

UNIFEOB

Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos

CURSO DE DIREITO

**PROJETO INTEGRADO**

PARECER JURÍDICO

ISSN 1677-5651

São João da Boa Vista

2022



UNIFEOB

Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos

CURSO DE DIREITO

**PROJETO INTEGRADO**

PARECER JURÍDICO

ISSN 1677-5651

6º Módulo — Turma B — Período Noturno

Professores

Direito Civil: Prof. William Cardozo Silva

Processo Civil: Profa. Márcia C. Maeno de Campos e Prof. William Cardozo Silva

Direito Penal: Profa. Ms. Juliana Marques Borsari

Processo Penal: Prof. Ms. Fabrício Silva Nicola

Elaborador do texto: Prof. William Cardozo Silva

| **NOTA FINAL** |
| --- |
| **1,87** |

Estudantes

Bruno César Pinhotti da Silva, 20000207;

Diego Tadeu Alonso Evangelista, 21000907;

Rubens Andriotti Junior, 20000704.



| **PROJETO INTEGRADO 2022.2** |
| --- |

**ISSN 1677-5651**

**6º Módulo - Direito**

| **DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE**  Os alunos, em trios, devem elaborar um Parecer Jurídico Interdisciplinar (cujos modelos, à sua escolha, estão à disposição no *Google Classroom*) que aborde todas as unidades de estudo do módulo a partir do caso hipotético apresentado abaixo.  **OBJETIVOS**  Auxiliar o aluno a preparar-se para que ele seja:   * competente do ponto de vista técnico, político e ético, plenamente cônscio de sua responsabilidade na tomada de decisões; * preparado para problematizar o processo de trabalho no campo do Direito, explorando suas contradições em favor das demandas legítimas da sociedade brasileira; * capaz de analisar, interpretar e aplicar os conhecimentos adquiridos no curso, buscando novas respostas aos problemas apresentados, exercitando sua autonomia técnico-intelectual; * compromissado com a formação permanente, com o diálogo e com a convivência guiada pela ética da solidariedade, preocupado com os problemas de seu tempo e de seu espaço; * apto a constituir-se referência de qualidade nos serviços por ele prestados, individual, associada ou coletivamente, ensinando e desenvolvendo a cidadania pelo exemplo ativo e atuante; * competente para identificar necessidades individuais e coletivas, interferindo na alteração do perfil social, econômico e político do país, desenvolvendo formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos; * dotado de sólida formação humanística, técnica e prática, compreendendo a complexidade do fenômeno jurídico e as transformações sociais, bem como a gênese, fundamentos, evolução e conteúdo do ordenamento jurídico vigente.   **INSTRUÇÕES**   * O Parecer Jurídico será elaborado tendo como base o caso hipotético anexo, em que deverão ser respondidos questionamentos formulados no formato de consulta. * Não haverá orientação **específica** dos docentes para a solução dos questionamentos formulados, todavia, eles **deverão abordar os conteúdos, ainda que superficialmente, em suas aulas**. Espera-se que os estudantes busquem as informações necessárias e complementares em todos os meios disponíveis (material de aula, biblioteca, *sites* jurídicos, entrevistas com profissionais da área, pesquisa de campo, etc), uma vez que o caso não é fácil e a solução não é óbvia. * Cada grupo deverá entregar um único Parecer Jurídico em formato digital (**arquivo.doc**), enviando o arquivo na pasta do *Google Classroom* dedicada à sua entrega. * **Prazo de entrega: 11/11/2022** * O padrão de resposta esperado será divulgado no dia 16/11/2022   **PONTUAÇÃO:**  O valor máximo a ser acrescido na nota P1 de cada um dos professores das unidades presenciais do módulo será o de dois pontos. O valor a ser atribuído será o resultado da média obtida pela soma das notas individuais dos professores, dividida por cinco, admitindo-se apenas um décimo após a vírgula e sem aproximação. As notas dos professores serão atribuídas da seguinte forma:   * 0,0 (zero), caso não seja entregue o parecer no prazo * 0,5 (meio), caso o parecer seja considerado ruim * 1,0 (um) caso o parecer seja considerado regular * 1,5 (um e meio) caso o parecer seja considerado bom * 2,0 (dois), nota destinada apenas aos pareceres passíveis de publicação oficial, na opinião do professor. |
| --- |

**CASO HIPOTÉTICO**

Na cidade de Francisco Morato, próxima a grande São Paulo, vivia, em uma pequena casa, Lívia Roberta, seus quatro irmãos, sua mãe e seu tio conhecido por Sérgio ‘Lorota’.

A vida de Lívia não foi das mais fáceis, sendo que a família sempre passou “apertado” financeiramente e não raras vezes suportaram a indesejável fome.

Mas Lívia, hoje, com vinte e um anos de idade e finalizando o curso de Administração, reside na capital paulista em um apartamento com mais duas colegas de universidade; universidade esta que Lívia conseguiu ingressar por ter sido sempre uma excelente aluna, desde as épocas de ensino fundamental.

No entanto Lívia não apenas suportou os males da pobreza e da fome, sendo que foi vítima, também, de um dos crimes mais hediondos da humanidade: quando tinha onze anos de idade foi, mais de uma vez, abusada sexualmente por seu tio Sérgio - e estes acontecimentos deixaram-lhe profundos danos emocionais e psicológicos.

Suportando o silêncio por alguns anos, quando completou seus dezenove anos de idade, Lívia resolveu procurar as autoridades e relatou os abusos que sofreu nas mãos de seu tio ‘Lorota’.

O inquérito policial foi instaurado na 1ª Delegacia da Mulher de Francisco Morato, onde foi registrado o boletim de ocorrência e as declarações de Lívia.

Ao saber que Lívia tinha registrado boletim de ocorrência, Sérgio se evadiu para local incerto e não sabido, em razão disso, o delegado responsável pela condução do inquérito representou por sua prisão preventiva, o que foi acatado pelo juiz criminal da comarca de Francisco Morato e, assim, foi expedido o competente mandado de prisão.

Após alguns dias de buscas, Sérgio ‘Lorota’ foi encontrado e preso.

Determinado seu interrogatório, o delegado responsável pela condução do inquérito nada mencionou a respeito de o investigado poder ser acompanhado de advogado e, assim, conduziu unilateralmente os atos inquisitoriais e procedeu ao formal indiciamento de ‘Lorota’.

Concluído o relatório, o delegado remeteu os autos à Vara Criminal de Francisco Morato e o processo penal foi formalmente instaurado, sendo ‘Lorota’ denunciado pelo crime previsto no art. 217-A do Código Penal.

Dias após o recebimento da denúncia, Lívia recebe uma ligação de um rapaz que se diz advogado de defesa de seu tio Sérgio:

- *Olá, falo com Lívia?*

*- Sim, quem gostaria?*

*- Aqui é Pedro, sou advogado do Sérgio ‘Lorota’, seu tio. Gostaria de conversar com você pessoalmente.*

Lívia acaba por concordar e então marca um encontro com Pedro, advogado de defesa de seu tio.

Na ocasião, Pedro explica a situação complicada de seu e pede para que a moça vá até a delegacia e “desminta” as acusações formuladas, argumentando:

- *Lívia, a situação de Sérgio não é nada boa. Faz apenas quatro anos que ele saiu do presídio onde estava cumprindo pena pelo crime de tráfico de drogas, pena de dez anos. Se ele for condenado em mais esse crime, a situação dele ficará extremamente complicada! Você precisa ajudar seu tio.*

Lívia se irrita completamente com Pedro e ao se levantar para ir embora, o advogado lhe diz, em tom ameaçador:

- *Faça como quiser então. Pois hoje mesmo entrarei com um ‘habeas corpus’ para anular todo este processo no qual você o acusa, mesmo porque, na delegacia, seu tio foi interrogado sem minha presença ou de qualquer outro advogado. E assim que anularmos esse processo, vamos processá-la pelo crime de calúnia*.

Mais irritada ainda com estas palavras, Lívia entra no primeiro táxi que vê e vai embora.

[...]

Ao chegar em casa, depara-se com uma correspondência do advogado que a representou em um processo contra uma instituição financeira que realizou um empréstimo fraudulento em seu nome.

Na ocasião, a PNTM Financeira S.A., possuindo os dados pessoais de Lívia, efetuou um empréstimo no montante de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) em nome da moça, sendo que este valor nunca fora depositado em sua conta bancária, e ainda passaram a lhe cobrar, mediante boleto, o valor mensal de R$ 400,00 (quatrocentos reais).

Diante disso, por indicação de uma amiga, Lívia contratou Cléber, advogado recém formado, que propôs, então, ação de declaração de inexistência de relação jurídica combinada com declaração de inexigibilidade de débito combinada com indenização por danos morais em face da PNTM Financeira S.A, que correu na 3ª Vara Cível da Comarca da Capital.

Na inicial, fora demonstrada a realização fraudulenta do empréstimo, sendo certo que Lívia não chegou a pagar nenhum valor dos boletos. Contudo, quanto ao pedido de danos morais, na inicial, foi requerido o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Sobreveio, então, a sentença que condenou a financeira requerida:

“*Ante o exposto, julgo* ***procedente*** *o pedido da autora para condenar a requerida a indeniza-la pelos danos morais suportados, no montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais)... Fixo os honorários de sucumbência em 20% (vinte por cento) do valor da condenação*”.

Retornando à correspondência, nela Lívia é notificada a comparecer ao escritório de Cléber para tratar do assunto envolvendo este processo.

Lá chegando, Cléber informa Lívia de toda a situação processual e explica que seria possível ainda recorrer da sentença com a finalidade de se buscar uma condenação em patamar maior. Lívia, no entanto, diz que está satisfeita com este valor e que não quer dar prosseguimento no caso.

[...]

Passadas algumas semanas, seguindo sua vida pessoal e acadêmica normalmente, Lívia recebe, certo dia, duas intimações.

A primeira, uma cível, na qual é informada da data de julgamento do recurso de apelação interposto contra a sentença cível que condenou a financeira PNTM Financeira S.A.

Estranhando o conteúdo da intimação, a moça vai até o Cartório da 3ª Vara Cível e lá pede esclarecimentos sobre o que teria ocorrido. O escrevente acessa os autos e explica o seguinte a Lívia:

- *A sentença foi publicada para seu advogado e para o advogado da financeira dia 11 de julho de 2022. Seu advogado apresentou recurso no dia 01 de agosto de 2022 e a financeira não tinha apresentado nada até esta data, perdendo o prazo para o recurso. Aliás, no seu recurso o advogado pede para o Tribunal aumentar a indenização para dez mil reais. Quando a financeira foi intimada pra responder ao recurso, ela resolveu também recorrer e agora ela pede pra que a indenização seja reduzida para mil reais ou até que o seu pedido seja julgado improcedente*.

Lívia mais uma vez se irrita com toda a situação, pois não queria que houvesse recurso da sentença, sendo certo que seu advogado recorreu por vontade própria.

Ao chegar em casa quis novamente verificar o contrato que celebrou com Cléber para ver se ele poderia recorrer mesmo contra sua vontade e ao reler as cláusulas se deparou com a de número “12” que assim dizia:

“CLÁUSULA 12 - *O CONTRATADO receberá, a título de honorários pelo serviço prestado, a quantia de 60% (sessenta por cento) do proveito econômico que a CONTRATANTE obtiver. Os honorários sucumbenciais são de totalidade do CONTRATADO*”.”.

Ao reler a cláusula, as coisas pareciam se encaixar: o interesse do causídico demonstrava ser puramente o enriquecimento.

Deixado o contrato de lado, ao ler a segunda intimação, esta oriunda da Vara Criminal de Francisco Morato, Lívia toma conhecimento que, de fato, o *habeas corpus* foi impetrado em favor de seu tio Sérgio ‘Lorota’ e isso efetivamente a preocupou.

