU. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ARTIGO 28, § 3º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. (RECURSO Nº 0000312-58.2009.8.19.0065. JUIZ ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO. JULGADO EM 22 DE JULHO DE 2011)

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pelo Autor do Fato contra decreto condenatório por conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

O Apelante pugna, preliminarmente, pela declaração de nulidade do processo, por ofensa ao princípio da ampla defesa, alegando que o Réu não foi regularmente citado e intimado para a audiência de instrução e julgamento.

Pleiteia, no mérito, a alteração da pena aplicada, a fim de que seja fixada aquela prevista no inciso I do artigo 28 da Lei de Drogas.

Alternativamente, mantida a pena do inciso II do dispositivo sobredito, requer seja diminuído o prazo de prestação de serviços à comunidade, pois reputa longo o período fixado pela sentença guerreada, considerando a primariedade do Réu.

Em contrarrazões, o ilustre membro do *Parquet* com atribuição no Juízo *a quo* sustenta a rejeição da preliminar de nulidade, haja vista a validade do ato de citação.

Argui que a pena fixada no *decisum* recorrido é adequada e justa, considerando os antecedentes do Réu, não merecendo reforma.

Parecer do Ministério Público junto à Turma Recursal opina pelo conhecimento e não provimento do recurso.

VOTO

Inicialmente, cabe analisar a questão preliminar arguida pelo Recorrente.

O ato da citação do Réu, como se depreende de fls.101/102.

O Réu foi regularmente citado e intimado para a audiência de instrução e julgamento de 24 de março do ano passado.

Ocorre que, adiada a audiência, a secretaria do Juizado *a quo* providenciou a intimação do Denunciado para comparecimento na nova data.

O Recorrido, dessa feita, não foi intimado para a audiência de instrução e julgamento porque se mudou.

Destaque-se que, embora inequivocamente ciente da existência da ação penal em seu desfavor, não se dignou a fornecer seu novo endereço ao Juízo.

Desse modo, estava mesmo a se impor o prosseguimento do processo e a decretação da revelia do Acusado, na forma do artigo 367 da lei adjetiva penal.

Assim, não se vislumbra a nulidade alegada pela Recorrente, razão pela qual se rejeita a preliminar arguida.

Vencida a preliminar, impende analisar a fixação da pena e sua dosimetria, vez que a tanto se restringe a matéria de mérito submetida à instância recursal.

Atendendo aos ditames do artigo 68 do Código Penal, e, avaliando as circunstâncias do artigo 59 do estatuto repressivo, em conjunto com os fatos constantes, e comprovados nos autos, optou o Juízo *a quo* pela pena de prestação de serviços à comunidade, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Réu, em razão de seus maus antecedentes (fls. 80 e segs.), estipulada em 4 (quatro) meses, totalizando 120 (cento e vinte) horas.

Há que se avaliar, então, os critérios utilizados pelo julgador na dosimetria da pena.

A sentença guerreada fixou a pena prevista no inciso II do artigo 28 da Lei 11.343/2006 em razão de ter o Réu maus antecedentes, circunstância judicial que lhe é desfavorável.

Note-se que o artigo 28 da Lei de Drogas, em seu § 3º, estabelece apenas o prazo máximo da pena a ser aplicada na prestação de serviços.

Ora, considerando que o legislador não estipulou o limite mínimo a ser considerado, tal lacuna deverá ser preenchida por intermédio de mecanismos hermenêuticos de integração.

No sentir de Alexandre Araripe Marinho:

“Para a interpretação teleológica, serve-se o intérprete, de forma isolada ou conjunta, dos elementos sistemático, histórico-político e comparado, além de conceitos extrajurídicos.

“O elemento sistemático tem fundamental importância na interpretação lógica, formando o método lógico-sistemático. As normas jurídicas não podem ser encaradas e interpretadas como regras isoladas. Ao contrário, sendo o Direito um sistema lógico de normas que regula fatos da vida social, o conteúdo e o alcance de cada norma particular devem ser buscados em harmonia com o sistema e dentro de seu contexto. Em consequência, como afirma Aníbal Bruno, ‘devemos completar a investigação anterior relacionando o preceito com outros da mesma lei, ou com outras leis reguladoras do mesmo instituto, ou com o conjunto da legislação e mesmo com os princípios gerais do Direito que o informaram.’” (Manual de Direito Penal, Parte Geral, Rio de Janeiro, 2009, Ed. Lumen Juris, p.59)

Valendo-se da interpretação lógico-sistemática da ordem jurídica, quer nos parecer que o período mínimo para a prestação de serviços à comunidade prevista no inciso II do art. 28 da Lei no. 11.343/2006 pode ser

encontrado a partir da aplicação analógica do preceito contido no art. 29 do referido diploma legal.

Ora, neste último se estabelece o período de 40 dias como mínimo para a aplicação da pena pecuniária aplicável quando descumpridas as medidas previstas no art. 28 da Lei de Drogas.

Desse modo, é de se concluir que tal período pode também ser adotado como parâmetro para se fixar o período mínimo de cumprimento para a pena de prestação de serviços à comunidade prevista no inciso II do art. 28 da Lei no. 13.343/2006.

Para tanto, basta se ter em conta que a pena pecuniária pode ser fixada no intervalo de 40(quarenta) a 100(cem) dias-multa.

Dessa forma, é de se concluir que, se a pena pecuniária máxima é de 100(cem) dias-multa, e o limite máximo para cumprimento da prestação de serviços à comunidade é de 150(cento e cinquenta) dias para o não reincidente, a mesma proporção deve ser observada na fixação do período mínimo da prestação de serviços comunitários.

Levando-se em conta tal proporcionalidade, se a pena pecuniária mínima é de 40(quarenta) dias-multa, o período mínimo de prestação de serviços deve ser de 60 (sessenta) dias.

No caso em exame, quer nos parecer que está a merecer provimento o recurso nesse particular.

Se os antecedentes desfavoráveis foram utilizados na r. sentença como fundamento para a aplicação da pena mais gravosa dentre as previstas no art. 28 da Lei de Drogas, não se justifica que sejam também levados em conta para o estabelecimento do período de prestação de serviços à comunidade.

Deste modo, o Autor do Fato faz jus ao período mínimo para cumprimento de tal pena, que, como se concluiu anteriormente, por analogia, seria o de 60 (sessenta) dias.

Ante o exposto, considerando as razões tecidas, voto pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, tão somente para reduzir o prazo de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade para 60 (sessenta) dias, observando-se o disposto no § 3º. do art. 46 do Código Penal.

Rio de Janeiro, 22 de julho de 2011.

ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO

JUIZ RELATOR

ARTIGO 147 DO CÓDIGO PENAL - PRESCRIÇÃO DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - CABÍVEIS OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS – DESPROVIMENTO. (PROCESSO N°. 0049377-57.2009.8.19.0021. JUÍZA SANDRA SANTARÉM CARDINALI. JULGADO EM 10 DE JUNHO DE 2011)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** impugnando decisão proferida pelo **JECRIM de DUQUE DE CAXIAS**, às fls. 50, que acolheu embargos de declaração da **Defensoria Pública**, para extinguir a punibilidade da acusada, na forma do artigo 107, IV do Código Penal c/c art. 61 do Código de Processo Penal, por já ter transcorrido mais de dois anos desde a data dos fatos, sem causa que suspendesse ou interrompesse a prescrição.

Denúncia às fls. 02ª/02b, imputando à recorrida a prática do delito previsto no artigo 147 do Código Penal.

Designada audiência, o MP renovou a proposta de transação penal à denunciada, ocasião em que esta aceitou o benefício, tendo a TP sido homologada na mesma data (10 de agosto de 2009), com validade condicionada ao efetivo cumprimento da transação.

Certificado o integral cumprimento da TP aceita, foi declarada extinta a punibilidade, em 17/08/2011.

Pela Defensoria Pública foram opostos embargos de declaração às fls. 49, requerendo a extinção da punibilidade pela prescrição.

Sentença impugnada às fls. 50, acolhendo os embargos de declaração para extinguir a punibilidade pela prescrição;

Certidão da central de penas e medidas alternativas da comarca de Duque de Caxias às fls. 52, informando que a autora do fato S. já havia cumprido a TP em 08/10/2010.

Recurso do Ministério Público às fls. 53/56, requerendo, em síntese, a nulidade da sentença de fls. 50, já que prolatada sem que fosse enviado o feito ao MP, para que pudesse o mesmo se manifestar. Quanto ao mérito, pugnano pela modificação da sentença, em razão da não ocorrência da prescrição punitiva estatal, tendo em vista que a transação penal foi cumprida em 08/10/2010, e a prescrição seria alvejada em 02/03/2011.

Contrarrazões às fls.58/59, requerendo o não provimento do recurso.

Promoção do MINISTÉRIO PÚBLICO, junto à Turma Recursal, às fls. 60/64, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO

Analisando-se os autos, tenho que o recurso deva ser conhecido, por presentes seus requisitos legais.

Tratando-se a prescrição de matéria de ordem pública, cabível o manejo dos embargos declaratórios opostos, entendendo o embargante que a decisão embargada teria sido omissa, ao não apreciar tal matéria cognoscível de ofício.

Incabível a alegação de nulidade da sentença, por não ter sido aberta vista dos autos ao MP, de forma a que fosse oportunizada manifestação prévia deste. Tratando-se a prescrição de matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida de ofício, inexistente a nulidade apontada.

Quanto ao mérito, entretanto, tenho que o recurso deva ser provido.

Os fatos noticiados nos autos teriam ocorrido em 03 de maio de 2009, sendo que em 10 de agosto de 2009 a denunciada aceitou o benefício da transação penal, tendo sido a TP homologada na mesma data, ficando a validade da sentença condicionada ao efetivo cumprimento do benefício (fls.37).

A acusada já teria cumprido a transação penal em 08/10/2010, conforme certidão de fls. 52, oportunidade na qual produziu todos os seus efeitos a sentença homologatória do benefício aceito.

O Ministério Público e a Defensoria Pública tiveram ciência pessoal da sentença que homologou a transação penal, sem que nada conste dos autos acerca de eventual impugnação ou recurso.

Conforme entendimento uniforme e seguro das Turmas Recursais, a ratificação da Defensoria, decorrente de sua ciência e não impugnação nos autos, regulariza a aceitação do benefício pela parte, sendo inaceitável que, após o cumprimento do benefício aceito, venha a Defensoria Pública alegar irregularidade da qual nada falou quando foi cientificada da decisão homologatória da TP.

Informado nos autos ter o autor do fato cumprido integralmente o benefício legal, foi declarada a extinção da punibilidade, pelo cumprimento da obrigação.

Assim, homologada e cumprida transação penal, incabível a declaração de nulidade do benefício, por ter estado o réu desacompanhado de Advogado quando da aceitação, tendo tido à época ciência a Defensoria Pública e nada alegado, concordando e ratificando tacitamente a transação penal aceita pelo réu. O fato de a vítima ter estado ausente na segunda audiência preliminar, apesar de ciente da data designada, tendo sido proposta a TP, entendendo-se tacitamente que a vítima não compareceu por não ter interesse em conciliação ou em acordo civil com a ré, já tendo declinado nos autos seu interesse na continuidade do feito, também não foi de qualquer forma impugnado pela Defesa Técnica, que manteve-se inerte apesar de ciente da todo o feito e em especial da decisão que homologou a transação penal.

Assim, meu voto é pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Rio de Janeiro, 10 de junho de 2011.

SANDRA SANTARÉM CARDINALI

JUÍZA RELATORA

APELAÇÃO. PORTE DE ARMA BRANCA. AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ATIPICIDADE DA CONDUTA, POR AUSÊNCIA DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NÃO FORMULADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RÉU QUE ADMITE CUMPRIR PENA. PREJUÍZO NÃO CARACTERIZADO. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. CONHECIMENTO DO RECURSO. PROVIMENTO. (APELAÇÃO Nº 0138129-65.2009.8.19.0001. JUIZ ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO. JULGADO EM 15 DE ABRIL DE 2011)

SEGUNDA TURMA RECURSAL CRIMINAL

RELATÓRIO

Trata o presente de recurso de apelação interposto pelo Réu contra decreto condenatório pela prática da contravenção descrita no artigo 19 do Decreto-Lei 3.688/41.

O apelante pugna a absolvição, em razão da atipicidade da conduta, por ausência de elemento objetivo do tipo.

Sustenta, ainda, a insuficiência do conjunto probatório.

Em contrarrazões, o *Parquet* argumenta que a sentença prolatada merece reforma, eis que ausente regulamentação acerca do porte de armas brancas, conforme elemento normativo do tipo penal, concluindo pela atipicidade da conduta.

Aduz, ainda, quanto ao segundo argumento do apelante, que as provas colhidas em Juízo demonstraram que a arma branca pertencia ao Réu, não merecendo acolhida dita arguição.

A Defensoria Pública com atuação na Turma Recursal aditou o recurso interposto, alegando nulidade do procedimento, vez que o Ministério Público não formulou expressamente nem fundamentou a ausência da proposta de suspensão condicional do processo.

Argumente que a pena base da sentença condenatória foi incrementada sem prova do trânsito em julgado dos decretos condenatórios anteriores, contrariando entendimento contido na Súmula n.º 444 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Alega a defesa, ainda, que a sentença atacada não fez menção à substituição da pena privativa de liberdade, *ex vi*, artigos 44, 60, § 2º, e 77, todos do Código Penal.

Parecer do Ministério Público junto à Turma Recursal opina pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Esclareceu o *Parquet*, em relação à suspensão condicional do processo, que o recorrente não preenche os requisitos legais previstos no artigo 89 da Lei 9.099/95, razão pela qual o benefício não foi oferecido.

Em relação à atipicidade da conduta, por ausência de elemento objetivo do tipo, embora não haja regulamentação acerca do porte de arma branca, entende que o fato narrado na denúncia é típico, vez que o advento da Lei n.º 10.826/2003 não revogou o artigo 19 da Lei de Contravenções Penais.

No que tange à argumentação da insuficiência de provas, presume-as coesas e seguras, consoante depoimentos coletados em audiência de instrução e julgamento.

Quanto à majoração da pena base, argui que a exasperação da mesma foi fundamentada, vez que o recorrente responde a processo por roubo qualificado.

No que concerne à ausência de substituição da pena privativa de liberdade, entende que pelas mesmas razões o Réu não preenche os requisitos legais dos artigos 44, 60, § 2º, e 77, todos do Código Penal.

VOTO

Versa o presente sobre apelação que se insurge contra sentença condenatória por infração prevista no artigo 19 da Lei de Contravenções Penais.

Postula a absolvição em razão da ausência do elemento objetivo do tipo, vez que não há norma regulamentadora quanto ao porte de armas brancas.

Alega insuficiência de provas a ensejar decreto condenatório.

Pugna a defesa técnica nulidade do procedimento, haja vista não ter o Ministério Público oferecido o benefício do artigo 89 da Lei 9.099/95, sem fundamentação.

Alega, ainda, ter sido a pena base, aplicada na sentença, majorada com fulcro em condenações anteriores, cujo trânsito em julgado não foi comprovado.

Menciona estar dita exasperação da pena base em desacordo com a Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Pleiteia a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade, a teor do disposto nos artigos 44, 60, § 2º, e 77, todos do Código Penal.

Cabe, inicialmente, a análise da ausência de proposta de suspensão condicional do processo.

Verificando os autos, constata-se que às fls. 60 o Réu admitiu estar cumprindo pena.

Deste modo, embora o Ministério Público não tenha oferecido o benefício previsto no artigo 89 da Lei n.º 9.099/95, não houve caracterização de prejuízo ao Réu.

Assim, não há que se falar em nulidade, consoante disposição da Lei dos Juizados Especiais:

“Art. 65. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta Lei.

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.”

No que tange à alegação de atipicidade da conduta, em que pese o entendimento adotado na douta sentença atacada, da lavra do Excelentíssimo Doutor Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, hoje Eminentemente Desembargador deste Egrégio Tribunal, insta ressaltar que se trata de matéria a ser apreciada à luz da doutrina.

Destaque-se, acerca do tema, a lição de Cezar Roberto Bitencourt, in *“Tratado de Direito Penal, volume 1: Parte Geral”*, São Paulo, Editora Saraiva, 13ª edição, pág.170:

“Leis Penais em branco são as de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal. Na linguagem figurada de Binding (apud Soler, Derecho Penal argentino, Buenos Aires, TEA, 1976, v.1, p.122), ‘a lei penal em branco é um corpo errante em busca de sua alma’. Como conclui Luiz Régis Prado (in Direito Penal Ambiental, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p.43), ‘portanto, na lei penal em branco, o comportamento proibido vem apenas enunciado ou indicado, sendo a parte integradora elemento indispensável à conformação da tipicidade’.”

O artigo 19 do Decreto-Lei n.º 3.688/41 dispõe:

“Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade:

Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.” (grifos nossos)

Há que se concluir, conforme mencionou o ilustre membro do Parquet com atuação junto ao Juízo *a quo*, pela atipicidade do fato narrado na peça exordial, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Neste sentido, vale transcrever julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça:

0450084-54.2008.8.19.0001 (2009.050.05084)

DES. MARIA ANGELICA GUEDES - Julgamento: 29/09/2009 - TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO ECA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO À CONTRAVENÇÃO DO ARTIGO 19 DO DECRETO-LEI 3.688/41. RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO A EXCLUSÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE LEI REGULAMENTANDO O PORTE DE ARMA BRANCA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO PROVIDO PARA EXCLUIR A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE ADVERTÊNCIA APLICADA AO ADOLESCENTE POR ATIPICIDADE DA CONDUTA.

0056766-59.2009.8.19.0000 (2009.059.05294)

DES. MARCO AURELIO BELLIZZE - Julgamento: 29/07/2009 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

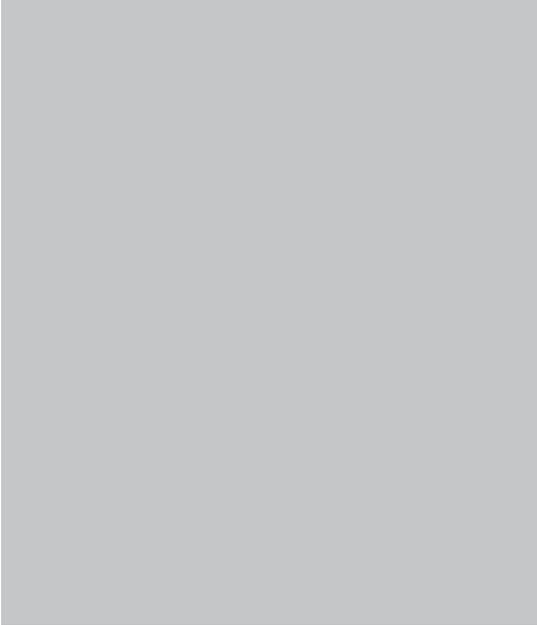
HABEAS CORPUS. Contravenção penal. Porte de arma branca (canivete). Art. 19 do Decreto-Lei nº. 3688/41. Pretensão de trançamento da ação penal por atipicidade da conduta. Ausência de legislação exigindo autorização para o porte de arma branca. Princípio da Legalidade. A contravenção de porte ilegal de arma está diretamente relacionado à instrumentos ofensivos que dependem de prévia licença da autoridade administrativa, ou que tenham sua proibição de porte ou posse prevista em Lei. Concessão da ordem.

Ante o exposto, considerando as razões expostas, voto pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença, para absolver o Réu da imputação de infração ao artigo 19 da Lei de Contravenções Penais, consoante os fundamentos tecidos no presente voto.

Rio de Janeiro, 15 de abril de 2011.

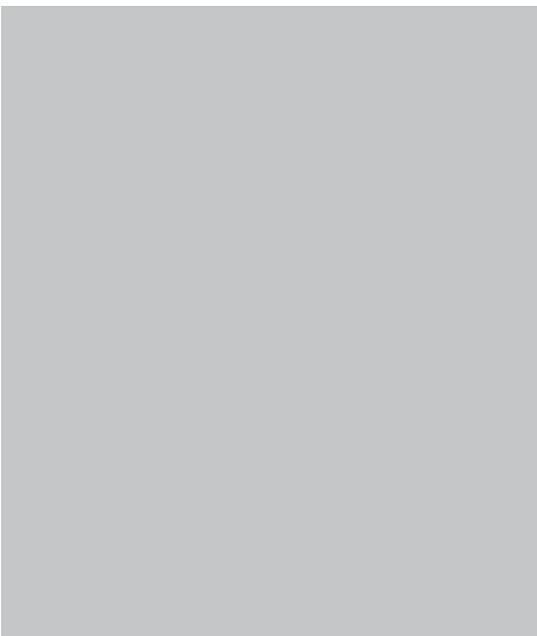
ARTHUR NARCISO DE OLIVEIRA NETO

JUIZ RELATOR



TURMAS RECURSAIS DA

◆ **FAZENDA PÚBLICA** ◆





EMERJ

Colaboradores desta Edição

JUÍZA DANIELLA ALVAREZ PRADO

TJERJ – PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA..... **385, 386 e 420**

JUIZ JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO

TJERJ – PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA..... **390, 394, 398, 404 e 410**

JUIZ LUIZ HENRIQUE O. MARQUES

TJERJ – PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA..... **375, 382 e 424**



EMERJ

Ementas

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO – CONVOCAÇÃO EM CONCURSO - LIMITAÇÃO DE IDADE IMPOSTA NO EDITAL NÃO REGULADA POR LEI ESPECÍFICA - PROVIMENTO. **(PROCESSO Nº 0001271-88.2012.8.19.9000. JUIZ LUIZ HENRIQUE O. MARQUES. JULGADO EM 08 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA) 375**

FÉRIAS NÃO GOZADAS. DIREITO A INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO INOMINADO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE CONEXÃO E LITISPENDÊNCIA. DECISÃO ULTRA PETITA. DEVOLUÇÃO DE TODO O CONTEÚDO IMPUGNÁVEL DA DECISÃO RECORRIDA. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OBSERVÂNCIA DO ART. 730 DO CPC. CRÉDITO SUBORDINADO A TRATAMENTO ESPECIAL DEFINIDO PELA LEI Nº 11.960/2009. PRESENTES OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO, QUE DEVE SER CONHECIDO. PARCIAL PROVIMENTO. **(PROCESSO Nº 0170745-88.2012.8.19.0001. JUIZ LUIZ HENRIQUE O. MARQUES. JULGADO EM 08 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA) 382**

MANDADO DE SEGURANÇA - RPV - VALOR EXECUTADO INCONTROVERSO - CONCESSÃO. **(PROCESSO Nº 0001446-82.2012.8.19.9000. JUÍZA DANIELLA ALVAREZ PRADO. JULGADO EM 14 DE JANEIRO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA) 385**

INDENIZAÇÃO POR FÉRIAS NÃO GOZADAS - INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO – PROVIMENTO. **(PROCESSO Nº 0146710-64.2012.8.19.0001. JUÍZA DANIELLA ALVAREZ PRADO. JULGADO EM 08 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA) 386**

AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE INDEFERE O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CABIMENTO. ART. 3º C/C ART. 4º, AMBOS DA LEI Nº 12.153/2009. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU A PROVA DOS AUTOS. SÚMULA Nº 59 DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. **(AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 00056514-14.2013.8.19.0001. JUIZ JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO. JULGADO EM 05 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA).....390**

MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO REFORMA DE DECISÃO QUE INDEFERIU A CITAÇÃO EDITALÍCIA DE UM DOS RÉUS. CABIMENTO, AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE RECURSO. POSSIBILIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 18, §2º, DA LEI Nº 9.099/95. NORMA EXPRESSA CONTIDA NO ART. 6º, DA LEI 12.153/2009 QUE REMETE À MATÉRIA AO CPC. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. **(PROCESSO NO 0000353-50.2013.8.19.90000. JUIZ JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO. JULGADO EM 04 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA)394**

SERVIDOR PÚBLICO. FÉRIAS NÃO GOZADAS A CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO. PECÚNIA INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL QUE TEM POR TERMO INICIAL O FIM DO VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL PRODUZIDA SOMENTE NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, PONDERAÇÃO DE INTERESSES. PRINCÍPIO QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. **(PROCESSO NO 0313175-63.2012.8.19.0001. JUIZ JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO. JULGADO EM 01 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA).....398**

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DIREITO A INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI MUNICIPAL 94/79. IMPOSSIBILIDADE DE CÔMPUTO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO GRATIFICADA JUNTO À ADMINISTRAÇÃO MUNICI-

PAL INDIRETA. NORMA LEGAL QUE PERMITIA O CÔMPUTO DECLARADA INCONSTITUCIONAL ANTERIORMENTE AO INÍCIO DO EXERCÍCIO NA FUNÇÃO DE CONFIANÇA. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. (PROCESSO NO 0319071-87.2012.8.19.0001. JUIZ JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO. JULGADO EM 01 DE MARÇO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA)..... 404

SERVIDOR PÚBLICO. FÉRIAS NÃO GOZADAS A CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO. PROVA. PECÚNIA INDENIZATÓRIA. AJUIZAMENTO DE VÁRIAS AÇÕES. FRACIONAMENTO DE VALOR. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE DE ATOS ILÍCITOS PRATICADOS PELA ADMINISTRAÇÃO, PERMITINDO O AJUIZAMENTO DE TANTAS DEMANDAS QUANTOS FOREM OS MESES DE FÉRIAS CUJO GOZO FORA NEGADO. DIVERSIDADE DAS CAUSAS DE PEDIR REMOTAS. CONEXÃO QUE NÃO IMPORTA EM AUMENTO DO VALOR DA CAUSA, DE MODO A ULTRAPASSAR O LIMITE DE 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FAZENDÁRIO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. (PROCESSO NO 0233530-86.2012.8.19.0001. JUIZ JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO. JULGADO EM 01 DE FEVEREIRO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA)..... 410

POLICIAL MILITAR – FÉRIAS NÃO GOZADAS - INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO - DESPROVIMENTO. (PROCESSO Nº 0220747-62.2012.8.19.0001. JUÍZA DANIELLA ALVAREZ PRADO. JULGADO EM 14 DE JANEIRO DE 2013. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA).....420

RECURSO – DANO EM VEÍCULO - OMISSÃO GENÉRICA - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO – NÃO COMPROVAÇÃO DE CULPA – DESPROVIMENTO. (RECURSO Nº0128932-18.2011.8.19.0001. JUIZ LUIZ HENRIQUE O. MARQUES. JULGADO EM 09 DE NOVEMBRO DE 2011. PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA).....424



EMERJ

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO – CONVOCAÇÃO EM CONCURSO - LIMITAÇÃO DE IDADE IMPOSTA NO EDITAL NÃO REGULADA POR LEI ESPECÍFICA - PROVIMENTO. (PROCESSO Nº 0001271-88.2012.8.19.9000. JUIZ LUIZ HENRIQUE O. MARQUES. JULGADO EM 08 DE MARÇO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, pelo qual pretende o agravante a concessão de efeito suspensivo ativo, para que lhe seja autorizada a sua convocação para a etapa seguinte do certame para ingresso na Guarda Municipal, qual seja, as provas antropométrica e física. Informa o agravante que, após ser aprovado nas fases objetiva, foi eliminado do concurso por possuir idade superior à máxima exigida no edital.

À fls. 281 consta a cópia da d. decisão impugnada, pela qual foi indeferida a antecipação da tutela, com o fundamento de que o requisito limitação de idade se enquadra nas peculiaridades atinentes ao cargo de guarda municipal e que está previsto no edital do certame.

Às fls. 284/285 foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, reformando a decisão, autorizando o agravante a prosseguir no certame em sua etapa seguinte.

Contrarrazões apresentadas às fls. 288/296.

O Ministério Público manifestou-se às fls. 298/300 pelo desprovimento do recurso.

É o relatório. Passo ao Voto.

De acordo com art. 37, I da Constituição Federal “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos **estabelecidos em lei...**” (grifo nosso). A limitação de idade má-

xima para o acesso a cargos públicos se justifica nas hipóteses em que as atribuições do cargo exijam, a toda evidência, condições físicas específicas para o seu exercício, desde que previstas em lei específica.

As leis municipais que regem a Guarda Municipal não estabelecem qualquer limite máximo para ingresso na carreira, sendo certo e pacífico, inclusive no Supremo Tribunal Federal, que, caso não haja qualquer limitação etária prevista em lei ordinária, não pode o edital do concurso limitar a idade máxima para o ingresso na carreira.