Diante de todos estes fatos, Lívia Roberta procura, então, o seu escritório de advocacia para formular os seguintes questionamentos:

1. Pelo fato de Sérgio ‘Lorota’ ter sido ouvido diante do delegado de polícia sem a presença de advogado, poderá a investigação e o processo todo, por este fato, serem anulados?
2. Se for condenado neste processo em que é acusado de estupro de vulnerável, Sérgio Lorota cumprirá integralmente a pena no presídio?
3. Este recurso da financeira está correto? Pode ela, mesmo passando o prazo, apresentar o recurso junto ao seu?
4. Está correta a cláusula n. 12 do contrato de “Prestação de Serviços e Honorários Advocatícios”? É permitida a cobrança de honorários naquele patamar?

Na condição de advogados de Lívia, formulem um parecer jurídico que responda aos questionamentos apresentados de maneira fundamentada.

**PARECER JURÍDICO N° 02/2022**

**ASSUNTO**

Inquérito policial. Cumprimento de pena. Recursos processuais. Negócios jurídicos.

**CONSULENTE**

Trata-se de uma consulta formulada por Lívia, 21 anos, brasileira, capaz, solteira, estudante, RG 00.000.000-0, CPF 000.000.000-00, telefone …, residente e domiciliada à …, no município de São Paulo/SP, CEP ….

**EMENTA**

DIREITO PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. DIREITO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PROGRESSÃO DE REGIME. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ADESIVO. DIREITO CIVIL. CONTRATO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

**DOS FATOS**

Em consulta realizada no dia … de setembro de 2022, se fez presente Lívia, ora consulente, relatando que, aos onze anos de idade, foi abusada sexualmente, mais de uma vez, por seu tio, Sérgio ‘Lorota’, que à época desses fatos residia com a mesma e sua família, no município de Francisco Morato/SP.

Relatou que apenas com dezenove anos resolveu denunciar os abusos sofridos, registrando ocorrência na 1ª Delegacia da Mulher do município. Após inquérito policial, Sérgio foi denunciado pela conduta prevista no art. 217-A, do Código Penal.

Posterior a isso, foi procurada por Pedro, advogado de Sérgio, informando que este havia saído da prisão há quatro anos, onde cumpria pena de dez anos pelo crime de tráfico de drogas, e para evitar maiores complicações, iria impetrar *habeas corpus* para anular a nova ação penal, inclusive sob o argumento de seu cliente ter dado depoimento durante inquérito policial sem a presença de qualquer advogado. Além disso, a consulente relatou que havia procurado Cléber, seu advogado constituído e recém formado, para saber da situação processual de uma ação movida em face da empresa PNTM Financeira S.A., em decorrência de um empréstimo fraudulento no montante de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) que nunca foi depositado em sua conta, tal empresa também estaria cobrando mensalmente R$ 400,00 (quatrocentos reais).

Cleber lhe informou que o juiz havia condenado a financeira em cinco mil reais por danos morais, fixando honorários sucumbenciais em 20% do valor da condenação. Asseverando que o pedido acerca dos danos morais na inicial havia sido de dez mil reais, Cléber pretendia recorrer da sentença para pleitear aumento do valor arbitrado, porém a consulente se negou a dar prosseguimento, se dando satisfeita pela decisão proferida.

Passado algum tempo, a mesma relatou ter recebido informações de que seu advogado havia apelado à sentença sem sua permissão. Por conseguinte, ao ser intimada frente à apelação, a financeira decidiu recorrer mesmo tendo perdido o prazo recursal, pleiteando que o valor fosse reduzido além da decisão *a quo* ou até mesmo julgá-la improcedente.

Diante desta situação, a consulente informou que, ao analisar o contrato de prestação de serviço firmado com Cléber, constatou que na cláusula 12 estava estipulado: "O contratado receberá, a título de honorários pelo serviço prestado, a quantia de 60% (sessenta por cento) do proveito econômico que a contratante obtiver. Os honorários sucumbenciais são de totalidade do contratado”. Sendo assim, concluiu a consulente que o motivo pelo qual Cléber recorreu da sentença, mesmo sem sua anuência, foi por interesses econômicos pessoais.

Por fim, igualmente relatou preocupação ao ter recebido intimação expedida pela Vara Criminal de Francisco Morato, informando que Pedro, advogado de seu tio, havia, de fato, impetrado *habeas corpus* favorável.

Diante dos fatos narrados, surgiram as seguintes questões:

1. Pelo suposto autor ter sido ouvido pelo delegado sem a presença de um advogado, poderá a investigação e o processo serem anulados?
2. Se o suposto autor for condenado no processo em que é acusado, cumprirá ele integralmente a pena no presídio?
3. O recurso proposto pela financeira junto ao da consulente está correto, mesmo feito fora do prazo?
4. Na cláusula 12, do "Contrato de Prestação de Serviços e Honorários Advocatícios", podem os honorários serem como estão estabelecidos?

É o relatório.

Passamos a opinar.

**1. QUANTO A ANULAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO E DO PROCESSO**

1.1 DA LEGISLAÇÃO

1.1.1 Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

1.1.3 Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos (...)

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada.

1.1.2 Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41)

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

(...)

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

(...)

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

(...)

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Art. 107. Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

(...)

Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

1.1.3 Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94)

Art. 7º São direitos dos advogados:

(...)

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente (...)

1.2 DA JURISPRUDÊNCIA

1. **BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA: 14. RELATOR: CEZAR PELUSO. DATA: 29/08/2006. PUBLICAÇÃO: 06/10/2006.**

É direito do defensor, no interesse do representado, **ter acesso amplo aos elementos de prova** que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (g.n.)

1. **BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2ª TURMA). AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO: 7.612. RELATOR: MIN. EDSON FACHIN. DATA: 12/03/2019.**

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. PARTICIPAÇÃO DA DEFESA DO INVESTIGADO NA PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. LEI 13.245/2016. MITIGAÇÃO DO CARÁTER INQUISITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE QUESITOS. IMPOSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. As alterações promovidas pela Lei 13.245/2016 no art. 7º, XXI, do Estatuto da Ordem dos Advogados representam reforço das prerrogativas da defesa técnica no curso do inquérito policial, **sem comprometer, de modo algum, o caráter inquisitório** da fase investigativa preliminar. 2. Desse modo, a possibilidade de **assistência mediante a apresentação de razões e quesitos não se confunde com o direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva da defesa técnica acerca do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade judicial.** 3. **Agravo regimental desprovido**. (g.n.)

1. **BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (5ª TURMA). AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO: 2019.03.58804-7. RELATOR: MIN. JORGE MUSSI. DATA: 17/12/2019. PUBLICAÇÃO: 19/12/2019.**

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. DIREITO AO SILÊNCIO E À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ACUSADO OUVIDO NA QUALIDADE DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS DECORRENTES DA OMISSÃO NA ADVERTÊNCIA DE SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. EIVA INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. (...) 2. Nos termos dos artigos 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, e 186 do Código de Processo Penal, **o** acusado tem direito ao silêncio ou à não autoincriminação, sendo que por ocasião de seu interrogatório, seja ele extrajudicial ou realizado durante a instrução processual, pode se calar acerca dos fatos criminosos que lhe são imputados, ou ainda, e via de consequência do sistema de garantias constitucionais, negar a autoria delitiva, sem que isso enseje apenação criminal ou mesmo valoração negativa dessas declarações pelo togado singular, que poderá, no máximo, **desconsiderá-las quando do cotejo com os demais elementos probatórios colacionados**. 3. Na espécie, quando ouvido extrajudicialmente, o agravante não ostentava a qualidade de investigado, tendo prestado declarações como testemunha do crime de roubo, uma vez que foi um dos policiais que atuou na perseguição dos assaltantes. 4. Não havendo evidências de que o agravante teria sido inquirido quando já ostentava a condição de investigado, impossível anular-se a prova obtida a partir das declarações por ele prestadas extrajudicialmente, notadamente porque **esta Corte Superior de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que eventuais irregularidades ocorridas no inquérito policial não contaminam a ação penal**. Precedentes. 5. A jurisprudência deste Sodalício é firme no sentido de que a ausência de informação quanto ao direito ao silêncio constitui nulidade relativa, dependendo da comprovação de efetivo prejuízo. 6. No caso dos autos, a par de o agravante haver afirmado que decidiu esclarecer os fatos com o intuito de ser beneficiado penalmente, o certo é que, ao contrário do que sustentado pelo impetrante, **o édito repressivo e o acórdão que o confirmou não estão lastreados unicamente na sua confissão extrajudicial, mas em diversas outras provas, notadamente nos depoimentos colhidos em juízo, o que reforça a impossibilidade de anulação do processo, como pretendido**. Precedentes. 7. Agravo regimental desprovido. (g.n.)

1. **SÃO PAULO. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (3ª REGIÃO). APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSO: 0006046-37.2018.4.03.6181. RELATOR: DES. FAUSTO MARTIN DE SANCTIS. DATA: 04/11/2021. PUBLICAÇÃO: 09/11/2021.**

E M E N T A DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 241-A, CAPUT, E 241-B, CAPUT, AMBOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA REJEITADAS. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. COMPROVAÇÃO. DOLO DIRETO. PROVA ORAL E DOCUMENTAL ROBUSTA. CONDENAÇÃO DE RIGOR. DOSIMETRIA DA PENA. ARTIGO 241-A DO ECA. PRIMEIRA FASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MANUTENÇÃO DA CULPABILIDADE. AFASTADA AS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. SEGUNDA FASE. AUSENTES AGRAVANTES OU ATENUANTES GENÉRICAS. TERCEIRA FASE. CRIME CONTINUADO MANTIDO. DIMINUIÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO. ARTIGO 241-B DO ECA. PRIMEIRA FASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MANUTENÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. SEGUNDA FASE. AUSENTES AGRAVANTES OU ATENUANTES GENÉRICAS. TERCEIRA FASE. AUSENTES CAUSAS DE AUMENTO OU DIMINUIÇÃO. CONCURSO MATERIAL BEM APLICADO. REGIME SEMIABERTO. DETRAÇÃO QUE NÃO SE APROVEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. - (...) Cerceamento do direito de defesa. Embora haja quem defenda que a Lei n.º 13.245, de 12 de janeiro de 2016, tornou obrigatória a presença de advogado na fase investigativa, a melhor interpretação é no sentido de que este novo diploma legal apenas reforça o direito dos patronos de assistirem seus clientes também nessa fase, ou seja, **apenas assegura que os advogados possam acessar os autos da investigação ou, se assim desejarem, acompanhar oitivas na fase investigativa, sem, contudo, impor qualquer obrigatoriedade de que o advogado esteja presente ou acompanhe todos os depoimentos colhidos na fase de inquérito**. O objetivo da lei não foi o de instituir ampla defesa automática e obrigatória nas investigações criminais, mas sim o de garantir respaldo legal para que os advogados possam melhor exercer suas funções- **Não é demais ressaltar que o inquérito policial possui natureza inquisitiva, de modo que não há obrigatoriedade do direito ao contraditório ou da ampla defesa constitucionalmente assegurados**. Preliminar rejeitada. (...) (g.n.)

1.3 CONCLUI-SE

A Polícia é uma instituição de direito público, com a função de manter a paz e a ordem pública, a segurança coletiva e individual. Além de suas vastas competências administrativas preventivas, atua também como auxiliar da justiça, sendo então considerada Polícia Judiciária (CAPEZ, 2022).

Nesta função, e de acordo com os fatos relatados, a partir do momento que a vítima, ora consulente, expôs à autoridade competente o crime pela qual foi vítima, solicitando providências (*delatio criminis* postulatória), tornou-se competência da Polícia Judiciária deferir o início de um procedimento administrativo pré-processual de investigação (art. 5º, I, Código de Processo Penal) e com ele adquirir elementos de prova necessários (art. 6º, III, CPP) que indiquem autoria e materialidade (*fumus commissi delicti*) sobre a infração penal delatada (art. 4º, CPP) para o indiciamento de Sérgio. (LOPES JUNIOR, 2022; NUCCI, 2021, p. 197)

O inquérito resultou com tais elementos, em virtude dos autos terem sido remetidos à Vara Criminal de Francisco Morato/SP e apreciados pelo Ministério Público, o qual posteriormente ofereceu a denúncia de ação pública incondicionada (art. 225, Código Penal) pelo crime previsto no art. 217-A, CP, sendo o processo penal formalmente instaurado, conforme relato.