Com efeito, a atual redação da regra do art. 39, § 3º, dispõe que a lei (formal) deve estabelecer requisitos diferenciados de admissão, quando a natureza do cargo o exigir.

A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça, se posiciona no sentido da necessidade de a lei estabelecer restrição ao disposto no artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, que proíbe a discriminação, inclusive por motivo de idade, e, segundo, pela razoabilidade da previsão.

Deste modo, se inexistente previsão legal a estabelecer a referida limitação ao acesso a cargo público, não basta mera previsão editalícia para fazê-la, devendo-se reconhecer a ilegalidade no ato de indeferimento da inscrição do Impetrante.

Vale trazer a lição de Hely Lopes Meirelles: “(...) concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da Constituição da República (Direito Administrativo Brasileiro, RT, 15ª ed., p. 370).

Nesse sentido, os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

RE 184635/MT, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO DJ 04-05-01, P. 35, EMENT. VOL. 2029-04, P. 866, Julgamento: 26/11/1996 - Segunda Turma: 'CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SER-

VIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. LIMITE DE IDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. C.F., art. 7º, XXX; art. 37, I; art. 39, § 2º. I. - Pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em funções, emprego e cargos públicos. Interpretação harmônica dos artigos 7º, XXX, 37, I, 39, § 2º. II. - O limite de idade, no caso, para inscrição em concurso público e ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Mato Grosso -- vinte e cinco anos e quarenta e cinco anos -- é razoável, portanto não ofensivo à Constituição, art. 7º XXX, ex vi do art. 39, § 2º. III. - Precedentes do STF: RMS 21.033-DF, RTJ 135/958; 21.046; RE 156.404-BA; RE 157.863-DF; RE 175.548-AC; RE 136.237-AC; RE 146.934-PR; RE 156.972-PA. IV. - R.E. conhecido, em parte, e provido na parte conhecida.

AgRg nos EDcl no RMS 34904 / BA - AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 2011/0151218-5 - Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) - Órgão Julgador - T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento - 22/11/2011 - ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. LIMITE DE IDADE. POSSIBILIDADE. PREVISÃO EM LEI E NO EDITAL.

1. Esta Corte já assentou o entendimento de que a limitação de idade em concurso público para ingresso nas Forças Armadas é válida, desde que prevista em lei em sentido formal. O que não se mostra compatível com o ordenamento jurídico é a limitação etária prevista apenas no edital ou regulamento.

(...)

Precedentes: RMS 31923/AC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 13/10/2011; AgRg no RMS 34.018/BA, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 24/06/2011; RMS 32.733/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 30/05/2011; RMS 31.933/AC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 12/11/2010; e RMS 18759/SC, Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/07/2009.

3. Agravo regimental não provido.

AgRg no REsp 1191681 / RJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2010/0078795-2 - Relator(a) - Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) - Órgão Julgador - T1 - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento: 20/10/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 26/10/2011 RSTJ vol. 224 p. 121 Ementa-ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. TAIFEIRO DA AERONÁUTICA. LIMITAÇÃO DE IDADE. A IMPOSIÇÃO DE LIMITE ETÁRIO EM CONCURSO PÚBLICO PARA AS FORÇAS ARMADAS DEPENDE DE LEI EM SENTIDO FORMAL. IMPOSSIBILIDADE DA ESTIPULAÇÃO DE CRITÉRIO RESTRITIVO POR MEIO DE EDITAL OU REGULAMENTO. PRECEDENTES DO STJ. ORIENTAÇÃO CONFIRMADA PELO STF NO REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 600.885/RS. (...)AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Constituição de 1988 admite, expressamente, a limitação de idade para os certames de ingresso às Forças Armadas; no entanto, remete à Lei a definição dos requisitos restritivos de acesso.

(...)

7. No caso em apreço, o autor atingiu o limite etário em 03.06.2006, enquanto o Edital estabelecia, como condição para participação no concurso público de admissão para o curso de formação de Taifeiros, que os candidatos não completassem 24 anos antes de 31.12.2006. Referida exigência afronta o princípio da reserva legal, pois, conforme esclarece a sentença, baseia-se em Portaria do Comando da Aeronáutica, não tendo respaldo em lei em sentido estrito. Ademais, tomando-se em conta a natureza das atribuições regulares de um Taifeiro, assim como a proximidade da idade do impetrante daquela tida como máxima para o ingresso no cargo almejado, a limitação etária ofende, também, o princípio da razoabilidade.

(...)

10. Agravo Regimental desprovido.

0076201-50.2008.8.19.0001 (2009.001.60149) - APELAÇÃO - 1ª Ementa DES. ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 16/12/2009 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. LIMITE MÁXIMO DE IDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO AMPLO ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS. Recurso interposto contra decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança, que concedeu a ordem, afastando a limitação etária no edital do Concurso Público para Provimento de Vagas nos Cargos de Soldado e Cabo do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro - especialidade Técnico de Enfermagem, garantindo à Impetrante/Apelada o direito de proceder à inscrição no certame. Os requisitos do cargo, ou seja, as condições que o candidato deve preencher para a investidura em qualquer cargo público, seja de natureza civil ou militar, devem estar contemplados em lei, sendo certo que a fixação de limite de idade através de edital não tem o condão de suprir a exigência constitucional de que tal requisito seja estabelecido por lei, em obediência ao princípio da legalidade. Limitação etária de trinta anos irrazoável, porquanto o cargo ao qual pretende a Impetrante é de técnico de enfermagem, que não exige aptidão física extraordinária. RECURSO DESPROVIDO.

0074145-44.2008.8.19.0001 (2008.227.00027) - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 1ª Ementa DES. RENATO SIMONI - Julgamento: 27/01/2009 - NONA CAMARA CÍVEL
 CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO
 BOMBEIRO MILITAR
 EDITAL DO CONCURSO
 LIMITE DE IDADE
 EXIGÊNCIA NÃO AMPARADA POR LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA
 REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO MANDAMENTAL. CONCURSO PÚBLICO PARA A FUNÇÃO DE ENFERMEIRO DO CBMERJ. IMPETRANTE, INVESTIDO NO CARGO DE 3º SARGENTO

DO CBMERJ EXERCENDO FUNÇÃO DE TÉCNICO DE EMERGÊNCIAS MÉDICAS, QUE SE VIU IMPEDIDO DE INSCREVER-SE PARA O CERTAME POR CONTAR COM 36 ANOS DE IDADE, NASCIDO EM 17 DE MARÇO DE 1972. EDITAL QUE TRAZ COMO UMA DAS EXIGÊNCIAS PARA SER EMPOSSADO, TER O CANDIDATO APROVADO NASCIDO A PARTIR DE 01 DE FEVEREIRO DE 1973. LIMITAÇÃO DE IDADE, DECLARADA CONSTITUCIONAL PELO EXCELSO S.T.F., QUE DEVE SER COERENTE COM A NATUREZA DAS FUNÇÕES EXIGIDAS PELO FUTURO SERVIDOR. APELADO QUE EXERCE FUNÇÃO SEMELHANTE A QUE PRETENDE CONCORRER, EXTRAPOLANDO SUA IDADE EM MENOS DE UM ANO DAQUELA IMPOSTA PELO EDITAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO, CONFIRMANDO-SE A SENTENÇA ATACADA EM REEXAME OBRIGATÓRIO. Ementário: 36/2009 - N. 5 - 17/09/2009 - Precedente Citado : TJRJ AC 2004.001.06365, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, julgado em 23/11/2004.

0045827-22.2006.8.19.0001(2007.001.43060) - 1ª Ementa – APELAÇÃO DES. SIRLEY ABREU BIONDI - Julgamento: 29/10/2007 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - APELAÇÃO CÍVEL. Mandado de Segurança. Candidato em concurso público para admissão do 1º ano do Curso de Formação de Oficiais da Academia de Bombeiro Militar D. Pedro II do Estado do Rio de Janeiro. Concurso de 2006. Eliminação do candidato por idade excedente. Ato praticado pelo Comandante Geral do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro que excluiu o candidato do certame sob a alegação de ter ultrapassado em 5 (cinco) meses a idade máxima estabelecida no Edital. Sentença que denegou a ordem. Possibilidade de fixação de limite de idade para determinadas carreiras, desde que haja previsão legal. Observância ao princípio da legalidade. Limite imposto que não está respaldado por legislação infraconstitucional. Aliás a Lei Estadual nº 880/85 não dispõe sobre o limite de idade para ingresso na corporação. Não sendo esta matéria regulada por lei específica, não seria o edital o instrumento apto a fazê-lo. Não pode o edital limitar o que a lei não

restringiu. Nesse sentido, o entendimento do Excelso Pretório. Precedentes desta Corte. PROVIMENTO DO RECURSO, nos termos autorizativos do art. 557, § 1º -A, do CPC. Ordem concedida.

Assim, se a limitação de idade imposta no edital não foi regulada por lei específica, não pode o edital ser o instrumento apto a fazê-lo. Não pode aquele limitar o que a lei não restringiu, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Por fim, ressalte-se que o argumento trazido pelo Município em suas contrarrazões de que o Termo de Ajustamento de Conduta realizado na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público traz regras sobre a limitação de idade não procede. Certo é que o mencionado termo apenas trouxe a solução referente ao impasse da exigência de estatura mínima para o ingresso no cargo, nada mencionando acerca da idade.

Isso posto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, confirmando os efeitos da tutela deferida, que autorizou a convocação do autor para participar da fase subsequente, ou seja, as provas antropométrica e física.

Rio, 08 de março de 2013.

LUIZ HENRIQUE O. MARQUES.

JUIZ DE DIREITO

FÉRIAS NÃO GOZADAS. DIREITO A INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO INOMINADO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE CONEXÃO E LITISPENDÊNCIA. DECISÃO ULTRA PETITA. DEVOLUÇÃO DE TODO O CONTEÚDO IMPUGNÁVEL DA DECISÃO RECORRIDA. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OBSERVÂNCIA DO ART. 730 DO CPC. CRÉDITO SUBORDINADO A TRATAMENTO ESPECIAL DEFINIDO PELA LEI Nº 11.960/2009. PRESENTES OS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO, QUE DEVE SER CONHECIDO. PARCIAL PROVIMENTO. **(PROCESSO Nº 0170745-88.2012.8.19.0001. JUIZ LUIZ HENRIQUE O. MARQUES. JULGADO EM 08 DE MARÇO DE 2013)**

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA

VOTO

Trata-se de recurso inominado interposto contra sentença que condenou o Estado do Rio de Janeiro ao pagamento de verba indenizatória correspondente aos serviços prestados durante o período de gozo de férias do servidor, por absoluta necessidade do serviço.

Além da nulidade da sentença, o inconformismo concentra-se na alegada possibilidade de gozo das férias a qualquer momento, antes da aposentadoria do servidor; a ocorrência de prescrição, contada a partir da violação ao direito, manejando temas já exaustivamente examinados e repelidos, um a um, por esta Corte de Justiça, repetidas vezes.

Conexão corretamente repelida pelo *decisum*. Inexistência. Diversidade de causas de pedir remotas. Ausência dos requisitos do art.103 do CPC. Diversidade de atos ilícitos praticados pela Administração, ao inviabilizar o gozo das férias do servidor público durante o período de tempo previsto pela legislação especial, autorizando o ajuizamento de tantas demandas quantos forem os meses de férias cujo gozo fora negado, incapaz

de influenciar nas regras determinantes da competência da Corte Especial Fazendária.

Litispendência não configurada, outrossim. Pluralidade de ações em curso que se apresentam distintas, não possuindo identidade de seus elementos.

Lesão que se protraí no tempo, gerando a justa expectativa no espírito do servidor público de um dia vir a gozar as merecidas férias, esperança que se prolonga ao longo de todo o tempo restante de atividade, subsistindo até a data da sua aposentação. Inocorrência de prescrição quinquenal, que se inicia com a aposentadoria do servidor, ocorrida, na hipótese em apreço, em 2011.

A matéria tem tratamento especial, prevendo o art. 91 do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, decreto nº 2.479/79, ser proibida a acumulação de férias, salvo imperiosa necessidade de serviço, não podendo, nesse caso, abranger mais de dois períodos.

Prova de que o servidor não usufruiu os períodos de férias pretendidos e indicados, seja durante o tempo de regular gozo das férias, seja durante o período admitido pela norma referida. A possibilidade de postergação do desfrute do benefício, em virtude da necessidade do serviço, que tem os limites fixados pela lei, não autoriza a supressão do direito. Não é lícito à Administração Pública privar o servidor do gozo das férias, indefinidamente, e, simultaneamente, não proporcionar a devida compensação financeira pelo período trabalhado executado, a bem do serviço público. Impossibilidade de o Estado se aproveitar da força laborativa de seus servidores, sem a devida contraprestação.

Ausência de lei prevendo a indenização não tem o condão de suprimir o aludido direito, prevalecendo o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, com sede legal nas disposições do art. 884, do Código Civil, de aplicação genérica e irrestrita.

Sentença *ultra petita*. Pagamento do terço constitucional de férias que não foi objeto do pedido. Recurso do Estado que pugna pela total im-

procedência, portanto, sendo possível a exclusão de parte da condenação, eis que abrangida pela matéria devolvida ao órgão revisor.

Pequenos reparos na d. decisão no tocante à inclusão do terço constitucional, que não fez parte do pedido formulado pelo autor da ação, bem como quanto ao prazo para pagamento, durante a fase executiva do processo, devendo ser garantindo o rigoroso cumprimento das disposições do art. 730 do Código de Processo Civil, assegurando à Fazenda devedora o direito ao contraditório.

Observância do artigo 13, I da Lei nº 12.153/09. Previsão de que, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo máximo de 60 dias, a partir da entrega da requisição do juiz à autoridade citada.

Omissão quanto à aplicação dos juros moratórios. Índice aplicável ao caso de 0,5% ao mês, consoante o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, por se tratar de ação contra a Fazenda Pública. A partir de 29/06/2009, o cálculo da atualização monetária e da compensação de mora deve ocorrer nos moldes previstos no artigo 5º, da Lei nº 11.960/2009, que alterou a citada lei, para uniformizar a atualização monetária e dos juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública.

Voto pelo conhecimento do recurso e seu parcial provimento, reformando a sentença para excluir o terço constitucional, mantendo a condenação do Estado ao pagamento da indenização das férias não gozadas requeridas, com base nos vencimentos brutos atuais, sem descontos fiscais ou previdenciários, observando-se o prazo máximo de 60 (sessenta) dias, abrindo-se oportunidade de defesa para o Estado, sem prejuízo do cumprimento do art. 730 do Código de Processo Civil. Aplicação da Lei nº 9.494/97 com as modificações trazidas pela Lei nº 11.960/09.

Sem condenação em verbas de sucumbência.

Rio de Janeiro, 08 de março de 2013.

LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES

JUIZ RELATOR

MANDADO DE SEGURANÇA - RPV - VALOR EXECUTADO INCONTROVERSO - CONCESSÃO. (PROCESSO Nº 0001446-82.2012.8.19.9000. JUÍZA DANIELLA ALVAREZ PRADO. JULGADO EM 14 DE JANEIRO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA

VOTO

Cuida-se de Mandado de Segurança, em que o impetrante – Estado do Rio de Janeiro- interpôs o presente contra ato do magistrado do I Juizado Especial Fazendário da Comarca da Capital contra decisão do Juizado Fazendário que determinou a requisição de numerário para pagamento de condenação sem o cumprimento do art.730 do CPC. O pedido liminar foi deferido (fls. 133). O Ministério Público, às fls.143, opinou nos autos, pela concessão da segurança, com a anulação da R. decisão do juízo monocrático. A questão em exame cinge-se ao afastamento pelo d. magistrado de 1º instância da regra prevista no art. 730 do CPC, dispensando a prévia citação para oposição de embargos antes da expedição de RPV, aplicando de forma imediata a regra específica prevista no art. 13 da Lei 12.153/2009. No entanto, insta salientar que o CPC é aplicado subsidiariamente ao procedimento especial estabelecido para o Juizado Especial Fazendário, nos termos do art. 6º da Lei Federal 12.153/2009. Outrossim, o procedimento previsto no art. 13 da Lei dos Juizados Especial Federais não afastou as regras gerais da execução contra Fazenda Pública. Versou o dispositivo legal sobre a forma pela qual se dará o pagamento das dívidas de pequeno valor contra Fazenda Pública, após o decurso do prazo de oposição de embargos do réu, ou seja, quando o valor executado se tornar incontroverso. Isso posto, voto pela concessão da segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida, determinando a citação do impetrante na forma do art. 730 do CPC.

Rio de Janeiro, 08 de março de 2013.

DANIELLA ALVAREZ PRADO

JUÍZA RELATORA

INDENIZAÇÃO POR FÉRIAS NÃO GOZADAS - INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO – PROVIMENTO. (**PROCESSO Nº 0146710-64.2012.8.19.0001. JUÍZA DANIELLA ALVAREZ PRADO. JULGADO EM 08 DE MARÇO DE 2013**)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA

DESPACHO FLS. 153: “Considerando que não há nos autos certidão cartorária contendo todas as informações dos andamentos processuais acerca das outras ações que o autor tem em juízo requerendo indenização por férias não gozadas, converto o feito em diligência e determino o retorno dos autos ao juízo de origem para que o cartório certifique se há outras ações tramitando em juízo com mesmo objeto, e qual foi o resultado de cada uma delas, possibilitando dessa forma, o juízo analisar no caso concreto, se há ou não conexão e se essas implicam na ultrapassagem do teto dos Juizados Especiais Fazendários, devendo a parte autora ser intimada para se manifestar nos autos se renuncia ao valor que ultrapassar o teto de 60 salários mínimos. Após, voltem conclusos.

CERTIDÃO CARTORÁRIA FLS. 157, dando conta que o autor não possui outras ações.

PROCESSO RETORNOU AO CONSELHO APÓS CUMPRIDA A DILIGÊNCIA.

NOVO ENTENDIMENTO DESCONSIDERA SE HÁ OUTRAS AÇÕES.

VOTO

Cuida-se de Recurso interposto pelo autor contra sentença que julgou improcedente o pedido de conversão de período de férias em pecúnia.

Trata-se de policial civil que pleiteia indenização por férias não gozadas no relativo ao ano de 2000 a 2006.

Sentença que merece reforma. Com efeito, a matéria já é bastante conhecida e o entendimento consolidado, inclusive nesta Turma Fazendária, senão vejamos jurisprudência nesse sentido.

Prova. Pecúnia indenizatória. 1- Pretensão a verba indenizatória em decorrência de férias não gozadas. Se a servidora fez prova de que não usufruiu férias por vontade da administração pública (art. 333 I do CPC), impõe-se o pagamento da indenização, sob pena de enriquecimento ilícito. Direito amparado no art. 7º inciso XVII c/c art. 39 § 3º da Constituição da República. Precedentes da Câmara. 2- Sentença mantida em reexame necessário. Apelação com seguimento negado pela relatora, na forma do art. 557 do CPC. ([0187050-55.2009.8.19.0001](#) - APELAÇÃO - 1ª Ementa, DES. ZELIA MARIA MACHADO - Julgamento: 31/03/2011 - QUINTA CAMARA CIVEL)

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DECISÃO MONOCRÁTICA INSPE-
TOR DE POLÍCIA - FÉRIAS NÃO GOZADAS E NÃO REMUNERA-
DAS - AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PREVENDO INDENIZAÇÃO
QUE NÃO TEM O CONDÃO DE SUPRIMIR O ALUDIDO DIREITO
QUANDO NÃO GOZADAS AS FÉRIAS – UTILIZAÇÃO DA FORÇA
DE TRABALHO DURANTE AS FÉRIAS – PRÁTICA QUE IMPLICA
EM ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA EM FAVOR DA ADMINIS-
TRAÇÃO PÚBLICA - NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO
(CPC, 557, CAPUT). ([0142690-69.2008.8.19.0001](#) - APELACAO
- 1ª Ementa, DES. MARIO GUIMARAES NETO - Julgamento:
29/03/2011 - DECIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL)**

**INDENIZAÇÃO DE FÉRIAS NÃO GOZADAS - SERVIDOR PÚBLICO
- POSSIBILIDADE - A inexistência de previsão legal a respeito de
indenização de férias não gozadas para os servidores sob regime
estatutário não pode gerar uma dupla penalização, consistente
na privação ao direito de descanso e na ausência de remunera-
ção pelo período trabalhado. A utilização da força de trabalho
no período de férias sem a devida remuneração ocasionaria
enriquecimento ilícito do Estado. Confirmada a sentença em
reexame necessário quanto a correção monetária e juros aplica-
dos. Negado seguimento ao recurso manifestamente improce-
dente. ([0368508-05.2009.8.19.0001](#) - APELAÇÃO / REEXAME NE-**

CESSÁRIO - 1ª Ementa, DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento: 28/02/2011 - DÉCIMA SETIMA CÂMARA CÍVEL)

DIREITO ADMINISTRATIVO - POLICIAL CIVIL. FÉRIAS NÃO GOZADAS. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1 - Apelado que objetiva indenização por férias não gozadas, por necessidade do serviço, referentes aos exercícios de 2003 a 2008.2 - A hipótese em questão visa indenizar o servidor, tendo em vista a indisponibilidade de direito constitucionalmente assegurado, não sendo o caso anteriormente previsto no artigo 77 da C.E., já que a conveniência não foi do servidor. Precedentes deste Tribunal e do STJ.3 - A utilização da força de trabalho no período de férias sem a devida remuneração redundaria em enriquecimento ilícito do Estado.4 - Desprovisionamento do recurso (0280557-70.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa, DES. JACQUELINE MONTENEGRO - Julgamento: 01/02/2011 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL).

A fundamentação para tanto se encontra no texto constitucional e no princípio geral do direito que veda a prestação de serviço gratuito e o enriquecimento sem causa. Ora, se o servidor está trabalhando para atender a administração, nada mais justo que recompensar o mesmo com a indenização.

Na hipótese, tem-se que o servidor comprovou que deixou, por interesse da Administração, de gozar, oportunamente, as férias a que tinha direito, razão pela qual o direito lhe assiste. Ademais, à Administração Pública é que cabia inseri-lo em escala de gozo de férias, nem que compulsoriamente, e, se não o fez, é porque isso não lhe interessava, estabelecendo-se uma presunção em favor do servidor, sendo certo que a prática do cotidiano administrativo faz-nos constatar que anualmente tal escala deve ser remetida ao órgão competente pelos respectivos superiores hierárquicos, sob pena de sua própria responsabilidade.

De igual sorte não se pode permitir que esse direito surja após a passagem do servidor para a inatividade; a uma porque poderia este termo nem chegar a se estabelecer e, a duas, porque a própria legislação dos ser-

vidores públicos estaduais impede a cumulação de mais de dois períodos de férias, conforme se extrai do artigo 91 do Decreto nº. 2479/79.

Por fim, importante destacar que o STF, também, fixou jurisprudência no sentido de que “o servidor público tem direito à indenização pelo Estado em relação a benefícios não gozados, quando indeferidos por interesse do serviço, sendo legítimo o ressarcimento, seja com fundamento na teoria da responsabilidade civil do Estado, seja com esteio na vedação ao enriquecimento sem causa da Administração. [Súmula n. 279 do STF]. Precedentes.” (RE 588.937-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 4-11-08, DJE de 28-11-08).

Face ao exposto, conheço do recurso e dou provimento para condenar a Administração pelo exposto ao pagamento da indenização relativa a um mês de vencimento brutos, sem desconto fiscais ou previdenciários, em compensação pelas férias adquiridas e não gozadas nos anos postulados em inicial, valores estes que devem ser corrigidas monetariamente e acrescidos de juros mediante aplicação uma única vez do índice aplicado à caderneta de poupança desde a data da citação. Sem custas e honorários.

Rio de Janeiro, 08 de março de 2013.

DANIELLA ALVAREZ PRADO

JUÍZA RELATORA

AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE INDEFERE O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CABIMENTO. ART. 3º C/C ART. 4º, AMBOS DA LEI Nº 12.153/2009. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA TERATOLÓGICA, CONTRÁRIA À LEI OU À PROVA DOS AUTOS. SÚMULA Nº 59 DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. **(AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 00056514-14.2013.8.19.0001. JUIZ JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO. JULGADO EM 05 DE MARÇO DE 2013)**

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto alvejando decisão interlocutória proferida pelo Juízo de Direito do Juizado Especial Fazendário da Comarca da Capital, que, nos autos de ação ajuizada pelo Agravante indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela através da qual pretendia prosseguir nas ulteriores fases do certame.

Alega em sua inicial, em síntese, ter sido eliminado do concurso para provimento de cargo de Soldado da Polícia Militar no Exame Social, tendo em vista ter respondido a dois processos infracionais por porte ilegal de arma, destacando a defesa que em ambos somente lhe teria sido aplicada advertência, não possuindo qualquer anotação em sua folha de antecedentes criminais.

Dispensou as informações tendo em vista estar o recurso suficientemente instruído, sendo verificado por este magistrado em consulta ao processo virtual original que o art. 526 do CPC foi devidamente cumprido.

É o Relatório, passo ao **VOTO**:

Já pacífico o entendimento segundo o qual incabível a interposição de agravo de instrumento em relação a decisões proferidas pelos Juízes que compõem o sistema dos Juizados Especiais Cíveis, tendo em vista a ausência de previsão legal.

Solução diversa, no entanto, se afigura em se tratando de decisão proferida em Juizado Especial da Fazenda Pública, tendo em vista a expressa previsão legal contida no art. 4º da Lei nº 12.153/2009, combinado com o art. 3º da mesma norma legal. Confira-se:

“Art. 3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir quaisquer providências cautelares e antecipatórias no curso do processo, para evitar dano de difícil ou de incerta reparação.

Art. 4º **Exceto nos casos do art. 3º**, somente será admitido recurso contra a sentença.”

Assim, dúvida não há quanto ao cabimento de recurso em face da decisão que defere ou indefere providência cautelar e antecipatória.

A pergunta que poderia subsistir seria quanto à modalidade de recurso a ser manejado pela parte interessada, bem como quanto ao procedimento a ser adotado diante da ausência de previsão na norma que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Tal questão é facilmente resolvida pela aplicação subsidiária do CPC, observância esta que nos é ordenada pelo art. 27 da Lei nº 12.153/2009, sendo certo que o art. 522 da lei adjetiva civil estabelece que caberá agravo na forma de instrumento das decisões interlocutórias proferidas no curso do processo que sejam suscetíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, o que é o exato caso dos autos.

Não se pode perder de vista, no entanto, que o procedimento em regra a ser adotado deve também observância aos princípios do sistema dos Juizados Especiais, dentre os quais merecem o devido destaque os princípios da simplicidade, celeridade, informalidade e economia processual, pelo que possível ser dispensada a manifestação da parte agravada em não se vislumbrando prejuízo ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, o que também é o caso dos autos, motivo pelo qual passo ao imediato exame do mérito recursal.

Escorreita a decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, tendo em vista que o próprio Autor, ora Agravante, em sua petição inicial, reconhece ter praticado dois atos infracionais análogos ao crime de porte ilegal de arma enquanto inimputável.

Prevê o art. 37 da Constituição Federal que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”.

E sob essa ótica, a investigação social mostra-se absolutamente legal, caracterizando-se como elemento necessário para que a Administração possa aferir, sempre de forma objetiva, se o candidato atende ao perfil que o eficiente desempenho do cargo público exige, tendo em vista suas peculiaridades e necessidades específicas para a atuação do profissional.

Na verdade, é evidente que o exame de investigação social, cuja finalidade é observar as práticas e condutas ordinárias do candidato que se mostrem inadequadas à função a ser desempenhada no exercício do cargo de policial militar, tem caráter eliminatório.

Daí, a previsão de exame social dos candidatos no edital do concurso se encontrar em total sintonia e de pleno acordo com os parâmetros constitucionais, sendo que sua adoção encontra amparo no exercício do direito discricionário da Administração Pública.

Aliás, a exigência de exame social para candidato a policial militar está acobertada não apenas pela legislação, mas, essencialmente, pela lógica e pela racionalidade, em face das peculiaridades da função.

Por outro lado, a análise e a aferição da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário também não padecem de qualquer ilegalidade, uma vez que devem sempre estar calcadas nos princípios da razoabilidade, da legalidade, impessoalidade, isonomia e dos demais princípios, muito embora lhe seja vedada a apreciação do mérito administrativo.