Mesmo sendo garantia constitucional (art. 5º, LV, CF/88), o princípio do contraditório e da ampla defesa é dispensado durante inquérito policial, como este em análise, único momento no qual tange sua característica inquisitiva (arts. 14 e 107, CPP).

Para Guilherme de Souza Nucci:

“O inquérito destina-se, fundamentalmente, ao órgão acusatório, para formar a sua convicção acerca da materialidade e da autoria da infração penal, motivo pelo qual não necessita ser contraditório e com ampla garantia de defesa **eficiente**. Esta se desenvolverá, posteriormente, se for o caso, em juízo.” (2021, p. 213) (g.n.)

A eficiência, no caso, refere-se à defesa e ao contraditório real presente durante processo judicial, mas por certo, a atuação restrita do princípio em inquérito não remete sua inexistência. Lopes Junior (2022) discorre sobre isto através da existente possibilidade da autodefesa positiva (o depoimento) e negativa (o silêncio), e do direito à defesa técnica que, dentre vários atos, pode inclusive ter acesso aos autos e/ou fazer uso de remédios constitucionais frente indícios de abuso ou cerceamento, situações específicas que, de igual forma, poderão ser deferidas ou não pelo juízo competente.

A característica inquisitiva, em outras palavras, são os atos decisórios e persecutórios que se concentram unicamente na autoridade policial, ao qual não cabe suspeição (art. 107, CPP), podendo este indeferir requerimentos por parte do investigado ou do ofendido - com exceção do corpo de delito, prova pericial cautelar, com contraditório diferido, obrigatória mediante requerimento ou de ofício para a comprovação de materialidade (art. 184, CPP)[[1]](#footnote-0). Isso é assim permitido pelo inquérito ser um procedimento onde não existe relação jurídico-processual, sendo meramente administrativo e informativo para embasar a oferta da denúncia, não havendo exercício de uma pretensão acusatória que possa ferir o procedimento jurídico. (LOPES JUNIOR, 2022)

Segundo Fernando Capez:

“O inquérito policial tem conteúdo informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal. No entanto, tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito.” (2022, p. 52)

Frente a isso, surde no relato o propósito do defensor constituído em impetrar *habeas corpus*, devido ao interrogatório do acusado pela autoridade policial ter sido realizado sem a presença de defesa técnica. O uso do remédio constitucional tem, frente ao relatado, a intenção de anular o inquérito policial e até mesmo a ação proposta sob alegação de que tal fato incide vício processual.

O defensor provavelmente não se atentou à interpretação de que o inquérito policial é “um procedimento inquisitorial, destinado a angariar informações necessárias à elucidação de crimes, não há ampla defesa no seu curso[[2]](#footnote-1)” (AVENA, 2021, p. 147). Logo, “os vícios por acaso existentes nessa fase não acarretam nulidades processuais e não atingem a fase da ação penal” (CAPEZ, 2022, p. 53).

É certo que possa haver uma confusão interpretativa do art. 7º, XXI, da Lei 8.906/94, c/c art. 185, do CPP, quando feita de maneira restritiva, de que a ausência de advogado durante fase inquisitória esteja passível de nulidade absoluta. Porém, as jurisprudências apresentadas neste documento demonstram que esta fase não pode ser confundida com a fase acusatória (item 1.2, “B”), bem como o juízo não se lastreia unicamente ao depoimento extrajudicial para sua convicção, (item 1.2, “C”), e principalmente de que oitiva realizada com ausência de defesa técnica em inquérito policial não justifica nulidade processual, visto a não obrigatoriedade dos patronos assistirem seus clientes durante esta fase (item 1.2, “D”).

As mesmas interpretações são igualmente inequívocas na doutrina:

“Assim, a confissão extrajudicial, por exemplo, terá validade como elemento de convicção do juiz apenas se confirmada por outros elementos colhidos durante a instrução processual. Esse entendimento acabou por se tornar letra expressa do art. 155 do CPP (...). Assim, o referido dispositivo impõe evidente limitação ao princípio do livre convencimento do juiz, que deve ser exercido segundo os parâmetros descritos pelo CPP.” (CAPEZ, 2022, p. 52)

“Considerando a ausência das garantias constitucionais apontadas (ampla defesa e contraditório), há muito tempo consolidaram-se os tribunais pátrios no sentido de que o inquérito policial possui **valor probante relativo**, ficando sua utilização como instrumento de convicção do juiz condicionada a que as provas nele produzidas sejam renovadas ou ao menos confirmadas pelas provas judicialmente realizadas sob o manto do devido processo legal e dos demais princípios informadores do processo. Com a vigência da Lei 11.690/2008, a necessidade de judicialização da prova foi expressamente contemplada no art. 155, caput, 1.ª parte, do CPP (...)” (g.a.) (AVENA, 2021, p. 147)

Resta claro que a defesa técnica, durante fase de inquérito policial pode: ter acesso aos autos já documentados, desde que estes não estejam sob sigilo judicialmente decretado para impedir qualquer interferência (item 1.2, A); designar requerimentos, mas como já ponderado, não sendo obrigatoriedade da autoridade deferir, perante seu poder discricionário, com exceção do corpo de delito; apontar vícios, ou até impugnar ações abusivas, conforme Lei 13.869/2019, podendo neste último caso haver ocorrência de nulidade dos atos, mas que os mesmos não são capazes de anular absolutamente o processo, seja durante fase inquisitória, seja durante fase acusatória.

Ressalta-se que, de acordo com Avena (2021, p. 172), quando há expressa solicitação de assistência pelo interrogando ou pelo causídico e, ainda sim, prossegue-se interrogatório, há possibilidade de nulidade do ato por constituir direito impedido. Lopez Junior (2022, p. 424) também cita o impedimento do advogado de assistir seu cliente como causa de nulidade absoluta do ato.

Todavia, volta-se à compreensão perante a possibilidade de anular o ato e requerer que seja repetido, considerando que o poder discricionário da autoridade policial não o obriga a acatá-lo em circunstâncias gerais, não tendo condão interruptivo do procedimento administrativo, de nulidade do mesmo ou da ação penal proposta.

Após as elucidações, deve-se considerar que, segundo o relatado, Sérgio, ora acusado, não manifestou interesse de ser assistido por um advogado durante interrogatório policial, não tendo ele sido expressamente impedido visto que não houve manifestação do interesse, o que não gera nulidade do ato. Nesta circunstância é pacificado que a ausência de defesa técnica não contamina o processo jurídico por este ter fase probatória própria, pelo interrogatório ser repetível - se assim o acusado quiser perante o seu direito ao silêncio - e a necessidade de outras provas constituídas durante audiência de instrução e julgamento serem necessárias, frente existência do contraditório real do processo judicial.

Logo, perante interpretação já pacificada tanto pelos tribunais, quanto pela doutrina sobre as normas, resta elucidado para o questionamento da consulente que a oitiva do acusado sem a presença de advogado não constitui causa para nulidade de todo o inquérito ou da ação penal.

**2 QUANTO AO CUMPRIMENTO DE PENA DO ACUSADO**

2.1 DA LEGISLAÇÃO

2.1.1. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

(...)

2.1.2. Código Penal (Decreto-Lei n° 2.848/40)

Art. 14 - Diz-se o crime:

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

(...)

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

(...)

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

(...)

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

(...)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

2.1.3. Lei de Execução Penal (Lei n° 7.210/84)

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva

com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

(...)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

(...)

2.1.4. Lei dos Crimes Hediondos (Lei n° 8.072/90)

Art. 1o São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

(...)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, capute §§ 1o, 2o, 3o e 4o);

(...)

Parágrafo único. Consideram-se também hediondos, tentados ou consumados:

(...)

V - o crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado.

(...)

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

§ 1o A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

(...)

2.1.5. Lei ‘Maria da Penha’ (Lei n° 11.340/2006)

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

(...)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

(...)

2.2. DA JURISPRUDÊNCIA

1. **SÃO PAULO. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (3ª REGIÃO). APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSO: 0000904-89.2018.4.03.6104. RELATORA: JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS. DATA: 20/01/2020. PUBLICAÇÃO: 17/02/2020.**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PORNOGRAFIA INFANTO/JUVENIL. COMPARTILHAMENTO E ARMAZENAMENTO DE ARQUIVOS. PRELIMINARES REJEITADAS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE NULIDADES NA SENTENÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO PARA OS DELITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 241-A E 241-B, AMBOS DA LEI N. 8.069/90. DOSIMETRIA. PENA-BASE PARA CRIME DO ARTIGO 241-A DO ECA MANTIDA. PENA-BASE DOS CRIMES DO ARTIGO 240 E 217-A MAJORADAS. CRIMES DOS ARTIGOS 240 E 217-A PRATICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA EM SEU PATAMAR MÁXIMO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). (...) 4. Da prescrição. Considerando a prática dos crimes a partir de 2009, o recebimento da denúncia em 19/06/2018 (fls. 292/293) e a sentença condenatória publicada em 13/12/2018 (fls. 471/529), percebe-se que os crimes praticados a partir de 2009 não foram atingidos pela prescrição. Além disso, embora os primeiros estupros e atos libidinosos retratados tenham ocorrido quando os réus ainda eram inimputáveis, são fortes os elementos que apontam para a prática reiterada desses delitos até 2011, quando ambos tinham 22 (vinte e dois) anos de idade. Desse modo, nem todos os crimes cometidos pelos apelantes foram fulminados pela prescrição, mas somente aqueles consumados em 2008, tal como destacado na sentença recorrida. **5. A Lei nº 12.650/2012 deu nova redação ao inciso V do artigo 111 do Código Penal para que a prescrição antes do trânsito em julgado nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes comece a correr apenas na data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos. No entanto, o cálculo prescricional realizado na sentença pautou-se pela antiga redação do dispositivo, não havendo razão e sequer interesse processual para a insurgência da defesa.** 6. Nulidade da sentença por inobservância do teor da Súmula nº 497 do STF no cálculo da prescrição. O cálculo da prescrição deu-se sobre a pena-base majorada exclusivamente pela norma do artigo 226, inciso II, do Código Penal. Obediência ao teor da Súmula nº 497 do STJ. 7. Preliminares rejeitadas. 8. Materialidade e autoria dos delitos comprovadas. (...) **13. Nos crimes do artigo 217-A do Código Penal** e artigo 214, parágrafo único, do Código Penal (com redação anterior à vigência da Lei nº 12.015/09), c.c. artigo 226, inciso II, todos do Código Penal praticados contra a vítima Rebeca, **a pena-base restou exasperada por força da acentuada culpabilidade e as circunstâncias delitivas negativas**, tendo em vista que obrigaram a vítima, criança de tenra idade, mediante o emprego de violência física e psicológica, à prática de atos libidinosos e atos sexuais, consistentes em conjunção carnal, sexo anal, sexo oral, entre outros atos tendentes a satisfazer a lascívia, bem como a privações de ordem física por conta de não fornecerem água e alimentos, condutas que se perpetuaram por longos anos. 14. A atitude assumida pelos agentes no decorrer da consumação das infrações penais (uso de violência psicológica, física e privações de comida e água), mediante a mecânica delitiva empregada, dentre outros elementos denotam o alto grau de censurabilidade das condutas praticadas. 15. (...) **Cabe, ainda, a majoração da pena-base diante das graves consequências causadas à vítima Rebeca** em razão da prática dos delitos pelos réus. 16. **Todavia, cumpre ressaltar que não foi aplicada a majoração da pena-base por força da relação de parentesco, com esteio no princípio "non bis in idem", uma vez que é aplicável na segunda etapa da dosimetria**, a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, tendo em vista que os acusados praticaram os atos prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação. 17. Desse modo, **com fundamento no artigo 59 do CP, em decorrência das circunstâncias e consequências delitivas gravíssimas, foi aplicado o fator de ½ (metade), redimensionando a pena-base cominada aos réus** para 12 (doze) anos de reclusão, para o delito tipificado no artigo 217-A do CP e 9 (nove) anos de reclusão, para o delito tipificado no artigo 214, parágrafo único, do CP. 18. **Na segunda etapa, mantida a incidência da circunstância agravante** prevista no artigo 61 do CP, inciso II, alínea "f", do Código Penal, reconhecida na sentença, tendo em vista que os acusados praticaram os atos prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação. **Sendo assim, mantido o aumento de 1/6 (um sexto)**, resultam as penas intermediárias em 14 (quatorze) anos de reclusão para o delito previsto no artigo 217-A do CP e, 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão para o delito previsto no artigo 214, parágrafo único, do CP. 19. **Na terceira etapa, mantido o aumento em ½ (metade) das penas anteriormente estabelecidas, por força da incidência da causa especial de aumento** prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal, uma vez que a vítima era deixada aos seus cuidados pelo pai. Fixado, ainda, o aumento em ¼ (um quarto), considerando que os réus cometeram os crimes em concurso de 2 (duas) ou mais pessoas, por força da incidência da causa especial de aumento prevista no artigo 226, inciso I, do Código Penal, perfazendo a pena para o delito previsto no artigo 217-A do CP, 26 (vinte e seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e, para o delito previsto no artigo 214, parágrafo único, do CP, 19 (dezenove) anos, 8 (oito) meses e 7 (sete) dias de reclusão. 20. No que se refere à continuidade delitiva, foi analisada em conjunto com os fatos relativos à outra vítima, em atenção ao princípio non bis in idem, tendo em vista o atual entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a continuidade delitiva entre crimes semelhantes, ainda que praticados contra vítimas diferentes. 21. (...) **Cabe, ainda, a majoração da pena-base diante das graves consequências causadas à vítima Lucas** em razão da prática dos delitos pelos réus. Além disso, os réus abusaram dos seus primos, menores de idade para satisfazer sua lascívia por anos seguidos, ameaçando-os e ameaçando seus familiares. 24. **No entanto, não foi aplicada a majoração da pena-base por força da relação de parentesco, com esteio no princípio "non bis in idem", uma vez que foi aplicada na sentença, na segunda etapa da dosimetria**, a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal. 25. Com fundamento no artigo 59 do CP, em decorrência das circunstâncias e consequências delitivas gravíssimas, aplicado o fator de ½ (metade), redimensionando a pena-base cominada aos réus para 9 (nove) anos para o delito tipificado no artigo 214, parágrafo único, do CP. 26. Na segunda etapa, mantida a incidência da circunstância agravante em 1/6 (um sexto) prevista no artigo 61 do CP, inciso II, alínea "f", do Código Penal, reconhecida na sentença, tendo em vista que os acusados praticaram os atos prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação, resultando a pena intermediária em 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, para o delito previsto no artigo 214, parágrafo único, do CP. 27. Na terceira etapa, mantido o aumento em ¼ (um quarto), considerando que os réus cometeram os crimes em concurso de 2 (duas) ou mais pessoas, por força da incidência da causa especial de aumento prevista no artigo 226, inciso I, do Código Penal, perfazendo, assim, 13 (treze) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão. 28. Deve ser reconhecida a continuidade delitiva entre os delitos previstos nos artigos 217-A do Código Penal e 214, parágrafo único do CP, majorando a pena em 2/3 (dois terços), por terem sido praticados em face de duas vítimas e as condutas reiteradas por longo período de tempo, conforme já descrito nos tópicos da materialidade e autoria. (...) **Aplicada referida fração sob a pena mais grave, totaliza a pena de 43 (quarenta e três) anos e 9 (nove) meses de reclusão para cada um dos réus.** 29. Do concurso de crimes. Reconhecido o concurso material entre os delitos previstos nos artigos 241-A da Lei nº 8.069/90 e 217-A do Código Penal, com a somatória das penas, a pena privativa de liberdade totaliza o montante de 47 (quarenta e sete) anos e 3 (três) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. O valor unitário do dia-multa permanece no mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos. 30. Mantido o regime inicial fechado para o cumprimento da pena e mantenho a prisão cautelar dos réus. 31. **Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em vista do não preenchimento dos requisitos do artigo 44 do Código Penal**. 32. Preliminares rejeitadas. 33. Reconhecida, de ofício, a consunção do crime do artigo 241-B pelo delito do artigo 241-A, ambos da Lei 8.069/90. 34. Réus absolvidos do crime do artigo 241-B da Lei 8.069/90. 35. Apelo defensivo a que se nega provimento. 36. Apelo ministerial a que se dá provimento. (g.n.)

1. **BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (6ª TURMA). RECURSO ESPECIAL N° º 1.795.560. RELATOR: MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. DATA: 23/04/2019. PUBLICAÇÃO: 07/05/2019.**

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 217-A E 14, I E II, AMBOS DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO CONFIGURADA. AFASTAMENTO DA FORMA TENTADA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. (...) 2. A Corte de origem, ao preservar a forma tentada do delito de estupro de vulnerável ao fundamento de que não houve penetração, vai de encontro ao entendimento da jurisprudência acerca do tema. É pacífica a compreensão de que **o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça**. 3. (...) Como ato libidinoso deve ser entendido qualquer ato diverso da conjunção carnal revestido de conotação sexual. [...] Considerando os atos lascivos aos quais a vítima foi submetida, claramente atentatórios à sua dignidade sexual, resta consumado o crime de estupro, não havendo se falar, portanto, em tentativa. (...) 5. Preservados os cálculos realizados pelo Tribunal a quo, atinentes à estipulação da **pena-base, em 9 anos de reclusão, bem como ao reconhecimento da agravante da reincidência, que levou a pena intermediária a 10 anos de reclusão**, tem-se que essa pena se torna definitiva, ante o decote da modalidade tentada. 6. Recurso especial provido para afastar o reconhecimento da tentativa e redimensionar a pena privativa de liberdade do recorrido nos termos da decisão. (g.n.)

1. **SÃO PAULO. TJSP - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Criminal 1500016-47.2021.8.26.0452; Relator (a): Gilda Alves Barbosa Diodatti; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Piraju - 2ª Vara; Data do Julgamento: 19/10/2022; Data de Registro: 19/10/2022.**

ESTUPROS DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas nos autos. Palavras da vítima merecem prestígio, porquanto o crime seja comumente praticado sem testemunhas visuais. A coerência e segurança das palavras da ofendida ao relatar os fatos reforçam a sua credibilidade. Versão corroborada pela confissão judicial do acusado, bem como, em aspectos circunstanciais, por testemunhas. Condenação mantida. PENA e REGIME. Base fixada na origem 1/6 acima do mínimo legal, reputadas desfavoráveis as circunstâncias judiciais, dadas as sérias consequências para a vítima, que passou a repelir qualquer contato com adultos do sexo masculino, automutilar-se e a expressar desejo de suicídio, conforme laudo próprio. Manutenção. Na fase seguinte, o apenamento voltou ao mínimo legal, por força da atenuante da confissão espontânea. **Na terceira fase, deu-se o acréscimo de 1/4, pela continuidade delitiva, o que bem se sustenta, dada a imprecisão do número de abusos, sendo certo que ocorreram por mais de duas vezes.** Proporcionalidade. Apenamento final fixado em 10 anos de reclusão. Manutenção. REGIME PRISIONAL. Manutenção do regime inicial fechado, ante a pena concretizada, além da gravidade concreta dos delitos, de caráter hediondo, ademais. Recurso desprovido. (g.n.)

2.3 CONCLUI-SE

A princípio, antes de tecermos a resolução da dúvida formulada por Lívia, é viável esclarecer as circunstâncias da vítima, ora consulente, ao crime pelo qual foi vítima, bem como analisarmos o delito cometido por seu tio, Sérgio.

Através do relato da vítima, ora consulente, atualmente com vinte e um anos de idade, foi possível constatar que os abusos sexuais praticados por seu tio, ora acusado, ocorreram quando esta ainda tinha onze anos de idade, e somente com dezenove anos tomou coragem para denunciar os fatos. Soma-se a isso que, além de existir a relação de parentesco entre a vítima e o autor, ambos residiam na mesma casa à época dos fatos, caracterizando, desta forma, os delitos praticados por Sérgio como violência doméstica e familiar.

Os abusos sexuais sofridos pela vítima, após a vigência da Lei 11.340/06, igualmente são entendidos como formas de violência doméstica e familiar, conforme disposto no art. 7°, inciso III, da lei supracitada, além de que o referido dispositivo legal, inclusive, prevê que também é entendida como tal modalidade de violência “qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada (...)”.

Os fatos relatados resultaram em processo criminal, no qual Sérgio foi denunciado pela prática do art. 217-A, do Código Penal. O referido dispositivo legal prevê o estupro de vulnerável e, no caso em tela, a vulnerabilidade da vítima se faz presente visto que à época dos fatos ela era menor de idade, com onze anos.

Como é sabido, o crime de estupro é delito de extrema gravidade, cujas consequencias ultrapassam a violação física, atingindo também a esfera psicológica da vítima, fato ocorrido com a consulente, que apenas com dezenove anos conseguiu coragem para denunciar os abusos; sobre este lapso temporal, é de suma importancia mencionarmos que não há que se falar em prescrição dos atos sofridos pela vítima, visto que a prescrição para crimes contra a dignidade sexual, cujas vítimas são crianças e adolescentes, tem seu inicio de contagem após a vítima completar dezoito anos de idade, conforme redação dada pela Lei n° 12.650/12, onde seu entendimento também é mencionado na jurisprudencia “A”, “5” (item 2.2). Desta forma, como a consulente denunciou os abusos com dezenove anos, não existe prescrição.

Ainda em análise ao delito cometido, é de suma importância mencionarmos que, apesar de estar previsto no Código Penal (art. 217-A), o crime de estupro de vunerável também esta previsto no art. 1°, inciso VI, da Lei n° 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Ou seja, este crime é caracterizado também como crime hediondo, onde sua conduta e consequências são mais gravosas que os demais delitos.

Logo, apesar da consulente pouco ter descrito como se deram os abusos, não há o que se falar também a respeito da tentativa do crime de estupro sob a futura argumentação de inexistir conjunção carnal.

Como é sabido, o Código Penal, em seu art. 14, inciso I, descreve que a consumação dos delitos se faz presente após completado o *inter criminis*, ou seja, após reunidos todos os elementos do delito. Todavia, como mencionado, crime de estupro considera-se consumado mesmo quando não há conjunção carnal, visto que qualquer ato libitinoso, que viole a dignidade sexual da vítima diverso da conjunção carnal é, portanto, considerado estupro consumado. Esta interpretação, inclusive, é pacificada pelos entendimentos dos Tribunais, conforme é possível constatar na jurisprudência “B” (item 2.2).

Outro ponto que merece destaque na narrativa da consulente é sobre o fato de que os abusos ocorreram por mais de uma vez. Deste modo, sendo as alegações de práticas reiteradas devidamente comprovadas em juízo, é perfeitamente possível a aplicação da continuidade delitiva, prevista no art. 71, do Código Penal, conforme se vê no entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em recente julgamento (item 2.2, “C”).

Feitas essas considerações a respeito da vítima, ora consulente, e alguns apontamentos sobre o crime pelo qual sofreu, passamos a discorrer a respeito do questionamento da mesma.

A *principum*, vale ressaltar alguns apontamentos relatados sobre a situação criminal em que se encontra seu tio, Sérgio. Segundo o advogado do acusado, este havia saído da prisão há quatro anos, onde estava cumprindo pena pela prática do crime de tráfico de drogas. Diante deste cenário, constatamos que Sérgio ostenta reincidência, na modalidade genérica, tendo em vista que a condenação anterior foi por crime diverso ao que está sendo processado agora.