E no caso em exame, segundo a informação prestada pelo Centro de Recrutamento e Seleção de Praças, a reprovação do Agravante se deu em

razão de o mesmo ter omitido a informação segundo a qual ele próprio admite já ter passagens pela polícia, recebendo a medida de advertência por ocasião dos dois atos infracionais praticados pelo mesmo, ambos análogos ao crime de porte de arma de fogo.

Assim, considerando que a decisão agravada foi proferida com base em um juízo de cognição sumária, podendo ser reconsiderada ao fim da instrução processual, não se mostra a mesma teratológica ou ilegal, pelo que deve ser a mesma mantida.

Vale ressaltar a orientação contida na Súmula 59 deste Tribunal de Justiça, nos termos seguintes:

“Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos”.

Por tais motivos, VOTO pelo **CONHECIMENTO e DESPROVIMENTO AO RECURSO.**

Rio de Janeiro, 05 de março de 2013.

JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO

JUIZ DE DIREITO RELATOR

MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO REFORMA DE DECISÃO QUE INDEFERIU A CITAÇÃO EDITALÍCIA DE UM DOS RÉUS. CABIMENTO, AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE RECURSO. POSSIBILIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 18, §2º, DA LEI Nº 9.099/95. NORMA EXPRESSA CONTIDA NO ART. 6º, DA LEI 12.153/2009 QUE REMETE À MATÉRIA AO CPC. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. (PROCESSO NO 0000353-50.2013.8.19.90000. JUIZ JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO. JULGADO EM 04 DE MARÇO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, objetivando o impetrante a reforma de decisão proferida nos autos que indeferiu a citação por edital do 2º Réu da ação originária.

Aduz o Impetrante desconhecer o paradeiro do referido Réu, para quem alienou seu veículo, não tendo havido a transferência de titularidade, pelo que requereu sua citação por edital, o que foi indeferido sob a fundamentação de a mesma ser incabível em sede de Juizados Especiais.

Dispensio sejam prestadas as informações, eis que o feito já encontra-se devidamente instruído.

É o Relatório, passo ao **VOTO**:

O mandado de segurança tem cabimento para amparar direito líquido e certo que se demonstre de plano.

A respeito, vale transcrever a lição do mestre Hely Lopes Meirelles:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há

de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: ... Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança”.¹

No caso em análise, verifica-se que o Impetrante maneja o referido remédio constitucional em face de decisão judicial, sendo certo que, não havendo previsão na Lei nº 12.153/2009 quanto ao cabimento de recurso, há que se reconhecer sua admissibilidade.

Passando-se ao mérito, entendo assistir razão ao Impetrante.

Muito embora seja a Lei Federal nº 9.099/95 aplicável subsidiariamente por força do disposto no art. 27 da Lei 12.153/2009, existindo previsão expressa naquela - mais especificamente em seu art. 18, §2º - quanto à impossibilidade de citação editalícia, a lei de regência dos Juizados Fazendários também estabelece a aplicação subsidiária do CPC que, por sua vez, permite a referida citação ficta.

Em um primeiro momento, parece estarmos diante de um conflito aparente de normas, no entanto, o art. 6º da Lei nº 12.153/2009 exclui tal possibilidade ao estabelecer, de forma expressa, que:

“Quanto às citações e intimações, aplicam-se as disposições contidas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil”

Assim, inexistente espaço para dúvida tendo em vista que o art. 231, do CPC estabelece tal possibilidade caso seja o paradeiro do Réu ignorado, o que é o caso dos autos.

Acerca de tal tema, já decidiu a Egrégia Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal e Territórios, conforme ementas colacionadas na inicial do writ e que ora são trazidas à colação:

¹ Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data, 14ª.ed, Editora Malheiros, 1988, pág. 25.

“PROCESSUAL CIVIL. JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. CITAÇÃO POR EDITAL. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CASSADA.

1. A LEI Nº 12.153/2009, QUE DISCIPLINOU SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA NO ÂMBITO DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL, DOS TERRITÓRIOS E DOS MUNICÍPIOS, ESTABELECEU EXPRESSAMENTE EM SEU ARTIGO 6º QUE AS CITAÇÕES SERÃO FEITAS SEGUINDO-SE AS REGRAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONSIDERANDO O EXPOSTO ACIMA, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM VEDAÇÃO DA CITAÇÃO POR EDITAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA.

2. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA CASSADA.” (TJDFT – 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal – Relator: Juiz José Guilherme de Souza – Processo n. 0187288-39.2011.807.001 – Julgado em 28.02.2012)

“JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO POR EDITAL.

É PERMITIDO, NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA, A CITAÇÃO POR EDITAL, EM FACE DO QUE DISPÕE O ART. 60 DA LEI 12.153/2009, SOB PENA DE CONFIGURAR-SE DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI E NEGATIVA DE JURISDIÇÃO. PRECEDENTE (ACÓRDÃO N. 537505, 20100111061925ACJ, RELATOR AISTON HENRIQUE DE SOUSA, 2A TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO DISTRITO FEDERAL, JULGADO EM 13/09/2011, DJ 27/09/2011 P. 287)

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA E DETERMINAR A CITAÇÃO DO RÉU, POR EDITAL.” (TJDFT – 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF – Rel. Juiz JOÃO FISCHER – Processo n. 0155082-69.2011.8.07.0001- Julgado em 13.03.2012 - Publicado no DJE : 11/04/2012 . Pág.: 263)

Vale destacar o acerto da decisão legislativa diante da competência absoluta que possuem os Juizados Especiais de Fazenda Pública, chegando-se facilmente à conclusão de que solução diversa acarretaria a ausência de jurisdição quanto a matéria em caso de o Réu ou seu endereço ser incerto ou desconhecido, o que não poderia se admitir ante a norma constitucional contida no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

Admitida, assim, a possibilidade de citação por edital no preenchimento dos requisitos alternativos estabelecidos no art. 231 do CPC, VOTO pela **CONCESSÃO DA SEGURANÇA**, reformando a decisão guerreada e determinando o prosseguimento do feito.

Rio de Janeiro, 04 de março de 2013.

JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO

JUIZ DE DIREITO

SERVIDOR PÚBLICO. FÉRIAS NÃO GOZADAS A CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO. PECÚNIA INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL QUE TEM POR TERMO INICIAL O FIM DO VÍNCULO COM A ADMINISTRAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL PRODUZIDA SOMENTE NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, PONDERAÇÃO DE INTERESSES. PRINCÍPIO QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. (PROCESSO NO 0313175-63.2012.8.19.0001. JUIZ JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO. JULGADO EM 01 DE MARÇO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA

RELATÓRIO

Trata-se de ação em que se postula o pagamento de valor correspondente a sete meses de vencimentos brutos e atuais a título de ressarcimento por férias não gozadas nos anos de 1989, 1996, 2002, 2003, 2004, 2008 e 2009, sem incidência de imposto de renda e contribuição previdenciária.

Sentença julgando procedente o pedido, condenando o Réu “*a indenizar o autor, no valor equivalente a 07 (sete) períodos de férias, ou seja, 1989, 1996, 2002, 2003, 2004, 2008 e 2009, observando-se o valor vigente à época do efetivo pagamento, que deverá ser efetuado 30 dias após o trânsito em julgado da presente sentença acrescido do terço constitucional, ressalvados os valores recebidos administrativamente.*”

Recorreu o Réu sustentando que ao contrário do alegado pelo Autor, o mesmo gozou os sete meses cuja conversão em pecúnia é requerida, juntando para tanto certidão que não foi impugnada por aquele por ocasião de sua manifestação em contrarrazões. Alega, ainda, a impossibilidade de reparação de lesão ainda não ocorrida, o que se daria com a perda do vínculo, conforme orientação da jurisprudência, bem como a criação de um direito imprescritível. Sustenta a inexistência da *actio nata*. Aduz, ainda a inconstitucionalidade da Constituição do Estado, art. 77, inciso XVII, lei que

permitia a conversão das férias em pecúnia, negando o ilícito administrativo a ensejar reparação.

É o Relatório, passo ao **VOTO**:

Conheço do recurso, eis que presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

A preliminar de mérito de prescrição da pretensão deduzida não pode ser acolhida, pois, na hipótese, o não exercício de um direito estatutário do servidor, por impedimento imposto pela própria Administração, constitui ato omissivo. O ato omissivo não dá ensejo ao início do cômputo do prazo prescricional, o qual exige, para a sua fluência expressa negativa da Administração ou o fim do vínculo entre as partes, quais sejam, Administração e Servidor.

Esse é o entendimento do TJRJ:

*“Agravamento Interno. Artigo 557 do CPC. Ação de cobrança. Servidor público municipal celetista transformado em estatutário. Pretensão de conversão da licença prêmio em pecúnia. Sentença de procedência. Inconformismo da Municipalidade. Decisão monocrática desta Relatora negando seguimento ao recurso nos termos do art. 557, caput, do CPC, tendo em vista suas razões se encontrarem em manifesto confronto com a jurisprudência deste E. Tribunal e do E. Superior Tribunal de Justiça. Novo inconformismo da municipalidade. Entendimento desta Relatora quanto à manutenção da Decisão Monocrática hostilizada. Admissibilidade de cômputo de tempo de serviço prestado sob a égide do regime celetista para fins de concessão de licença prêmio. Direito assegurado pelas Leis 2139/2001 e 2335/2008. Possibilidade de conversão em pecúnia do direito à férias e utilização da licença prêmio. Prescrição e inconstitucionalidade por vício de iniciativa não configuradas. **Somente com a aposentadoria do servidor tem início o prazo prescricional do seu direito de pleitear indenizações referentes a licenças-prêmio e férias não gozadas.** Situação não verificada no caso presente, no qual o servidor continua ativo. Precedentes do STJ. Inexistência de ar-*

gumentos hábeis a infirmar a decisão monocrática proferida por esta Relatora. CONHECIMENTO DO RECURSO E DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO”. (TJRJ - [0000736-34.2007.8.19.0045 \(2008.001.19086\)](#) - APELACAO - 2ª Ementa - DES. CONCEICAO MOUSNIER - Julgamento: 27/08/2008 - VIGESIMA CAMARA CIVEL) (grifei)

“SERVIDOR PÚBLICO. FÉRIAS NÃO GOZADAS. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. **Não há que se falar em prescrição do direito as férias posto que a fluência do prazo somente se inicia com o ato de concessão de aposentadoria.** É possível a conversão do direito a férias não gozadas em pecúnia uma vez que se cuida de direito social, advindo diretamente da CRFB/88, nos termos do art. 7º, XVII, extensíveis ao servidor público na forma do art. 39, §3º. A não conversão configurar-se-ia em enriquecimento ilícito da Administração Pública. A condenação em dobro do valor da atual remuneração do autor encontra arrimo no art. 37, §6º da CRFB/88. Não há qualquer violação a direito da personalidade do servidor público, não havendo que se falar em compensação por danos morais. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.” (TJRJ - [0000850-44.2005.8.19.0044 \(2007.001.61763\)](#) - APELACAO - 1ª Ementa - DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 15/04/2008 - NONA CAMARA CIVEL) (grifei)

Considerando que o Recorrente acostou aos autos, junto com seu recurso inominado, documentos com a intenção de demonstrar que o Recorrido gozou os sete meses de férias cuja conversão em pecúnia a título indenizatório é postulada, há que se destacar a necessidade da análise de questão prejudicial ao exame de tal tese recursal, qual seja, a possibilidade de o Recorrente se valer da produção de prova documental que não pode ser considerada nova em tal fase na tentativa de reverter o resultado da demanda.

Inaplicável o disposto no art. 397 do CPC, eis que, como já dito, não se trata de prova nova, mas sim de documentos cuja produção já poderia ter sido feita ao longo da instrução processual.

Muito embora em virtude do princípio da concentração dos atos vigente no sistema dos Juizados Especiais haveria que se exigir que toda a instrução probatória fosse realizada por ocasião da audiência de instrução e julgamento eventualmente realizada ou até o fim do prazo para apresentação de contestação, há que se ter em mente também vigorar em tal sistema os princípios da informalidade e instrumentalidade processual, que autorizariam a dispensa de formalidades processuais em prol da consecução da prestação jurisdicional justa.

Assim, dúvida não há quanto à necessidade de se realizar verdadeira ponderação de interesses, de modo a se definir, caso a caso, qual princípio deve preponderar, resolvendo tal questão.

No presente embate entre os princípios supracitados, entendo haver que ser considerado outro princípio por demais caro em nossa ordem constitucional, qual seja, o princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Contrassenso seria, sob o fundamento de se evitar o enriquecimento sem causa do Estado em detrimento do servidor, que supostamente teve tolhido seu direito a gozar suas justas férias, reconhecer direito à indenização de períodos cuja fruição foi efetivamente concedida a este, como alega o Recorrente dar conta a documentação acostada.

Ressalte-se a inexistência de ofensa ao princípio do contraditório, tendo em vista que o Recorrido, por ocasião de sua manifestação em contrarrazões, teve a oportunidade de se manifestar quanto à documentação acostada, deixando de ofertar qualquer impugnação ou mesmo de apresentar resistência a produção de tal prova.

Ademais, a conduta do Estado de somente proceder a juntada de tais provas na fase recursal não pode ser considerada de má-fé diante da já notória dificuldade dos procuradores que defendem tal ente na obtenção de documentação e subsídios necessários à elaboração de sua defesa, dificuldade esta que é reconhecida pelo próprio legislador ao conceder prazo diferenciado para apresentação de sua contestação nos processos em trâmite fora do rito especial dos Juizados Especiais.