É notório que para início do cumprimento de pena é necessário que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória, e também, somente assim, é que se torna possível a verificação da reincidência, conforme dispõe o art. 63, CP. Além disso, somente a notícia de que Sérgio saiu da prisão há quatro anos é suficiente para reafirmarmos a sua reincidência, conforme art. 64, inciso I, do CP, visto que o prazo de sua saída (não superior a cinco anos) não é o bastante para considerarmos a sua condenação e cumprimento de pena anterior como antecedente desabonador. Frisa-se ainda que, a ausência de informações a respeito do motivo de sua saída, quer seja por cumprimento integral de pena, progressão de regime, ou livramento condicional, nada influencia a respeito da reincidência verificada.

Ademais, tendo a consulente noticiado que a pena pelo crime de tráfico fora de dez anos, isto justifica o motivo pelo qual Sérgio estava cumprindo a pena em regime fechado (na prisão), tendo em vista que o art. 33, §2°, “a”, do CP, que dispõe o regime inicial fechado para cumprimento de pena superior a oito anos.

Ainda no tocante à reincidência constatada, é fundamental discorrermos que mesmo não se tratando de reincidência específica (condenação anterior pelo mesmo delito ao que vem sendo processado), o delito de tráfico de drogas, disposto no art. 33, da Lei 11.343/06, é equiparado a crime hediondo, conforme se verifica em uma hermenêutica extensiva do art. 2°, da Lei de Crimes Hediondos, fazendo com que, desta forma, a reincidência implica diretamente na porcentagem para a progressão de regime em uma futura condenação pelo crime de estupro de vulnerável, a ser esclarecido a seguir.

O Código Penal adota para a dosimetria da pena o critério trifásico. Significa que, antes da pena em abstrato se tornar pena em concreto, haverá uma análise das circunstâncias judiciais (primeira fase), seguida pela análise de agravantes e atuantes (segunda fase), terminando com a análise das causas de aumento ou diminuição de pena (terceira fase), para que finalmente seja proferida a sentença condenatória do réu.

Sendo assim, em análise ao caso em tela e à legislação vigente, passamos aos ponderamentos acerca de uma possível condenação de Sérgio.

Na primeira fase, de circunstâncias judiciais, dispostas no art. 59, do CP, o magistrado poderá se atentar para fixar a pena base, às circunstâncias e consequências do crime. Logo, mesmo que nesta fase o critério utilizado é subjetivo do julgador, compreendemos que o magistrado poderá, em razão das consequências psicológicas causadas à vítima e dos abusos sofridos, elevar a pena em abstrato ainda nesta primeira fase, fato este ocorrido na jurisprudência “A”, “15” e “21” (item 2.2), os quais corroboram com esta compreensão.

Já na segunda fase, de agravantes e atenuantes, é perfeitamente compreendido por nós a reincidência como fator (art. 61, I, CP), a qual muito provavelmente será utilizada pelo julgador para majoração da pena base da fase anterior; já a agravante presente no mesmo artigo, em seu inciso II, “f” (prevalecendo-se de relações domésticas de coabitação), poderia ser igualmente utilizada pelo juiz. Inclusive, a jurisprudência “A”, “16” (item 2.2), demonstra tal possibilidade de aplicação da agravante, consolidando que tal consideração deve ser feita na segunda fase de aplicação da pena.

Frente a terceira fase de aplicação, a consulente narrou que os abusos foram praticados por mais de uma vez. Desta forma, compreendemos que, a depender das provas presentes nos autos, a continuidade delitiva (art. 71, CP) poderá ser aplicada na possível sentença condenatória do acusado, como causa de aumento, tendo, inclusive, a jurisprudência reafirmado este mesmo entendimento (item 2.2, “C”, “2”).

Feitas as necessárias considerações, passaremos a esclarecer propriamente a respeito da dúvida da consulente.

Desde logo, é importante mencionarmos que, diante de todas as circunstâncias já expostas, com respaldo nos arts. 33, §2°, “a”, do CP, e art. 2°, §1°, da Lei 8.072/90, Sérgio iniciará seu cumprimento de pena no regime fechado em uma possível condenação pela violação ao art. 217-A, do CP. Ou seja, será mantido no cárcere, visto que o referido delito é apenado com reclusão. Todavia, esta forma de inicialização do cumprimento poderá ser modificada com o passar do tempo, ou seja, Sérgio poderá deixar de cumprir regime fechado e progredir para regime semiaberto e quiçá, após, ao regime aberto.

Como base no princípio fundamental da individualização da pena (art. 5°, XLVI, CF), a Lei Anticrime 13.964/19 alterou diversos regramentos da Lei de Execução Penal, LEP (Lei 7.210/84), legislação na qual o acusado passará a se submeter caso condenado.

No caso em tela, uma significativa alteração da LEP influencia diretamente o questionamento da consulente às regras para progressão de regime, dispostas no art. 112 da referida lei.

A progressão é uma benécia da legislação penal, portanto, um direito do condenado que, após o cumprimento de determinado período da pena, permite progredir de regime, passando de um mais rígido para outros progressivamente mais brandos. Este “desenvolvimento de pena” implica não só na forma como o condenado passará a cumpri-la, mas também no seu retorno ao convívio social, visto que um dos fundamentos da pena é a ressocialização do indivíduo. Fernando Capez (2022, p. 194), em sua obra, reafirma o conceito de progressão da seguinte forma:

“O legislador previu a possibilidade de alguém, que inicia o cumprimento de sua pena em um regime mais gravoso (fechado ou semiaberto), obter o direito de passar a uma forma mais branda e menos expiativa de execução. A isso denomina-se progressão de regime. Trata-se da passagem do condenado de um regime mais rigoroso para outro mais suave, de cumprimento da pena privativa de liberdade, desde que satisfeitas as exigências legais (requisitos para a progressão).”

Neste diapasão, nota-se que o doutrinador menciona a respeito dos requisitos para a progressão, sendo eles dois: objetivo e subjetivo. O requisito objetivo diz respeito ao cumprimento da lei, ou seja, para progredir, deve haver o cumprimento da uma porcentagem da pena que a LEP, de antemão, prevê em seu art. 112. Todavia, não basta a observância somente do requisito objetivo, o subjetivo, por sua vez, está ligado à boa conduta do condenado no cárcere, que resulta na confecção de documentos que comprovam o “merecimento” do benefício da progressão. A respeito de tal documentação, esclarecem os doutrinadores Victor Gonçalves e André Estefam (2022, p. 569):

“A atual redação do art. 112 da Lei de Execuções, alterada pela Lei n. 10.792/2003, diz que para a comprovação do requisito subjetivo basta a elaboração de atestado de boa conduta carcerária pelo diretor do presídio, não mais se exigindo, como na antiga redação do mencionado artigo, o exame criminológico e o parecer da Comissão Técnica de Classificação.”

Como dissertado, Sérgio é reincidente não específico em crime hediondo por equiparação. Sendo assim, se condenado por outro crime hediondo (estupro de vulnerável), a porcentagem que deverá cumprir para vir a ter o direito ao benefício da progressão de regime será de 60%, visto subsunção com inciso VII, do art. 112, da LEP. Deste modo, cumprida referida porcentagem, o requisito objeto da progressão estará satisfeito. Logo, como supramencionado, o segundo requisito - subjetivo - dependerá da conduta do executado em regime fechado: cumpridos os 60% de pena automaticamente não significa estar livre para cumpri-la em regime semiaberto, pois restará saber como se deu sua conduta dentro do cárcere.

A título de conhecimento, foi fixado o entendimento de que dadas as constatações sobre a reincidência do acusado, em caso de condenação, o mesmo deverá cumprir 60% da pena em regime fechado para depois progredir. Esclarece Guilherme de Souza Nucci (2022, p. 192) a respeito do porquê esta porcentagem não seria de 40%:

“(...) debatendo o tema, ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça optaram pelo percentual de 40% ao autor de crime hediondo ou equiparado, quando for **reincidente em crime não hediondo**”. (g.n.)

Portanto, considerando a reincidência do acusado por crime hediondo, não há dúvidas a respeito do cumprimento de 60% da pena para o direito de progressão de regime caso venha a ser condenado.

Diante todo o exposto, respaldados pelo art. 112, da LEP que dispõe sobre o benefício da progressão de regime, esclarecemos à consulente que, em uma futura condenação pela prática do delito previsto no art. 217-A, do CP, seu tio não cumprirá integralmente a pena no presídio se vier a ser condenado, desde que tenha boa conduta enquanto permanecer no cárcere e igualmente sem realizar nenhuma das faltas previstas no art. 49, da LEP. Frente a estas circunstâncias, será concedido o benefício da progressão que permitirá o cumprimento de pena em regime semiaberto e retorne ao convívio social.

Em consonância, por fim, informamos à consulente que, para efeito de cálculo, o acusado estará sujeito à referida progressão, à luz do art. 112, VII, bem como da doutrina, após cumpridos 60% de pena em regime fechado.

**3 QUANTO AO RECURSO PROPOSTO PELA PARTE CONTRÁRIA**

3.1. DA LEGISLAÇÃO

3.1.1. Constituição Federal

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

(...)

3.1.2. Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

(...)

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

(...)

Art. 223. Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa.

(...)

Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:

I - apelação;

(...)

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

(...)

Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica.

(...)

Art. 997. Cada parte interporá o recurso independentemente, no prazo e com observância das exigências legais.

§ 1º Sendo vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro.

§ 2º O recurso adesivo fica subordinado ao recurso independente, sendo-lhe aplicáveis as mesmas regras deste quanto aos requisitos de admissibilidade e julgamento no tribunal, salvo disposição legal diversa, observado, ainda, o seguinte:

I - será dirigido ao órgão perante o qual o recurso independente fora interposto, no prazo de que a parte dispõe para responder;

II - será admissível na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial;

III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele considerado inadmissível.

Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

(...)

Art. 999. A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte.

Art. 1.000. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer.

(...)

Art. 1.003. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

§ 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

(...)

Art. 1.008. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso.

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

(...)

Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:

§ 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.

(...)

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

(...)

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

(...)

3.2 DA JURISPRUDÊNCIA

1. **BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (3ª TURMA). RECURSO ESPECIAL. PROCESSO: 1675996. RELATOR: MIN. PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DATA: 27/08/2019. PUBLICAÇÃO: 03/09/2019.**

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ADESIVO. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. 1. Controvérsia em torno da necessidade de a matéria devolvida no recurso adesivamente interposto guardar relação com a matéria discutida no recurso principal. 2. **O recurso adesivo não constitui modalidade recursal diversa daquela a que adere, tendo apenas uma forma de interposição diferente daquela ordinariamente utilizada quanto ao recurso principal** (recurso-tipo). 3. A irresignação é manejada fora do seu prazo normal, aproveitando o prazo para contrarrazões em relação ao recurso interposto pela parte adversa. 4. Não decorria do Código de Processo Civil de 1973 (art. 500), nem decorre do atual estatuto processual (art. 997), interpretação que corrobore estar dentro dos requisitos de admissibilidade do recurso adesivo a existência de subordinação à matéria devolvida no recurso principal. 5. Não há restrição em relação ao conteúdo da irresignação manejada na via adesiva, podendo o recorrente suscitar tudo o que arguiria acaso tivesse interposto o recurso de apelação, o recurso especial ou o recurso extraordinário na via normal.6. A subordinação legalmente prevista é apenas formal, **estando adstrita à admissibilidade do recurso principal**. 7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO (g.n.)

1. **RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO: 70085191526. RELATORA: MIN. MIRIAM A. FERNANDES. DATA: 26/10/2022.**

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. DO APELO. **CABE AO APELANTE INTERPOR ADEQUADAMENTE O RECURSO, COM A OBSERVÂNCIA DAS NORMAS PROCESSUAIS PERTINENTES**, PARA FINS DE VIABILIZAR O SEU CONHECIMENTO. A INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREPARO, TORNA-O DESERTO, IMPEDINDO SEU CONHECIMENTO. DO RECURSO ADESIVO. ANÁLISE PREJUDICADA. ART. 997, §2º, INCISO III, do CPC/2015. **APELO E RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDOS**. (g.n.)

1. **SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO: 1000694-31.2020.8.26.0040. RELATOR: FÁBIO PODESTÁ. DATA: 26/09/2022. PUBLICAÇÃO: 27/09/2022.**

COMPRA E VENDA – Rescisão contratual - Sentença de procedência parcial dos pedidos iniciais - **Apelantes que manifestaram interesse em desistir da apelação interposta** – **Homologada a desistência**, com base no artigo 998, do Código de Processo Civil, **resta prejudicada a análise das razões recursais da apelação, e, consequentemente, do recurso adesivo** - RECURSOS NÃO CONHECIDOS. (g.n.)

3.3 CONCLUI-SE

De acordo com o art. 5º, LIV, da CF/88, é princípio garantido o devido processo legal, e em seu inciso LV, o contraditório e a ampla defesa, ambos que atuam em sinergia. Resumidamente, ao primeiro, significa que, frente a qualquer circunstância, ao buscar o poder Estatal para a resolução de conflitos, as partes de um processo têm direito a todos seus recursos disponíveis no rito processual para litigarem suas pretensões, cuja decisão sobre elas será emanada por um julgador competente conforme sua jurisdição e grau mediante uma sentença decisória com obrigatoriedade de cumprimento. Ao segundo, as partes devem ser cientificadas, terem oportunidade de se manifestar e serem ouvidas se assim quiserem, podendo se opor a atos que sejam desfavoráveis, expondo os pontos que solicitam serem acolhidos, considerados, contestados, impugnados, embargados ou apelados (arts. 9º e 10º, CPC[[3]](#footnote-2); GONÇALVES, 2021).

Isso também significa que, quando notada uma decisão do julgador que os desfavoreça frente às particulares pretensões, ou apresente algum vício, seja durante o processo (interlocutórias), seja após sentença decisória, qualquer uma das partes pode se manifestar, de acordo com seus interesses, na busca de modificá-las ou corrigi-las (art. 996, CPC). Há a possibilidade de não serem deferidas, mas tais direitos são previstos (art. 995, CPC). Estas situações processuais particulares são chamadas de recursos e estão previstos de acordo com o princípio da taxatividade (art. 994, CPC).

No caso em análise, o recurso proposto terá efeito suspensivo da decisão (art. 1.012, CPC) até se concretizarem os efeitos devolutivos de reexame da matéria em instância superior (art. 1.013, CPC) e também substitutivo, visto que a decisão a ser proferida pelo segundo grau jurisdicional substituirá aquela de primeiro grau, mesmo que não a modifique (1.008, CPC), todos vertendo a outro princípio, o do duplo grau de jurisdição.

Cada recurso tem características próprias, como prazo para serem interpostos, a forma como devem ser feitos, o tipo e a competência a recepcioná-los para sua admissibilidade e grau jurisdicional (997, *caput*, CPC).

O prazo, ou a tempestividade, é um dos principais elementos de admissibilidade. O recurso que é apresentado fora do prazo (intempestivo) será considerado precluso e não admitido no curso processual (art. 507, CPC).

Se faz necessário entender que o conceito de preclusão (art. 223, CPC) acontece quando uma das partes perde o direito de manifestação no processo, podendo ser do autor, do réu ou de terceiros, por inação no tempo, a ausência de atuação nos autos em momento que lhe era devido. Em suma, a parte que preclui perde o direito frente a uma determinada ação no processo. Nesse sentido, a PNTM Financeira S.A. possuía o prazo de 15 dias a partir da publicação da sentença para interpor apelação (art. 1.003, §5º, CPC), mas se manteve inerte no momento que lhe era oportuno recorrer.

Porém, existe uma situação muito particular onde essa regra pode ser ‘manejada’, e verte ao relato do caso, em que a parte contrária do processo cível, movido pela consulente, interpôs a apelação mesmo tendo havido perdido prazo para tal.

A interposição ocorreu quando, insatisfeito com a sentença do juízo originário (*a quo*), o advogado da autora, ora consulente, decidiu apelar à segunda instância (*ad quem*) (art. 1.009, CPC). Admitida a apelação, a parte contrária foi citada para apresentar suas contrarrazões, sendo o momento que o fizeram como parte apelada e, ao mesmo tempo, apresentaram sua própria apelação (impugnação adesiva), tornando-se também apelantes (recorrente adesivo) contra o pedido da consulente (art. 1.010, §2º, CPC).

A PNTM Financeira levou em consideração a possibilidade de apelar, formulando pretensão recursal em reação à apelação previamente apresentada por parte da consulente, visto que a possibilidade de fazê-lo em prazo ordinário após sentença *a quo* foi perdida. Esta adesão não é em relação ao mérito da impugnação da parte que interpôs o recurso e sim o modo de levar novos fundamentos, originariamente distintos, contra a apelação principal.

Oras, se a parte apelada havia perdido a oportunidade de apresentar recurso após decisão *a quo*, por renúncia ou aceitação tácita (arts. 999 e 1000, CPC), como seria possível apelar mesmo após a preclusão?

A resposta para isso é o chamado Recurso Adesivo (art. 997, §§1º, 2º, II, CPC). Este ocorre tal como o fato descrito: foi interposto uma apelação juntamente às contrarrazões da apelação originária e tempestiva. Por isso é considerado como ‘adesivo’, pois está literalmente subordinado à apelação que a possibilitou, pois não poderá considerar modalidade recursiva diversa daquele ao qual adere (item 3.2, ‘A’; art. 997, §2º, I, CPC).

Na análise de Araújo Júnior (2021, p. 30):

“Pode acontecer, no entanto, que uma das partes se conforme com a decisão e deixe de interpor o recurso cabível no prazo legal (...) surpreendida com o recurso da outra parte, que impede o trânsito em julgado e tem o condão de fazer subir os autos para superior instância, admite-se que faça a sua adesão ao recurso da parte contrária, isto é, que no prazo para apresentar suas contrarrazões ofereça, por petição autônoma, também recurso quanto à parte que sucumbiu, aproveitando-se da iniciativa da outra parte.”

O Recurso Adesivo não é um recurso propriamente dito, mas uma ‘ferramenta’ onde o sistema processual, frente aos princípios já mencionados, oferece a oportunidade da parte contrária manifestar seu interesse além de unicamente apresentar suas contrarrazões ao apelante. É um recurso subordinado, dependendo de um recurso independente já admitido para se tornar dependente dele. (RODRIGUES, 2022)

É a única forma para se interpor recurso mesmo após a perda do prazo, mas não pode ser feito a qualquer momento ou de qualquer forma. Se faz necessário seguir os prazos das contrarrazões ao apelante inicial/originário de 15 dias (art. 1.030, CPC), em petição autônoma.

Sobre isso, segue ainda Araújo Júnior:

“O recurso adesivo não constitui espécie de recurso, mas apenas ‘forma de interposição’, sendo admissível na apelação (...) [devendo] ser interposto no prazo para a resposta do recurso principal, embora se deva registrar que a sua interposição não substitui o oferecimento das contrarrazões, que devem ser apresentadas em petição autônoma. As contrarrazões e o recurso adesivo não precisam ser apresentados simultaneamente; ou seja, o interessado pode, por exemplo, apresentar as contrarrazões e depois a petição do recurso adesivo, desde que esteja dentro do prazo.” (2021, p. 30)

Ressalta-se porém que, por estar aderido à apelação originária, se torna subordinado a ela. Segundo Aragão (1974, p. 32-33), “podemos, assim, enunciar o princípio, válido à luz do direito brasileiro: todo recurso adesivamente oferecido, ainda que no prazo do recurso principal, terá sempre sua vitalidade condicionada à deste”.

Em virtude de sua subordinação, o adesivo só pode ser admitido se a apelação ao qual está aderido também o for (item 3.2, ‘B’). No caso em tela, houve admissão tanto de um quanto de outro. Outro ponto é que, se houver desistência do recurso principal, o adesivo também deixará de ser analisado, não cabendo mais qualquer outro recurso pelo recorrente adesivo. (art. 997, §2º, III, CPC; RODRIGUES, 2017, p. 17)

Se ambos prosseguem, por óbvio, as decisões proferidas não precisam ser necessariamente as mesmas, mas podem acarretar em sucumbência recíproca e/ou prejuízo à consulente em decisão que modifique negativamente sentença de primeiro grau.

E se for do interesse, para evitar o andamento do processo em segunda instância e possível prejuízo frente decisão *ad quem*, visto que a consulente havia previamente demonstrando satisfação com decisão *a quo* a seu advogado, este que mesmo assim optou pessoalmente por interposição da apelação, poderá ela desistir da apelação a qualquer tempo do recurso (art. 998, do CPC) bastando que a vontade seja manifestada por meio de seu advogado (art. 105, do CPC), independente da aceitação da outra parte. Dessa forma, manifestando a desistência, estaria a consulente impedindo a reanálise do pedido da parte contrária pelo juízo *ad quem* através do recurso adesivo, como é observado no julgado ‘C’ (item 3.2).

Vale ressaltar que não se pode confundir “a qualquer tempo” em interpretação *ipsis litteris*, há naturalmente de ater-se que a desistência deve ser manifestada antes do julgamento do recurso.

Portanto, frente ao questionamento formulado pela consulente, sim, há possibilidade da PNTM Financeira S.A. interpor apelação mesmo após transcorrido o prazo para apresentação de tal recurso, desde que observadas as condições expostas neste parecer.

**4 QUANTO AO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS**

4.1 DA LEGISLAÇÃO

4.1.1 Da Constituição Federal

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

4.1.2 Do Código Civil (Lei nº 10.406/2002)

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

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

(..)

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

4.1.3 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94)

Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

(...)

XX - locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa;

(...)

4.1.4 - Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (Resolução 02/2015)

Art. 1º O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os princípios da moral individual, social e profissional.

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

I - preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo caráter de essencialidade e indispensabilidade da advocacia;

II - atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;

(...)

VIII - abster-se de:

f) contratar honorários advocatícios em valores aviltantes.

(...)

Art. 48. A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito.

(...)

Art. 49. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:

(...)

IV - o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para este resultante do serviço profissional;

Art. 50. Na hipótese da adoção de cláusula quota litis, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos honorários da sucumbência, **não podem ser superiores às vantagens advindas a favor do cliente.** (g.n.).

4.1.5. Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015)

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

(...)

4.2 DA JURISPRUDÊNCIA

1. **SÃO PAULO. TRIBUNAL REGIONAL DA 3ª REGIÃO (7ª TURMA). AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO: 5004040-80.2021.4.03.0000. RELATOR: DESEMBARGADORA INÊS VIRGINIA PRADO SOARES. DATA: 29/09/2021.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. DESTAQUE DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS. POSSIBILIDADE. LIMITE DE 30%. CONTRA QUOTA LITIS. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

- Os honorários contratuais são aqueles pactuados entre a parte e seu procurador e se destinam a remunerar o trabalho do advogado, independentemente dos honorários sucumbenciais que venham a ser arbitrados pelo julgador.

- A seu turno, a Súmula Vinculante n. 47, estabeleceu que "os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza". (...)

- Por outro lado, **há limites previstos pela Ordem dos Advogados do Brasil**, no que tocante aos honorários contratuais das ações previdenciários, que estipula o percentual de 20 a 30% sobre o valor econômico da ação: "85 - AÇÃO DE COGNIÇÃO: CONDENATÓRIA, CONSTITUTIVA E DECLARATÓRIA: 20% a 30% sobre o valor econômico da questão ou eventual acordo, sem a dedução dos encargos fiscais e previdenciários." (http://www.oabsp.org.br/servicos/tabelas/tabela-de-honorarios/advocacia-previdenciaria).

- **Dessa forma, o valor cobrado a título de honorários deve limitar-se a 30% do valor bruto efetivamente recebido ao final da ação.**

- Agravo de Instrumento provido. (g.n.).