Entendo, assim, possível a produção da referida prova documental, fazendo menção ao brilhante voto proferido pela Eminente Desembargadora Helena Cândida Lisboa Gaede, cuja ementa ora é colacionada:

“APELAÇÃO CÍVEL. RITO SUMÁRIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO OBJETIVANDO INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. RÉUS REVEIS. AUSÊNCIA NA AUDIÊNCIA DO ART. 277 DO CPC QUE NÃO FOI EFETIVAMENTE JUSTIFICADA PELOS MESMOS, NÃO SENDO SUFICIENTE A ALEGAÇÃO DE PERDA DO MANDADO DE CITAÇÃO E INTIMAÇÃO NA ENCHENTE OCORRIDA NO MUNICÍPIO DE FRIBURGO. RÉUS QUE, PORÉM, COLACIONARAM, JUNTO AO RECURSO DE APELAÇÃO, DECLARAÇÃO DO PREPOSTO DO AUTOR, ASSUMINDO, IMPLICITAMENTE, A CULPA PELO ACIDENTE, JÁ QUE SE COMPROMETEU A ARCAR COM AS DESPESAS DOS RÉUS RELATIVAS AO EVENTO EM QUESTÃO. DOCUMENTO QUE INFLUI DECISIVAMENTE NO JULGAMENTO DA AÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO EG. STJ E DESTE TJERJ QUE POSSIBILITA ANÁLISE DAS PROVAS DOCUMENTAIS JUNTADAS EM SEDE RECURSAL, DESDE QUE SEJA SUBMETIDO AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO, ATRAVÉS DAS CONTRARRAZÕES, E NÃO HAJA MÁ-FÉ. DOCUMENTO QUE NÃO FOI ESPECIFICAMENTE IMPUGNADO PELO AUTOR, DE MODO QUE SE PRESUME POSSUIR O MESMO DECLARAÇÃO VERDADEIRA, A TEOR DO QUE DISPÕE OS ARTS. 372 E 373 DO CPC. ASSIM, VERIFICA-SE QUE A RESPONSABILIDADE PELO ACIDENTE DE TRÂNSITO FOI DO PREPOSTO DO AUTOR, DE MODO QUE EXCLUÍDO O DEVER DOS RÉUS EM INDENIZAR O PREJUÍZO MATERIAL PELO MESMO SOFRIDO. DADO PROVIMENTO AO RECURSO, PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO, INVERTENDO-SE OS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.” (TJRJ - Decima Oitava Câmara Cível - Des. Helena Cândida Lisboa Gaede - Apelação 0004647-73.2010.8.19.0037 - Julgamento: 31/07/2012)

Nessa esteira, diante da prova documental juntada aos autos às fls. 82/87, dúvida não há de que o Recorrido, ao contrário do que alega em sua petição inicial, fruiu férias relativas a todos os períodos mencionados em sua inicial, não tendo, em consequência, o direito de ser indenizado pelos mesmos.

Inexistindo ofensa ao direito do Autor por parte do Estado, não há que se falar em ilícito e, por conseguinte, em condenação deste em indenização.

Diante do exposto, VOTO pelo **CONHECIMENTO E PROVIMENTO** do recurso, reformando a sentença recorrida, a fim de julgar improcedente o pedido contido na petição inicial.

Sem custas e honorários advocatícios, face o provimento do recurso.

Rio de Janeiro, 1º de março de 2013.

JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO

JUIZ DE DIREITO

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DIREITO À INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI MUNICIPAL 94/79. IMPOSSIBILIDADE DE CÔMPUTO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO GRATIFICADA JUNTO À ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL INDIRETA. NORMA LEGAL QUE PERMITIA O CÔMPUTO DECLARADA INCONSTITUCIONAL ANTERIORMENTE AO INÍCIO DO EXERCÍCIO NA FUNÇÃO DE CONFIANÇA. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. **(PROCESSO NO 0319071-87.2012.8.19.0001. JUIZ JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO. JULGADO EM 01 DE MARÇO DE 2013)**

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA

RELATÓRIO

Trata-se de ação através da qual a parte Autora, ora Recorrente, postula a declaração de seu direito à incorporação definitiva da gratificação de função DAS-8, sendo o Município do Rio de Janeiro condenado a proceder aos pagamento das gratificações devidas ao Suplicante desde a data do pedido administrativo junto à Secretaria Municipal de Administração.

Sentença julgando improcedente a pretensão por entender que o período em que o Recorrente exerceu cargo de confiança na Companhia Municipal de Conservação e Obras Públicas não poderia ser considerado, tendo em vista se tratar de autarquia municipal.

Recorreu o Autor reiterando os argumentos expostos em sua inicial.

É o Relatório, passo ao **VOTO**:

Conheço do recurso, eis que presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

No mérito, entendo não assistir razão ao Recorrente.

Conforme se afere da documentação pelo mesmo adunada, o Recorrente, servidor público estatutário, exerceu cargo de confiança no período compreendido entre 21.03.2002 e 07.06.2009 junto à RIOCOP - ocasião em que estava cedido pela Administração Direta do Município à referida autarquia - e de 08.06.2009 a 14.05.2012 junto à Secretaria Municipal de Obras.

Assim, entende o Recorrente ter exercido cargo de confiança por mais de dez anos ininterruptos, motivo pelo qual busca a incorporação da gratificação anteriormente percebida.

No entanto, não se pode deixar de ter em conta que a pretensão do Recorrente se ampara em norma que foi declarada inconstitucional antes mesmo de sua investidura nos cargos em comissão que alega ter ocupado.

Faria o Recorrente jus à sua pretensão se estivesse em vigor a norma anteriormente contida no art. 212, § 1º da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, que assim dispunha:

§ 1º - Na incorporação de vantagens aos vencimentos ou proventos do servidor, decorrentes do exercício de cargo em comissão ou função gratificada, **será computado o tempo de serviço prestado aos órgãos da administração direta, indireta e fundacional nesta condição**, considerados, na forma da lei, exclusivamente os valores que lhes correspondam na administração direta.

Nesse caso, existiria prévia e expressa disposição legal autorizando a incorporação, pelo servidor municipal, de vantagens e gratificações decorrentes do exercício de cargo em comissão ou função de confiança em qualquer órgão da administração municipal, seja ele integrante da administração direta, indireta ou fundacional.

Entretanto, não pode passar despercebido o fato de que o art. 212, § 1º, da LOMRJ foi declarado inconstitucional por meio de medida liminar, proferida na arguição direta de inconstitucionalidade nº 51/99, em 20/10/1999,

e que teve modulados os seus efeitos de modo que só produzisse eficácia *ex-nunc*.

Ou seja, para os servidores que já ocupassem cargos em comissão naquele momento, seria assegurado o direito à incorporação das respectivas gratificações em atenção ao princípio da boa-fé e da presunção de constitucionalidade das leis.

Por outro lado, para aqueles que, como o Recorrente, fossem investidos em cargos ou funções de confiança em momento posterior, restaria a disciplina do art. 129 do estatuto dos servidores públicos municipais – Lei nº 94/79 - que como se verá, não alberga a situação daquele.

Prevê o referido dispositivo legal:

Art. 129. Ao funcionário efetivo que permanecer em cargo em comissão ou função gratificada por período contínuo superior a 10 (dez) anos ou períodos vários cuja soma seja superior a 15 (quinze) anos, é assegurada a percepção do valor da função gratificada ou de 70% (setenta por cento) do valor do símbolo do cargo em comissão de símbolo mais elevado, dentre os dos cargos e funções ocupados, desde que exercido por prazo superior a 1 (um) ano e, quando não satisfeita esta condição, o do símbolo imediatamente inferior que houve ocupado.

Como já acima exposto, o Autor exerceu ininterruptamente cargos de confiança no período compreendido entre o dia 21.03.2002 e 14.05.2012, ou seja, quando já não mais vigorava a disciplina do art. 212, § 1º, da LOMRJ.

De outro turno, o Autor jamais preencheu os requisitos exigidos pelo art. 129 da Lei nº 94/79, cujos efeitos foram ripristinados em virtude da declaração de inconstitucionalidade da norma contida na Lei Orgânica do Município.

O art. 129 da Lei nº 94/79 não assegura ao servidor público municipal que exerceu funções de confiança na administração indireta o direito de incorporação das respectivas gratificações aos proventos pagos pela muni-

cipalidade, mesmo que se trate de autarquia, empresa pública ou fundação municipal.

Isso porque, em seu art. 1º, a referida lei é clara ao se intitular como o estatuto dos servidores públicos do Poder Executivo do Município do Rio de Janeiro, razão pela qual não poderia dispor regras de incorporação de função de confiança existente em empresa pública, que notadamente dispõe de organização própria, sem a prévia remissão legal.

Acerca de idêntico tema, já se manifestou por inúmeras vezes o Egrégio Tribunal de Justiça, valendo trazer à colação o seguinte aresto:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PRETENSÃO DE INCORPORAÇÃO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 51/1999. ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA EX NUNC A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 205, CAPUT E PARÁGRAFOS, 206 E 212, §1º DA LOMRJ - VÍCIO FORMAL. REPRISTINAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DE REGÊNCIA PREVISTOS NA LEI MUNICIPAL Nº 94/79 (ESTATUTO DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO). AUSÊNCIA DO IMPLEMENTO DO REQUISITO OBJETIVO ATÉ O MARCO IMPOSTO PELA MODULAÇÃO DE EFEITOS (OUT/2000). IMPOSSIBILIDADE DE CONTABILIZAÇÃO DO PRAZO EXERCIDO NO DESEMPENHO DE FUNÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA PARA EFEITOS DE INCORPORAÇÃO. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO QUE REDUNDA NO AUMENTO DE DESPESAS SEM A RESPECTIVA PROVISÃO PARA A FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. TESE QUE ESBARRA NA REPRESENTAÇÃO ESTRUTURANTE DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO, ASSIM COMO EM CONFLITOS ENVOLVENDO TEMAS DE DIREITO FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 473 DO STF NO EXAME DA ADSTRIÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SIDICABILIDADE DO ATO DE CONCESSÃO DAS INCORPORAÇÕES. LEGÍTIMO EXERCÍCIO DA PRERROGATIVA DE AUTOTUTELA E DA AUTO-EXECUTORIEDADE. DESPROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO E PROVIMENTO DO SEGUNDO,

ENTRETANTO.” (TJRJ - QUARTA CAMARA CIVEL – Rel. DES. MYRIAM MEDEIROS - APELACAO / REEXAME NECESSARIO 0301132-02.2009.8.19.0001 - Julgamento: 23/11/2011)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. PLEITO DE INCORPORAÇÃO PELO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA ENQUANTO CEDIDO À ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. Ação proposta por servidor municipal da administração direta pleiteando o reconhecimento do direito de incorporação equivalente ao DAS-10A, por ter exercido função em cargo deste símbolo, quando esteve cedido pelo Município do Rio de Janeiro a órgãos da administração indireta. **As funções exercidas pelo Apelante na empresa municipal não constituem cargo em comissão ou função gratificada integrantes da estrutura da administração direta do Município do Rio de Janeiro, de modo que o exercício de tais funções não pode ser computado para efeito de incorporação à sua remuneração. A Administração Pública está obrigada a observar o princípio da legalidade estrita, de modo que não cabe o pagamento de qualquer verba que não tenha previsão no regime jurídico que disciplina o cargo ou função do respectivo servidor. Qualquer alteração neste sentido depende de mudança legislativa de iniciativa do Chefe do Executivo Municipal.**” Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.” (Súmula 339 do STF). Recurso desprovido.” (TJRJ - DECIMA QUINTA CAMARA CIVEL - APELACAO 0397602-95.2009.8.19.0001 - DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento: 26/07/2011)

Conclui-se, portanto, que o Recorrente não tem direito a ver incorporada aos seus vencimentos a gratificação postulada, posto que se refere unicamente à vida funcional do mesmo na empresa pública em que exerceu o cargo em comissão.

Por tais fundamentos, **CONHEÇO** do presente recurso e **NEGO-LHE PROVIMENTO**, mantendo a sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

Condeno o Recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Rio de Janeiro, 01 de março de 2013.

JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO

JUIZ DE DIREITO

SERVIDOR PÚBLICO. FÉRIAS NÃO GOZADAS A CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO. PROVA. PECÚNIA INDENIZATÓRIA. AJUIZAMENTO DE VÁRIAS AÇÕES. FRACIONAMENTO DE VALOR. POSSIBILIDADE. DIVERSIDADE DE ATOS ILÍCITOS PRATICADOS PELA ADMINISTRAÇÃO, PERMITINDO O AJUIZAMENTO DE TANTAS DEMANDAS QUANTOS FOREM OS MESES DE FÉRIAS CUJO GOZO FORA NEGADO. DIVERSIDADE DAS CAUSAS DE PEDIR REMOTAS. CONEXÃO QUE NÃO IMPORTA EM AUMENTO DO VALOR DA CAUSA, DE MODO A ULTRAPASSAR O LIMITE DE 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FAZENDÁRIO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO. **(PROCESSO NO 0233530-86.2012.8.19.0001. JUIZ JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO. JULGADO EM 01 DE FEVEREIRO DE 2013)**

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA

RELATÓRIO

Trata-se de ação em que se postula o pagamento de valor correspondente a três meses de vencimentos brutos e atuais a título de ressarcimento por férias não gozadas nos anos de 2002, 2005 e 2007, sem incidência de imposto de renda e contribuição previdenciária.

Sentença extinguindo o feito sem resolução do mérito nos termos dos arts. 2º da Lei nº 12.153/1999 e 267, VI do CPC, tendo como fundamento a impossibilidade de *“se admitir o fracionamento do valor, por meio da distribuição de várias ações, visando a obtenção do mesmo objetivo”*, além de os documentos anexados pelo Autor datarem de 2009, *“não havendo informações se após esse período houve gozo de férias”*.

Recorreu o Autor sustentando que, além da presente demanda, haveria apenas uma em fase de execução, não ultrapassando o somatório de ambas a alçada do Juizado, estando arquivados os demais processos.

É o Relatório, passo ao **VOTO**:

Conheço do recurso, eis que presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Foi certificado pelo cartório às fls. 51:

“Certifico que a contestação de fls. 35/47 é tempestiva.

Em cumprimento à decisão de fl. 49, certifico que existem, com o mesmo objeto (indenização por férias não gozadas), abaixo descritos:

1- Processo sob nº. 0297214-19.2011.8.19.0001, referente às férias não gozadas dos anos de 2002, 2003 e 2004, com o valor total da causa de R\$ 32.400, tramitando no 3º JEFAZ;

2- Processo sob nº. 0297216-86.2011.8.19.0001, referente às férias não gozadas dos anos de 2005, 2006, e 2007, com o valor total da causa de R\$ 32.400,00 - com baixa - 3º JEFAZ;

3- Processo sob nº. 0233510-95. 2012.8.19.0001, referente às férias não gozadas do ano de 2002, 2005, e 2007 com o valor total da causa de R\$ 18.370,83 - com baixa - 1º JEFAZ;

4- Processo sob nº. 0233516-05.2012.8.19.0001, referente às férias não gozadas dos anos de 2003 e 2006, com o valor total da causa de R\$ 12.247,22 tramitando no 2º JEFAZ;

5- Processo sob nº. 0233530-86.2012.8.19.0001, referente às férias não gozadas dos anos de 2003 e 2006, com o valor total da causa de R\$ 12.247,22, tramitando no 2º JEFAZ;

Desta forma, tem-se que o somatório do valor da causa dos processos supracitados perfaz o valor de R\$ 107.665,27”

A referida certidão foi retificada às fls. 79 nos seguintes termos:

“Certifico que com relação ao processo nº 0233530-86/2012, consta o seguinte:

Período requerido 2002, 2005 e 2007, valor total R\$ 18.370,83”

O ora Recorrente se manifestou acerca de tais atos cartorários às fls. 83, confirmando o teor dos itens 2, 3 e 4 da certidão de fls. 51.