1. **SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (3ª Turma). Agravo de Instrumento. Processo: 5003795-06.2020.4.03.0000. Relator: Desembargador Antônio Carlos Cedenho. Data: 21/08/2020. Publicação: 25/08/2020.**

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESTAQUE DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA QUOTA LITIS FIXADA EM 50%. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS DEVERES ANEXOS DE CONDUTA. REDUÇÃO AO PATAMAR DE 30%. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. **A questão posta nos autos diz respeito à abusividade de cláusula quota litis, contida em contrato de prestação de serviços advocatícios**, a qual prevê remuneração dos causídicos em 50% do proveito econômico obtido pela parte autora representada.

2. É pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido que, no âmbito de contrato de honorários advocatícios ad exitum, **a cláusula quota litis estabelecida entre as partes deve se limitar ao patamar de 30% sobre os valores efetivamente recebidos pelo contratante, sob pena de restar caracterizado vício de consentimento, qual seja, lesão.**

3. Em pese o princípio da autonomia da vontade, é sabido que as relações obrigacionais envolvem o cumprimento dos deveres anexos de conduta, dentre os quais se destacam a boa-fé objetiva e a função social do contrato, que devem ser ponderados ao longo da execução do negócio jurídico.

4. Acertada a decisão de primeira instância que, em nome da preservação dos negócios jurídicos, procedeu à revisão da cláusula abusiva, tornando-a adequada aos limites aceitos pela jurisprudência.

5. Agravo de instrumento desprovido. (g.n.).

1. **BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (2ª TURMA). RECURSO ESPECIAL. PROCESSO: 1903416. RELATOR: MIN. HERMAN BENJAMIN. DATA: 02/02/2021. PUBLICAÇÃO: 13/04/2021.**

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO OU RPV. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. RETENÇÃO. CLÁUSULA QUOTA LITIS. LIMITAÇÃO DE PERCENTUAL. POSSIBILIDADE. PATAMAR MÁXIMO. CRITÉRIO GENÉRICO. 30% DO VALOR PRINCIPAL REQUISITADO. (...) 4. **O próprio Código de Ética e Disciplina da OAB prevê limites à estipulação de honorários contratuais, como se pode constatar no caput do art. 36, em que se estabelece que os honorários profissionais devem ser fixados com moderação**. 5. Também no Código de Ética e Disciplina da OAB está previsto que, "na hipótese da adoção de cláusula quota litis, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente". Na hipótese dos autos, pontua-se que a estipulação contratual foi de 50% (cinquenta por cento) sem prejuízo dos honorários advocatícios de sucumbência. 6. Ressalta-se que as regras relativas ao Código de Ética e Disciplina da OAB são mencionadas para fins ilustrativos da limitação da liberdade contratual na fixação de honorários advocatícios, pois não se enquadram no conceito de lei federal (art. 105, III, da CF). 7. Assentada, portanto, a possibilidade de o Poder Judiciário limitar a retenção de honorários advocatícios contratuais, a fixação do limite máximo de 30% (trinta por cento) sobre o valor requisitado como critério de abusividade, assentada no acórdão recorrido, equivale a parâmetro genérico razoável. A propósito: **"Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato quota litis no qual fixa sua remuneração ad exitum em 50% do benefício econômico gerado pela causa.** Recurso especial conhecido e provido, revisando-se a cláusula contratual que fixou os honorários advocatícios para o fim de reduzi-los ao patamar de 30% da condenação obtida" (REsp 1.155.200/DF, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/2/2011, DJe 2/3/2011). 8. O critério objetivo ora firmado representa, como já ressaltado, parâmetro geral, possibilitando sua flexibilização diante de elementos fáticos concretos aptos a justificarem a diferenciação de tratamento. 9. Recurso Especial não provido. (REsp n. 1.903.416/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/02/2021, DJe de 13/04/2021.) (g.n.).

1. **SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO: 1009494-68.2020.8.26.0001. RELATOR: HUGO CREPALDI. DATA: 31/10/2022. PUBLICAÇÃO: 31/10/2022**

APELAÇÃO – LOCAÇÃO – INADIMPLÊNCIA – Multa moratória - Valor da multa moratória prevista contratualmente que não está restrita a ao patamar de 2% - Percentual previsto no contrato que não é abusivo e não comporta redução – **Honorários advocatícios sucumbenciais - Patamar de 20% sobre o valor da condenação que não se mostra desproporcional ou exorbitando, mas é condizente com o grau de zelo do causídico da parte adversa e com o nível de complexidade da demanda** – Negado provimento. (g.n.).

4.3 CONCLUI-SE

Sendo o Direito Civil a tutela jurídica do direito privado, cujas relações são horizontalizadas e paritárias, antes de adentrar à análise da questão formulada, é necessário discorrer sobre algumas definições e princípios que o regem, bem como alguns daqueles existentes para a formação dos contratos e melhor compreensão deste parecer.

Portanto, é através dos arts. 113, 421 e 422, do Código Civil, que se observa a regência de princípios basilares, como: a eticidade, na qual é intolerável posturas antiéticas, ações e condutas que faltem com a honestidade independente da parte, favorecendo aqueles que agirem com a boa fé; a socialidade, onde toda relação privada deve partir da livre vontade das partes, mas respeitar os limites das funções sociais dos contratos; e a operabilidade, em que o direito oferece soluções abstratas diversas através de cláusulas gerais, sendo necessário a análise do caso concreto para buscar a melhor aplicabilidade das mesmas. Sobre este último, afirmam Tepedino e Konder:

“(...) cumpre ao intérprete construir a normativa do caso concreto, sopesando os princípios em jogo à luz da relação jurídica sob exame, de maneira a determinar a solução mais adequada à totalidade do ordenamento, complexo, porém unitário.” (2022, p. 38)

O direito privado atua sobre as relações civis, que formam relações jurídicas, e delas os negócios jurídicos: contratos que podem ser basicamente classificados em típicos, quando determinados por um modelo abstrato previsto, como os de prestação de serviços (objeto de análise deste parecer, determinado pelo art. 48, da Resolução 02/2015); e atípicos, não estipulados pela legislação e possíveis desde que não contrariem o ordenamento jurídico (art. 425, CC). Aos típicos, enfatiza Paulo Luiz Neto Lôbo:

“O modelo contratual não é rígido, pois a lei deixa margem de inovação criadora às partes contratantes e, ainda, de rejeição, por estas, das normas dispositivas ou supletivas, que apenas incidem no contrato, se não houver estipulação contratual em contrário.” (2022, p. 95)

Nos casos de contrato de mandato, como o em análise, há relação sinalagmática, ou bilateral, pois as partes convieram na remuneração do mandatário, com deveres recíprocos e decorrentes do exercício de profissão, havendo também, pela autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a formação de um contrato que é o instrumento da autocomposição dos interesses, gerando nas partes a segurança de que as obrigações assumidas serão cumpridas. (LÔBO, 2022, pp. 15 e 404).

Dentro deste escopo, há também que se falar sobre a pessoalidade do contrato. Em negócios jurídicos cujo conhecimento técnico se sobressai, principalmente em prestação de serviços intelectuais, como os advocatícios em questão, o contrato é personalíssimo (*intuitu personae*), pois resulta no convencimento subjetivo do mandante quanto às aptidões ou qualidades únicas do mandatário, na confiança, probidade, e capacidade de desempenhar a missão que lhe é confiada. (RIZZARDO, 2022, p. 580; TEPEDINO *et al.*, 2022, p. 305).

Logo, o contrato de prestação de serviços advocatícios formulado entre consulente e seu advogado, Cleber, é negócio jurídico personalíssimo de mandato, cujos honorários foram fixados em cláusula específica:

“CLÁUSULA 12 - O **CONTRATADO** [advogado] receberá, a título de honorários pelo serviço prestado, a quantia de 60% (sessenta por cento) do proveito econômico que a **CONTRATANTE** [consulente] obtiver. Os honorários sucumbenciais são de totalidade do CONTRATADO”.” (g.n.)

Para a formação deste contrato, acredita-se ter ele perpassado por quatro fases, visto que são inerentes a qualquer formação desta natureza, que são, segundo Tartuce (2022, p. 191): 1) negociações ou puntuação; 2) proposta, policitação ou oblação; 3) contrato preliminar; 4) contrato definitivo ou de conclusão.

Logo, frente aos princípios já mencionados, o da probidade e da boa-fé objetiva, que atua diretamente na relação contratual, derivado do princípio da eticidade, dado sua importância ao impor em qualquer relação jurídica a lealdade mútua entre as partes, se torna um dos principais a ser observado em contratos personalíssimos justamente pelo contratante depender inteiramente do conhecimento e atuação técnicas daquele contratado. Princípio o qual já é estabelecido pela doutrina que não só se faz presente na fase da formalização, mas também na pré-contratual (quando desperta o interesse das partes)[[4]](#footnote-3), e pós-contratual (após adimplemento das obrigações)[[5]](#footnote-4). (SCHREIBER, 2021)

Sobre esta questão, segue Tartuce (2022), sobre o princípio da boa fé objetiva ser responsabilidade contratual aplicada já na fase de debates ou negociações preliminares da formação do contrato:

"Repise-se que a boa-fé objetiva é aquela relacionada com a conduta dos contratantes e com deveres anexos, ínsitos a qualquer contrato, que sequer necessitam de previsão no instrumento contratual. Os principais deveres anexos, também denominados deveres laterais ou secundários, são: o dever de cuidado, o dever de colaboração ou cooperação, o dever de informar, o dever de respeito à confiança, o dever de lealdade ou probidade, o dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão. (...) Como se sabe, de acordo com o art. 422 do atual Código Civil, a boa-fé deve integrar tanto a conclusão quanto a execução do contrato. Para a maioria da doutrina, esse dispositivo é o que traz a aplicação da boa-fé objetiva em todas as fases do negócio jurídico. Por tal caminho, aquele que desrespeita a boa-fé objetiva na fase de debates pode cometer abuso de direito (art. 187 do CC), o que gera o seu dever de indenizar." (p. 193)

Por óbvio, a prestação de serviços por meio da advocacia não visa puramente o lucro, uma vez que este indispensável serviço busca garantir a correta administração da justiça no sentido mais amplo (art. 133, CF/88; art. 2º, Resolução 02/2015), sendo a função do advogado permitir que os direitos pretendidos de seus clientes possam ser, na plenitude, exercidos. É a correta administração da justiça por meio de um patrono com conhecimentos técnicos adequados, capaz de zelar pela justa resolução de conflitos. Portanto deve ser ele o primeiro a observar os limites da lei, da boa-fé objetiva e os critérios éticos que vertem à remuneração de seu trabalho enquanto autônomo (art. 2º, II e VIII, “f”, Resolução 02/2015).

Podemos observar expressamente através do Estatuto da OAB (Lei 8.906/94) o dever do advogado em seguir taxativamente o seu Código de Ética e Disciplina (art. 33) e que estipular valores incompatíveis ou enriquecer-se indevidamente às custas de seu cliente caracteriza infração disciplinar (art. 34, XX).

Ora, nada mais óbvio, uma vez que cabe a este profissional preservar, atuar e abster-se a favor dos interesses de seu cliente, resguardando assim a conduta ética que sobre ele rege, devendo agir no sentido contrário dos abusos que possam advir daqueles que se encontram em situações de expressa vulnerabilidade, como ocorre na relação entre advogado e cliente, visto que nessa relação personalíssima o cliente encontra-se nesta natural condição justamente por não ter conhecimentos técnicos sobre a área de atuação contratada, dependendo inteiramente daquele que é contratado.

Em consonância, deve o advogado fixar valores de forma moderada, observando o valor da causa, a condição econômica do seu cliente e o proveito para este resultante da atuação profissional, dentre outras. (art. 49, IV, Resolução 02/2015)

Os honorários contratuais *quota litis,* mediante cláusula contratual supracitada, estabelece pagamento de 60% do proveito econômico obtido pela contratante do valor condenatório, à parte dos honorários sucumbenciais, arbitrados no máximo de 20% sobre valor condenatório, obrigatoriedade da parte vencida e cuja totalidade é do advogado contratado (item 4.2, ‘D’; art. 85, §2º, CPC). Porém, o Código de Ética proíbe que os honorários advocatícios, somados aos sucumbenciais, ultrapassem os valores advindos a favor do cliente (art. 50, Resolução 02/2015).

Para Lôbo (2022, p. 417):

“(...) os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com os seguintes critérios: grau de zelo do profissional; lugar da prestação dos serviços; e natureza e importância da causa, trabalho realizado e tempo exigido para o serviço, de acordo com as diretrizes deontológicas do Código de Ética e Disciplina da OAB”.

Continuamente, frente ao valor condenatório de R$5.000,00 (cinco mil reais), o advogado contratado receberia R$3.000,00 (três mil reais) dos honorários contratuais, que somados a R$1.000,00 (mil reais) de honorários sucumbenciais, totaliza R$4.000,00 (quatro mil reais) a receber, enquanto a consulente teria um proveito econômico líquido de apenas R$2.000,00 (dois mil reais) do valor condenatório. Ou seja, analisando o estabelecido pelo Código de Ética, o total a ser recebido pelo advogado (*quota litis* + sucumbenciais) não deveria ultrapassar 50% do valor condenatório, e o razoável seria os honorários contratuais não serem superiores a 30%, contrariando então a ética, configurando abuso do princípio da boa fé objetiva, pois não há razoabilidade ou proporcionalidade, tese reafirmada pelos tribunais nos julgados “A”, “B” e “C” (item 4.2), nos quais as cláusulas de honorários contratuais foram revisadas por arbitração e reduzidos a 30% do proveito econômico do valor condenatório, que somados aos honorários sucumbenciais, não superam 50%.

Existem os princípios do consensualismo e da obrigatoriedade contratual, em que o primeiro verte sobre a vontade das partes estarem estabelecidas no contrato, e a segunda em que as cláusulas contratuais, depois de firmadas, devem ser cumpridas. Porém, sobre estes princípios, deve exatamente ser observado o princípio da boa fé. (TEPEDINO et al., 2022)

Os honorários advocatícios, por serem estabelecidos por um Código de Ética taxativamente referenciado no Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), que rege sobre a classe profissional (art. 1º, Resolução 02/2015), tendo teor técnico específico, faz a consulente não ser obrigada a ter conhecimento do mesmo. Portanto, na relação entre advogado e cliente, é o advogado quem detém a tecnicidade, enquanto a cliente se encontra numa posição de vulnerabilidade sobre isso, já mencionada neste item do presente parecer.

Sobre a vulnerabilidade, descreve Lôbo (2022, p. 134):

“A vulnerabilidade, sob o ponto de vista jurídico, é o reconhecimento pelo direito de que determinadas posições contratuais, nas quais se inserem as pessoas, são merecedoras de proteção. (...) **A vulnerabilidade jurídica pode radicar na desigualdade do domínio das informações**, para que o interessado em algum bem ou serviço possa exercer sua escolha (...)” (g.n.)

Não obstante, é frente a estas circunstâncias que a boa fé deve prevalecer. Sendo um contrato personalíssimo, é dever do advogado esclarecer pormenores que a cliente desconheça durante a fase pré-contratual, e dessa forma evitar obscurantismos ou indução ao vício de consentimento, como a cláusula de honorários suscita fazer, possibilidade inclusive reconhecida na jurisprudência (item 4.2., “B”).

A boa fé objetiva contratual é também ferida quando não são justificadas ao oblato as motivações que levam o proponente a estabelecer determinada cláusula contratual. No caso da consulente, o valor dos honorários contratuais não são esclarecidos de forma que restasse clara e objetiva a imposição de tal valor, e como dito, carece a mesma de conhecimento técnico para ter se atentado a tais limites na fase pré-contratual. Portanto, é possível interpretar que a vulnerabilidade da cliente, pelo desconhecimento técnico de que o Código de Ética estabeleça mínimos e máximos aos honorários, pode ter levado o advogado a se favorecer da questão, fixando um percentual *quota litis* oneroso à consulente e ao mesmo tempo economicamente vantajoso a ele, ocorrendo o desequilíbrio contratual.

Com isso, respondendo à pergunta formulada, o advogado não poderia cobrar valores acima daqueles estabelecidos pelo Código de Ética profissional por exigência expressa do estatuto que rege sua classe profissional, além dos demais argumentos expostos reafirmados pelo entendimento dos tribunais (item 4.2) e da doutrina, preservando à consulente a possibilidade de levar a revisão desta cláusula em específico ao proponente frente a essas justificativas.

Entretanto, há de igualmente se considerar que, segundo relatado, sendo recém formado, o advogado pode não ter se atentado a este erro, o que facilitaria a autocomposição dos interesses de ambos frente o esclarecimento dos fatos. Mas havendo recusa ou proposta adversa que mantenha o entendimento insatisfatório, poderá a consulente solicitar judicialmente tal revisão e, em situação excepcional, acionar a Ordem dos Advogados perante a insistência da abusividade.

**5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Frente os relatos e questionamentos levantados pela consulente, foram respondidas todas as perguntas formuladas neste parecer baseando-se em análises criteriosas de normas, interpretações doutrinárias e decisões jurisprudenciais mais relevantes para os respectivos cenários, sem se abster de igualmente pontuar excepcionalidades, estas de caráter informativo para melhor substanciar os posicionamentos mantidos.

Assim, reafirmamos:

1. Sobre o primeiro questionamento (item 1), a não presença do advogado em depoimento durante inquérito policial não poderá anular o inquérito por ser uma fase administrativa e informativa onde a ampla defesa e o contraditório é dispensado, nem mesmo o processo, visto que o depoimento é apenas um elemento de prova, e não poderá ser considerado isoladamente durante contraditório real.
2. À segunda questão (item 2), que diz a respeito da possibilidade de em uma futura condenação de Sérgio, que o mesmo cumpra integralmente a pena no cárcere, ou seja, em regime fechado. Desta feita, feitos os apontamentos necessários a respeito da reincidência em crime hediondo por equiparação (tráfico de entorpecentes) que o mesmo ostenta, informamos a consulente que é raro os casos de cumprimento integral de pena em regime fechado, isto porque existem benefícios como o da progressão de regime que permitem que o condenado, uma vez cumprindo a proporção devida em regime mais gravoso, além de ter boa conduta carcerária, passe para um regime mais brando, fazendo com que o mesmo retorne gradativamente ao convívio social. Portanto, desde que Sérgio cumpra os requisitos autorizadores da progressão, a ele lhe será concedido tal benefício, fazendo com que não cumpra integralmente a pena no presídio.
3. Ao terceiro questionamento (item 3), feito as devidas considerações teóricas concluímos que há a possibilidade de apresentar o recurso de apelação mesmo após a perda do prazo, através de Recurso Adesivo, que estará subordinado ao recurso de apelação interposto pelo advogado da consulente.
4. À quarta questão (item 4), compreendemos que o advogado da consulente deve respeitar os limites estipulados aos honorários contratuais pelo Código de Ética de sua área profissional, ferindo, principalmente, o princípio da boa fé objetiva ao exceder o limite máximo.

Salvo melhor juízo.

É o parecer.

São João da Boa Vista, 11 de novembro de 2022.

Bruno César Pinhotti da Silva

20000207

Diego Tadeu A. Evangelista

21000907

Rubens Andriotti Junior

20000704

**REFERÊNCIAS**

ARAGÃO, Paulo César. **Recurso Adesivo**. São Paulo: Saraiva, 1974.

ARAÚJO JUNIOR, Gediel Claudino de. **Prática de recursos no processo civil**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848/1940. **Institui o Código Penal**. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso: 07/10/2022.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689/41. **Código de Processo Penal**. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso: 07/10/2022.

BRASIL. Lei 7.210/1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso 07/10/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: 07/10/2022.

BRASIL. Lei 8.072/1990. **Institui a Lei de Crimes Hediondos**. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm> Acessado em 10/10/2022.

BRASIL. Lei 11.340/2006. **Institui a Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Brasília, 2006. Disponível em em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acessado: 15/10/2022.

BRASIL. Lei. 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso: 07/10/2022.

BRASIL. Lei 13.869/2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso: 16/10/2019.

BRASIL. Lei 10.406/2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso: 07/10/2022.

BRASIL. Resolução 02/2015. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso: 07/10/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Recurso Especial**. REsp: 1.795.560 **-** RS (2019/0039978-7). Relator Min. Sebastião Reis Júnior. 23 de Abril de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900399787&dt_publicacao=07/05/2019> Acessado: 11/10/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Recurso Especial**. REsp: 1.675.996 - SP (2017/0131400-5). Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 27 de Agosto de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701314005&dt_publicacao=03/09/2019> Acesso: 15/10/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Agravo Regimental**. AGR:549.109 - PR (2019/0358804-7). Relator Min. Jorge Mussi. 17 de Dezembro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903588047&dt_publicacao=19/12/2019> Acesso: 15/10/2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial**. Processo: 1903416. Relator: Min. Herman Benjamin. Data: 02/02/2021. Publicação: 13/04/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002859819&dt_publicacao=13/04/2021>. Acesso: 06/11/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula**. 14. Relator: Cezar Peluso. Data: 29/08/2006. Publicação: 06/10/2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1230>. Acesso: 16/10/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental**. Processo: 7.612. Relator: Min. Edson Fachin. Data: 12/03/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752042346>. Acesso: 08/10/2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

DA GOUVÊA, José Roberto F.; BONNDIOLI, Luís Guilherme A.; FONSECA, João Francisco Naves. **Comentários ao CPC, v. XX**. 2 ed.. Editora Saraiva, 2017.

ESTEVAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Direito Penal Esquematizado, Parte Geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil: Teoria geral, Volume 1**. 18 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil, Volume 3: **Contratos**. 8 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal**. 19 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJRS. **Apelação Cível: 70085191526**. Relatora Min. Miriam A. Fernandes. 26 de Outubro de 2022. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/processo/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70085191526&codComarca=700&perfil=0> Acesso: 28/10/2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

RODRIGUES, Marco Antonio. **Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. TRF-3. **Apelação Criminal. ACR: 0000904-89.2018.4.03.6104/SP.** Relatora: Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRA. 20 de Janeiro de 2020. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/7729516> Acessado: 11/10/2022.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (3ª Turma). **Agravo de Instrumento**. Processo: 5003795-06.2020.4.03.0000. Relator: Desembargador Antônio Carlos Cedenho. Data: 21/08/2020. Publicação: 25/08/2020. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=9>. Acesso: 06/11/2022.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (7ª Turma). **Agravo de Instrumento**. Processo: 5004040-80.2021.4.03.0000. Relator: Desembargadora Inês Virginia Prado Soares. Data: 29/09/2021. Publicação: 05/10/21. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=5>. Acesso: 6/11/2022.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. TRF-3. A**pelação Criminal. ACR: 0006046-37.2018.4.03.6181/SP**. Relator: Desembargador Fausto Martin de Sanctis. 04 de Novembro de 2021. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/209971274> Acesso: 15/10/2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. **Apelação Cível. Processo: 1000694-31.2020.8.26.0040**. Relator Fábio Podestá. 26 de Setembro de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16085849&cdForo=0> Acesso: 15/10/2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJSP. **Apelação Criminal 1500016-47.2021.8.26.0452**. Relatora: Gilda Alves Barbosa Diodatti. 19/10/2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16159559&cdForo=0> Acessado: 21/10/2022.

SCHREIBER, Anderson. **Manual De Direito Civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil: contratos**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

1. Exclui-se aqui outras provas cautelares e suas características, pois não fazem parte da análise deste parecer. [↑](#footnote-ref-0)
2. O doutrinador não se refere à inexistência da defesa, entretanto sua existência é limitada. [↑](#footnote-ref-1)
3. Há exceções que vertem ao art. 9º, do CPC, porém não cabem frente ao caso relatado e à questão em análise. [↑](#footnote-ref-2)
4. Assim interpretado no art. 187, do Código Civil. [↑](#footnote-ref-3)
5. Assim interpretado no art. 422, do Código Civil. [↑](#footnote-ref-4)