Muito embora a Turma Recursal da Fazenda Pública anteriormente adotasse o entendimento segundo o qual não seria possível ao Autor desmembrar seus pedidos em tantas ações quantas fossem necessárias para adequá-las ao limite de 60 salários mínimos estabelecido como de competência dos Juizados Especiais Fazendários, entendo de forma diversa.

Isto porque, embora haja coincidência das causas de pedir próximas (fundamentos jurídicos da pretensão) as causas de pedir remotas (fatos) se mostram distintas, na medida em que a Administração, ano após ano, vem supostamente praticando ilicitude ao não permitir o efetivo gozo de férias por parte do servidor.

Assim, indubitável que cada mês de férias cujo gozo não foi permitido ao Autor constitui causa de pedir diversa dos demais períodos, permitindo ao mesmo o exercício de seu direito de ação, seja de forma singular - postulando a devida indenização para cada um dos mesmos - ou por meio de cumulação dos pedidos em uma única ação, tendo em vista a conexão existente.

Registre-se que a existência de conexão entre as demandas não importa em incremento do valor da causa, devendo ser aferida a competência do Juízo não pela totalidade das ações, mas sim de forma individualizada, analisando-se cada uma das demandas.

Também não há que se falar em violação à regra do precatório, eis que, como já dito, tratando-se de diferentes ilicitudes, a pretensão autoral não decorre de uma origem comum, não havendo qualquer impedimento ao desmembramento de seus pedidos em tantas demandas quanto reputar conveniente para a satisfação de sua pretensão.

Nesta esteira, vê-se não ser possível restringir o direito do Autor postular a reparação indenizatória pela não fruição de seus períodos de férias

limitando-se seus pedidos ao valor de 60 salários mínimos, considerando a totalidade das demandas pelo mesmo ajuizadas.

Entendo, em consequência, ser o Juízo competente para o julgamento da demanda.

No presente caso, urge porém reconhecer a existência de coisa julgada em relação às férias vencidas referentes ao ano de 2002, eis que já foram objeto da ação mencionada no item 1 da certidão de fls. 79, que já transitou em julgado e encontra-se em fase de execução.

No mérito, a Administração Pública está regida pelo princípio da legalidade (Art. 37 da CRFB), segundo a qual a atuação do Administrador está limitada àquilo que a lei permite.

Nesse sentido, quanto ao pagamento de remuneração a servidores públicos, incluindo-se vencimentos e vantagens, impõe-se a observância ao disposto nos arts. 169, II, e, 37, X, ambos da CRFB, que determinam a existência de lei que estabeleça a remuneração do servidor.

Neste diapasão, o Estatuto dos Policiais Civis é o Decreto nº. 3.044/1980 e, no que se refere às férias (Arts. 38 e 39), está em conformidade com a CRFB.

Já em relação à CERJ, o STF, na ADIN 227-9, declarou a inconstitucionalidade de parte do inciso XVII do Art. 77, exatamente no tocante à possibilidade de transformar período de férias não gozadas em indenização, retirando a eficácia dessa disposição. Logo, sem produzir efeitos válidos, não há fundamento legal para a pretensão do Recorrido de transformação em pecúnia dos períodos de férias não usufruídos pelo servidor.

Ocorre que a pretensão deduzida não se funda no mencionado dispositivo, mas na indenização decorrente do corolário fundamental de Direito, segundo o qual é vedado o enriquecimento sem causa.

Neste contexto, se a lei assegura ao servidor o gozo remunerado de férias, o seu impedimento pela Administração a bem do serviço público deve ser indenizado, sob pena de locupletamento sem causa.

O comando constitucional e legal que veda a acumulação de férias por mais de dois períodos não pode fundamentar o enriquecimento sem causa por parte da Administração, ou seja, apesar de ser vedada a acumulação, acaso esta ocorra por fato da Administração, é direito do servidor exigir o pagamento de indenização pelo trabalho desenvolvido.

Esse é o entendimento do TJRJ:

“ADMINISTRATIVO. Servidor público. Férias não gozadas a critério da administração. Prova. Pecúnia indenizatória. 1- Pretensão a verba indenizatória em decorrência de férias não gozadas. Se a servidora fez prova de que não usufruiu férias por vontade da administração pública (art. 333 I do CPC), impõe-se o pagamento da indenização, sob pena de enriquecimento ilícito. Direito amparado no art. 7º inciso XVII c/c art. 39 § 3º da Constituição da República. Precedentes da Câmara. 2- Sentença mantida em reexame necessário. Apelação com seguimento negado pela relatora, na forma do art. 557 do CPC.” (TJRJ - [0187050-55.2009.8.19.0001](#) - APELAÇÃO - 1ª Ementa, DES. ZELIA MARIA MACHADO - Julgamento: 31/03/2011 - QUINTA CÂMARA CÍVEL)

“APELAÇÃO CÍVEL - DECISÃO MONOCRÁTICA INSPETOR DE POLÍCIA - FÉRIAS NÃO GOZADAS E NÃO REMUNERADAS - AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PREVENDO INDENIZAÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE SUPRIMIR O ALUDIDO DIREITO QUANDO NÃO GOZADAS AS FÉRIAS UTILIZAÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO DURANTE AS FÉRIAS PRÁTICA QUE IMPLICA EM ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA EM FAVOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO (CPC, 557, CAPUT). (TJRJ - [0142690-69.2008.8.19.0001](#) - APELAÇÃO - 1ª Ementa, DES. MARIO GUIMARAES NETO - Julgamento: 29/03/2011 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)

“DIREITO ADMINISTRATIVO - POLICIAL CIVIL. FÉRIAS NÃO GOZADAS. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1 - Apelado que objetiva indenização por férias não gozadas, por necessidade do serviço, referentes aos exercícios de 2003 a

2008. 2 - A hipótese em questão visa indenizar o servidor, tendo em vista a indisponibilidade de direito constitucionalmente assegurado, não sendo o caso anteriormente previsto no artigo 77 da C.E., já que a conveniência não foi do servidor. Precedentes deste Tribunal e do STJ.3 - A utilização da força de trabalho no período de férias sem a devida remuneração redundaria em enriquecimento ilícito do Estado.4 - Desprovemento do recurso.” (TJRJ - 0280557-70.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa, DES. JACQUELINE MONTENEGRO - Julgamento: 01/02/2011 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL)

Importante destacar que o STF, também, fixou jurisprudência no sentido de que “o servidor público tem direito à indenização pelo Estado em relação a benefícios não gozados, quando indeferidos por interesse do serviço, sendo legítimo o ressarcimento, seja com fundamento na teoria da responsabilidade civil do Estado, seja com esteio na vedação ao enriquecimento sem causa da Administração. [Súmula n. 279 do STF]. Precedentes.” (RE 588.937-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 4-11-08, DJE de 28-11-08).

Destaque-se que os feitos com idêntico objeto vêm merecendo confirmação inclusive do STF:

“Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto de acórdão que entendeu ser devido o pagamento de indenização referente ao período de férias não gozadas por servidor público estatutário, em razão da vedação do enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública. No RE, fundado no art. 102, III, “a”, da Constituição, alegou-se, em suma, violação aos arts. 37, **caput**, X, e § 6º, e 61, § 1º, II a, da Carta. O agravo não merece acolhida. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que o servidor público faz jus à indenização por férias não gozadas, tendo em vista a responsabilidade objetiva da Administração Pública e a vedação ao enriquecimento sem causa desta.” (RE COM AGRAVO 710.075/RJ ORIGEM: PROC. 02876467620118190001 – TURMA RECURSAL DE JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS – 19/09/2012)

No mesmo sentido o STJ:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. FÉRIAS NÃO GOZADAS. ACUMULADAS. COMPROVAÇÃO SUFICIENTE NOS AUTOS. DIREITO PRETENDIDO COM SEDE CONSTITUCIONAL. FRUIÇÃO OU INDENIZAÇÃO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança em pleito pela fruição do direito de férias acumuladas por servidor público estadual. O Tribunal considerou que inexistia comprovação de que a acumulação de períodos não fruídos ocorreu em razão do excesso de serviço.

2. Não há falar em sucedâneo de ação de cobrança, porquanto o que se pretende é o direito a férias acumuladas, se estas serão convertidas em pecúnia, tal é meramente a consequência lógica da outorga do direito pretendido. Precedente: MS 14681/DF, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 6.10.2010, DJe 23.11.2010.

3. O direito postulado encontra-se comprovado, porquanto há parecer jurídico que consigna as férias acumuladas, bem como informa que estas não foram fruídas em razão do excesso de serviço (fls. 18-21).

4. O direito a férias encontra sede constitucional no art. 7º, XVII, da Carta Magna, e não pode ser negado ao servidor, por força do art. 39, § 3º; não tendo havido o gozo no período correto, deve ele ser fruído ou indenizado, em consonância com a jurisprudência do STF, já que vedado o enriquecimento ilícito: AgRg no RE 537.090, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, publicado no DJe em 19.4.2011, Ement vol 2.506-01, p. 88.; e AgRg no AI 768.313, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, publicado no DJe em 18.12.2009, Ement vol 2387-16, p. 3.108, RT v. 99, n. 894, 2010, p. 132-134, LEXSTF v. 32, n. 373, 2010, p. 147-151. Recurso ordinário provido.” (RMS 36.829/MS, Rel.

Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 21/05/2012)

Esta Turma Recursal também já firmou entendimento neste sentido, conforme se pode dentre outros do processo nº 0046251-88.2011.8.19.0001.

Também não tem pertinência o argumento de que tal direito somente seria devido após a passagem do servidor para a inatividade, *a uma* porque poderia este termo nem chegar a se estabelecer e, *a duas*, porque a própria legislação dos servidores públicos estaduais impede a cumulação de mais de dois períodos de férias, conforme se extrai do artigo 91 do Decreto nº. 2479/1979, *a três*, porque se tratando de servidor público voltada para segurança pública a prática indica que é realmente rara a possibilidade de gozo de dois períodos de férias no mesmo ano.

Por este mesmo motivo, não há de se exigir do servidor a comprovação da negativa do gozo das férias, pois o descumprimento da lei pela Administração cria uma presunção em favor do servidor.

Vale destacar que a tese defensiva confunde o nascimento do direito, o qual se dá com o somatório de três elementos fundamentais, objeto decorrente da previsão legal, a relação jurídica e o sujeito com a pretensão.

Esclarece o Professor Caio Mário da Silva Pereira (Instituições de Direito Civil, pág. 27, Forense, 10 ed.):

“Não nos parece, porém, que a ação seja um elemento essencial integrante do conceito abstrato do direito subjetivo. É certo que a coercibilidade, ou faculdade de mobilizar a força estatal para a efetivação do direito, é indispensável à sua existência. Mas a ação não se integra na etiologia do poder de vontade do sujeito aparecendo como elemento externo, alheio, pois, à estrutura do direito subjetivo. (...) O direito subjetivo pode nascer, viver e extinguir-se sem que a sua negação proporcione ao titular a invocação da coercibilidade.”

Chiovenda, em seu célebre trabalho de classificação da natureza dos direitos, logrou discernir o surgimento do direito do surgimento da pretensão.

Equívocada, portanto, a compreensão do Recorrido ao sustentar que o direito não existe porquanto ainda não iniciado o prazo prescricional.

De igual sorte, não lhe favorece o novo raciocínio, de que houve a criação de direito imprescritível, vez que assente o entendimento de que o direito indenizatório em questão tem por termo inicial o fim do vínculo com a Administração. Não é incomum a hipótese em que o termo inicial da prescrição não coincide com o momento exato da lesão, protraindo-se no tempo em virtude do vínculo existente entre as partes (Súmula 85 do STJ).

A presente hipótese se insere, portanto, na previsão condita no art. 199, II, do CC.

Relativamente ao valor da indenização, impedimento não há para a aplicação do valor atual dos vencimentos, a uma por não se tratar de conversão do direito em pecúnia, mas de verdadeira indenização e, como tal, com caráter punitivo, em razão do qual o valor a ser suportado pelo Réu deve, sim, ser mais gravoso; a duas, porque sequer se pode afirmar que o valor atual é mais gravoso, eis que cediço que os vencimentos no âmbito estadual tiveram reajustes muito inferiores à atualização monetária e juros legais pretendidos pela tese recursal, que, assim, revela-se contrária mesmo aos interesses da Administração.

Assim, considerando que o Recorrente não gozou férias relativas aos anos de 2005 e 2007, e que o valor de seus vencimentos correspondem a R\$ 6.123,61, conforme contracheque de fls. 18, ressalvando-se tão somente a impossibilidade de conversão em pecúnia dos períodos vencidos nos últimos dois exercícios, tendo em vista o disposto no artigo 91 do Decreto nº. 2479/1979, que permite tal cumulação, limitada – como já dito – a dois períodos vencidos, faz o mesmo jus a um mês de remuneração para cada um dos referidos anos, totalizando o importe de R\$ 12.247,22.

Ressalte-se apenas o caráter indenizatório da verba, motivo pelo qual não deverá incidir desconto relativo à contribuição previdenciária ou mesmo imposto de renda na fonte.

Diante do exposto, VOTO pelo **CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL** do recurso, no sentido de REFORMAR a sentença para CONDENAR o Réu-Recorrido ao pagamento de indenização pelos meses de férias não gozadas nos anos 2005 e 2007, no valor total de R\$ 12.247,22 (doze mil duzentos e quarenta e sete reais e vinte e dois centavos), com incidência, desde a citação, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009). Em relação ao período do ano de 2002, alterada tão somente a fundamentação da sentença recorrida, passando a constar como causa da extinção do processo sem resolução de seu mérito a existência de coisa julgada.

Eventual valor pago pela via administrativa deverá ser compensado com o valor futuramente executado, devendo a Administração anotar no local pertinente a conversão em pecúnia dos referidos meses de férias.

Sem custas e honorários ante o provimento do recurso e ausência de previsão legal do art. 55 da Lei 9.099/1995.

Rio de Janeiro, 1º fevereiro de 2013.

JOÃO FELIPE NUNES FERREIRA MOURÃO

JUIZ DE DIREITO

POLICIAL MILITAR – FÉRIAS NÃO GOZADAS - INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO - DESPROVIMENTO. (PROCESSO Nº 0220747-62.2012.8.19.0001. JUÍZA DANIELLA ALVAREZ PRADO. JULGADO EM 14 DE JANEIRO DE 2013)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA

DECISÃO MONOCRÁTICA

Cuida-se de ação em que a parte autora alega que é policial militar e que, por imperiosa necessidade do serviço público, deixou de gozar férias nos anos de 1990, 1991, 1992 e 1994; por essa razão, pleiteia indenização pecuniária.

Certidão constante nos autos sobre a inexistência de outras demandas da mesma natureza.

Sentença que julgou procedente os pedidos e merece se mantida. Com efeito, a matéria já é bastante conhecida e o entendimento consolidado, inclusive nesta Turma Fazendária, senão vejamos jurisprudência nesse sentido:

Prova. Pecúnia indenizatória. 1- Pretensão a verba indenizatória em decorrência de férias não gozadas. Se a servidora fez prova de que não usufruiu férias por vontade da administração pública (art. 333 I do CPC), impõe-se o pagamento da indenização, sob pena de enriquecimento ilícito. Direito amparado no art. 7º inciso XVII c/c art. 39 § 3º da Constituição da República. Precedentes da Câmara. 2- Sentença mantida em reexame necessário. Apelação com seguimento negado pela relatora, na forma do art. 557 do CPC. (0187050-55.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa, DES. ZELIA MARIA MACHADO - Julgamento: 31/03/2011 - QUINTA CÂMARA CÍVEL)

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DECISÃO MONOCRÁTICA INSPE-
TOR DE POLÍCIA - FÉRIAS NÃO GOZADAS E NÃO REMUNERA-
DAS - AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO PREVENDO INDENIZAÇÃO
QUE NÃO TEM O CONDÃO DE SUPRIMIR O ALUDIDO DIREITO
QUANDO NÃO GOZADAS AS FÉRIAS UTILIZAÇÃO DA FORÇA DE
TRABALHO DURANTE AS FÉRIAS PRÁTICA QUE IMPLICA EM EN-
RIQUECIMENTO SEM CAUSA EM FAVOR DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA - NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO (CPC, 557,
CAPUT). (0142690-69.2008.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa,
DES. MARIO GUIMARAES NETO - Julgamento: 29/03/2011 -
DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)**

**INDENIZAÇÃO DE FÉRIAS NÃO GOZADAS - SERVIDOR PÚBLICO
- POSSIBILIDADE - A inexistência de previsão legal a respeito
de indenização de férias não gozadas para os servidores sob
regime estatutário não pode gerar uma dupla penalização,
consistente na privação ao direito de descanso e na ausên-
cia de remuneração pelo período trabalhado. A utilização da
força de trabalho no período de férias sem a devida remune-
ração ocasionaria enriquecimento ilícito do Estado. Confir-
mada a sentença em reexame necessário quanto a correção
monetária e juros aplicados. Negado seguimento ao recurso
manifestamente improcedente. (0368508-05.2009.8.19.0001 -
APELAÇÃO / REEXAME NECESSARIO - 1ª Ementa, DES. EDSON
VASCONCELOS - Julgamento: 28/02/2011 - DÉCIMA SÉTIMA CÂ-
MARA CÍVEL)**

**DIREITO ADMINISTRATIVO - POLICIAL CIVIL. FÉRIAS NÃO GO-
ZADAS. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SEN-
TENÇA. 1 - Apelado que objetiva indenização por férias não go-
zadas, por necessidade do serviço, referentes aos exercícios de
2003 a 2008.2 - A hipótese em questão visa indenizar o servidor,
tendo em vista a indisponibilidade de direito constitucional-
mente assegurado, não sendo o caso anteriormente previsto
no artigo 77 da C.E., já que a conveniência não foi do servidor.
Precedentes deste Tribunal e do STJ.3 - A utilização da força
de trabalho no período de férias sem a devida remuneração**

redundaria em enriquecimento ilícito do Estado.⁴ - **Despro-
vimento do recurso (0280557-70.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO
- 1ª Ementa, DES. JACQUELINE MONTENEGRO - Julgamento:
01/02/2011 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL).**

A fundamentação para tanto se encontra no texto constitucional e no princípio geral do direito que veda a prestação de serviço gratuito e o enriquecimento sem causa. Ora, se o servidor está trabalhando para atender a administração, nada mais justo que recompensar o mesmo com a indenização.

Na hipótese, tem-se que o servidor comprovou que deixou, por interesse da Administração, de gozar, oportunamente, as férias a que tinha direito, razão pela qual o direito lhe assiste. Ademais, à Administração Pública é que cabia inseri-lo em escala de gozo de férias, nem que compulsoriamente, e, se não o fez, é porque isso não lhe interessava, estabelecendo-se uma presunção em favor do servidor, sendo certo que a prática do cotidiano administrativo faz-nos constatar que anualmente tal escala deve ser remetida ao órgão competente pelos respectivos superiores hierárquicos, sob pena de sua própria responsabilidade.

De igual sorte, não se pode permitir que esse direito surja após a passagem do servidor para a inatividade, a uma porque poderia este termo nem chegar a se estabelecer e, a duas, porque a própria legislação dos servidores públicos estaduais impede a cumulação de mais de dois períodos de férias, conforme se extrai do artigo 91 do Decreto nº. 2479/79.

Por fim, importante destacar que o STF, também, fixou jurisprudência no sentido de que *“o servidor público tem direito à indenização pelo Estado em relação a benefícios não gozados, quando indeferidos por interesse do serviço, sendo legítimo o ressarcimento, seja com fundamento na teoria da responsabilidade civil do Estado, seja com esteio na vedação ao enriquecimento sem causa da Administração. [Súmula n. 279 do STF]. Precedentes.”* (RE 588.937-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 4-11-08, DJE de 28-11-08).

Recurso da parte ré, pleiteando a reforma da sentença.

A matéria posta à apreciação deste órgão julgador já foi objeto de análise inúmeras vezes por esta Egrégia Corte, ensejando a aplicação do disposto no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil. Aplicação no sistema de Juizados Especiais. Redação do art. 18 do Regimento Interno das Turmas Recursais. Enunciado nº. 15 do FONAJE.

Face ao exposto, conheço do recurso monocraticamente e nego-lhe provimento para manter a sentença por seus próprios fundamentos. Sem custas face à isenção legal – art. 17, IX, parágrafo 1º da Lei 3.350/99. Condenado o recorrente ao pagamento da taxa judiciária em favor de FETJ, nos termos do Enunciado nº 42, contido no Aviso TJ nº 57/2010, que se referencia à súmula nº 145 do TJRJ e em honorários advocatícios de 20% do valor da condenação, considerando a menor complexidade da demanda.

Rio de Janeiro, 14 de janeiro de 2013.

DANIELLA ALVAREZ PRADO

JUÍZA DE DIREITO RELATORA

RECURSO – DANO EM VEÍCULO - OMISSÃO GENÉRICA - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO – NÃO COMPROVAÇÃO DE CULPA – DESPROVIMENTO. (RECURSO Nº0128932-18.2011.8.19.0001. JUIZ LUIZ HENRIQUE O. MARQUES. JULGADO EM 09 DE NOVEMBRO DE 2011)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DA FAZENDA PÚBLICA

RELATÓRIO.

Trata-se de ação em que o autor pretende reparação de danos morais e materiais em face do Município do Rio de Janeiro decorrente das chuvas do mês de abril, que danificaram o seu veículo.

Contestação às fls. 29/36 aduzindo, em síntese, que a responsabilidade em questão não é objetiva como alega o autor, pois o alegado dano decorre da omissão estatal. Aduz que, no caso de omissão genérica, só há o dever de indenizar quando ficar comprovado que a Administração tinha ciência do fato e não agiu prontamente. Acrescenta que o autor não comprovou o alagamento na Praça da Bandeira, nem que seu veículo se tornou imprestável em virtude deste fato. Por fim, sustenta a ausência de nexo causal e a ocorrência de fato da vítima ou força maior.

Às fls. 56/57 o Ministério Público manifestou-se pela improcedência do pedido.

Sentença de fls. 59/61 julgando improcedente o pedido.

Recurso Inominado do autor às fls. 73/80 objetivando o recebimento do presente recurso, sendo o mesmo conhecido e provido no sentido de reformar a r. sentença para condenar o réu nos termos propostos na inicial.

À fl. 93 foi deferida a gratuidade de justiça.

Contrarrazões às fls. 96/103.

À fl. 107 o Ministério Público opina pelo conhecimento do Recurso em exame, eis que preenchidos os pressupostos do Juízo de Admissibilidade, e, no mérito, é por seu não provimento.

VOTO

Com efeito, alega o recorrente que é dever do Estado zelar pela segurança e incolumidade de seus cidadãos, haja vista o disposto no artigo 6º da Constituição Federal.

Todavia, em que pese a difícil situação experimentada pelo recorrente, o Município não pode ser responsabilizado civilmente pelos danos morais e materiais ocasionados em decorrência do alagamento causado pelas chuvas do mês de abril.

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado, consubstanciada no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, fundamentada na teoria do risco administrativo, o que significa que o Estado é responsável pelos riscos provenientes de sua atividade administrativa. Desta forma, a vítima do dano deverá apenas demonstrar a existência do nexo causal entre a conduta da Administração Pública, comissiva ou omissiva, e o dano sofrido.

Entretanto, embora dispense a demonstração de culpa da Administração, é possível que o Estado afaste sua responsabilidade quando puder excluir o nexo causal, o que ocorrerá nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior ou fato exclusivo de terceiro. Portanto, impende destacar que, em relação à Administração Pública, nosso ordenamento jurídico não adotou a teoria do risco integral, que seria modalidade de responsabilização do Estado mesmo nos casos acima citados.

É de se ressaltar, ainda, que o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, ao tratar da responsabilidade civil objetiva do Estado, engloba não apenas suas condutas comissivas, como também as omissivas. Contudo, quando houver condutas omissivas que ensejem dano, há que se distinguir entre omissão genérica e omissão específica para determinar se a responsabilidade do Estado será subjetiva ou objetiva.

Segundo a doutrina de Sergio Cavalieri Filho, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, 9ª Edição, Ed. Malheiros, p. 252, citando o jurista Guilherme Couto de Castro:

“...não ser correto dizer, sempre, que toda a hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir. (...)”

Nas palavras do referido mestre, na sequência, vale destacar:

No caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar o resultado. Nossos Tribunais têm reconhecido a omissão específica do Estado quando a inércia administrativa é causa direta e imediata do não impedimento do evento...”

Também acerca do tema as lições de José dos Santos Carvalho Filho, *in* Manual de Direito Administrativo, 17ª. ed., , pág. 490/491, Ed. Lúmen Júris.

“Não há dúvida de que o Estado é omissor no cumprimento de vários de seus deveres genéricos: há carências nos setores da educação, saúde, segurança, habitação, emprego, meio ambiente, proteção à maternidade e à infância, previdência social, enfim em todos os direitos sociais (previstos, aliás, no art. 6º, da CF). Mas o atendimento dessas demandas reclama a implementação de políticas públicas para as quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes (ou conta, mas investe mal). Tais omissões, por genéricas que são, não rendem ensejo à responsabilidade civil do Estado, mas sim à eventual responsabilização política de seus dirigentes. É que tantas artimanhas comete Poder Público na administração do interesse público, que a sociedade começa a indignar-se e a impacientar-se com as referidas lacunas. É compreensível, portanto, a indignação, mas o fato não conduz a que o Estado tenha que indenir-

zar toda a sociedade pelas carências a que ela se sujeita. Deve, pois, separar-se o sentimento emocional das soluções jurídicas: são estas que o Direito contempla”

Acerca do tema o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

0171559-08.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO - 1ª Ementa - DES. NORMA SUELY - Julgamento: 05/10/2010 - OITAVA CÂMARA CÍVEL - APELAÇÃO CÍVEL.INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL.DANO EM VEÍCULO ESTACIONADO EM VIA PÚBLICA EM DECORRÊNCIA DE ALAGAMENTO CAUSADO POR FORTES CHUVAS.IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.RECURSO DO AUTOR.INEXISTÊNCIA DE CONDUTA OMISSIVA ESPECÍFICA POR PARTE DO APELANTE A CARACTERIZAR SUA RESPONSABILIDADE CIVIL.ADEMAIS, RESTA CARACTERIZADA OCORRÊNCIA DE FORTUITO EXTERNO: FORTES CHUVAS. FATO NOTÓRIO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. PRECEDENTES DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA.DESPROVIMENTO DO RECURSO

Como bem salientado pelo Ministério Público e também na sentença de primeiro grau: “Neste caso concreto, soma-se ainda o fato de que a chuva ocorrida naquele dia foi totalmente inesperada e imprevisível, eis que, como comprovou o réu, apenas em 12h choveu o equivalente a 64% da precipitação esperada para todo o mês de abril.”

Portanto, em se tratando de omissão genérica, a responsabilidade do Estado é subjetiva, o que levaria o recorrente a demonstrar, necessariamente, a culpa na conduta omissiva do Município, para a apuração de sua responsabilidade civil, o que não logrou êxito, de acordo com a documentação carreada aos autos.

Resta evidente, pois, a excludente da responsabilidade do Município do Rio De Janeiro, não se podendo atribuir ao Ente Público eventual dano sofrido pelo apelante.

Desta forma, encontrando-se presentes os requisitos de admissibilidade recursal, **voto pelo conhecimento do recurso, negando provimento ao mesmo** para manter a sentença recorrida.

Condeno o recorrente ao pagamento das custas e de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 270,00 (duzentos e setenta reais), de acordo o disposto no artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, tomando-se como parâmetro o Enunciado nº 27 do Aviso nº 55/2009 do TJ/RJ, observado o art. 12 da Lei nº 1060/50.

Rio de Janeiro, 09 de novembro de 2011.

LUIZ HENRIQUE OLIVEIRA MARQUES
JUIZ RELATOR